

# **lecciones**

# **Y ENSAYOS**

SEGUNDA EPOCA

**4**

TEMAS DE: DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO  
DERECHO CONSTITUCIONAL

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DICIEMBRE 1963**









**EUDEBA S.E.M.**  
Fundada por la Universidad de Buenos Aires

Editorial Universidad de Buenos Aires  
Sociedad de Economía Mixta  
Rivadavia 1571/73  
Queda hecho el depósito que marca la Ley N° 11.723  
Derechos reservados  
Impreso en la Argentina  
Printed in Argentina

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES .**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DECANO**

Dr. PEDRO AUGUSTO PERISSE

**VICEDECANO**

Dr. ROBERTO MARTINEZ RUIZ

**SECRETARIO ACADEMICO**

Dr. CARLOS ALBERTO ISIDRO CHEVALLIER BOUTELL

**SUBSECRETARIO ACADEMICO**

Dr. ALBERTO JOSE BLOUSSON

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

Dr. MARTIN CASEY

**SECRETARIOS DE REDACCION**

Dra. ANA R. GUSNIR

Dr. DIEGO CESAR BUNGE

## INDICE

### TEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

La solución pacífica de controversias entre Estados .....	7
Algunas consideraciones sobre la solución pacífica de controversias internacionales .....	23
Teorías monetarias no tradicionales .....	45
Consideraciones sobre los fundamentos que hacen al patrón oro ..	51
Las organizaciones internacionales .....	57
La nacionalidad de las personas jurídicas .....	69
Apuntes para la teoría general del reconocimiento en el derecho internacional público.....	75
El régimen de las Islas Spitzbergen frente a las pretensiones de explotación de los hidrocarburos antárticos .....	89
El régimen jurídico de los hidrocarburos en la plataforma continental .....	95
La ciencia política en las relaciones internacionales .....	103
Conflicto entre tratado y ley posterior contraria. La posición de los Estados integrantes de la Comunidad Económica Europea .....	109
El impacto tecnológico en el derecho internacional contemporáneo	117
El secretario general de las Naciones Unidas .....	129
La organización del poder en el parlamentarismo clásico .....	145

### TEMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1826 como antecedente y fuente de la Constitución Nacional .....	163
Institucionalización de las fuerzas públicas .....	185
El voto uninominal por circunscripciones y su aplicación en la Argentina .....	199

## **LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS**

Por Raúl Emilio Vinuesa, sobre la base de la conferencia pronunciada en Río de Janeiro durante el IX Curso de Derecho Internacional organizado por la Secretaría General de la OEA y el Comité Jurídico Interamericano, Agosto de 1952.

---

### **PARTE I**

#### **EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE LA SOLUCION PACIFICA DE LAS CONTROVERSIAS**

Las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 - La Corte Permanente de Arbitraje Internacional - La Sociedad de Naciones - El Pacto Briand-Kellogg - El Acta General para la solución pacífica de Controversias - La Organización de las Naciones Unidas: arts. 1 y 2, Cap. VI - La Resolución de la Asamblea General 2625 de 1970 - El Acta General Revisada - Los Esquemas Regionales: El Pacto de Bogotá, La Convención Europea - Las Convenciones Codificadoras del Derecho Internacional.

### **PARTE II**

#### **LOS METODOS DE SOLUCION PACIFICA**

Cuestiones jurídicas y cuestiones políticas, causas justiciables y causas no justiciables.

Los métodos diplomáticos: la negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, la investigación, recursos ante organismos internacionales.

Los métodos jurisdiccionales: el arbitraje y el recurso judicial.

## PARTE I

### LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

Tradicionalmente se ha considerado el Tratado celebrado el 19 de noviembre de 1794 entre los Estados Unidos de Norte América y la Gran Bretaña —Tratado Jay— como el punto de partida de una evolución tendiente a intentar el arreglo de los conflictos inter-estadales por otros métodos que el recurso a la fuerza. En este Acuerdo se previó la constitución de Tribunales Arbitrales para la solución definitiva de los conflictos existentes entre los Estados Parte.

En la práctica, las ventajas derivadas de la aplicación de este sistema como alternativa al recurso de la fuerza, motivó la utilización del método del arbitraje para la solución de ciertos conflictos. Generalmente, los Estados Europeos derivaban a un árbitro la solución de conflictos en donde el honor o los intereses vitales de los Estados no estuvieron involucrados. Por su parte, los Estados Latinoamericanos durante todo el siglo XIX, hicieron uso prioritario del recurso al arbitraje para la solución de conflictos territoriales derivados de la falta de delimitación de sus jurisdicciones estadales.

La doctrina señalaba como otro hito importante en la consolidación del arbitraje, el sometimiento a un arreglo arbitral en el año 1872, de los Alabama Claims. Gran Bretaña, al igual que los Estados Unidos, entendían que los conflictos que se derivaban al árbitro comprometían tanto el honor como los intereses vitales, y que su falta de solución podía desencadenar un conflicto armado (1).

Es a partir del Congreso de Viena de 1815, con la consiguiente estructuración de un porcentaje de tutelaje, que comenzaron a intentarse en Europa diversas formas de intervención de las Grandes Potencias en los conflictos entre Estados menores. Uno de los objetivos de esa intervención fue el evitar enfrentamientos armados que en definitiva desestabilizaran las relaciones entre esas mismas Grandes Potencias. Es posible detectar en esas acciones, atisbos más o menos claros de mediaciones o buenos oficios.

La Primera Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, es un primer intento de codificación de las experiencias estadales desarrolladas a lo largo del siglo XIX en materia de uso de la fuerza y de la solución pacífica de controversias.

La Primera Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, aprueba el 29 de julio de ese año la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos. En los considerandos de la Convención, las Altas Partes expresan su resolución por favorecer con todos sus esfuerzos el arreglo amistoso de los conflictos internacionales, animados por la firme voluntad de contribuir al mantenimiento de la paz general, sosteniendo a su vez, que "...es importante consagrar en un acuerdo internacional los principios de equidad y de derecho sobre los cuales descansan, la seguridad de los Estados y el bienestar de los pueblos..." (\*).

En el Art. 1º se establece que, a fin de prevenir dentro de lo posible el recurso de la fuerza de las relaciones entre los Estados, las potencias signatarias convienen en emplear todos sus esfuerzos a fin de asegurar el arreglo pacífico de las diferencias internacionales. El recurso a la mediación o a los buenos oficios, está previsto en la Convención como una instancia previa, en la medida en que las circunstancias lo permitan, al recurso a las armas.

Las partes frente a un conflicto convienen en recurrir a la mediación o a los buenos oficios (art. 3). Terceras Potencias pueden ofrecer su mediación o sus buenos oficios (art. 3). Los buenos oficios y la mediación tienen el carácter de consejos (art. 6º). El rol del mediador consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que pueden haberse producido entre los Estados en conflicto (art. 4).

En los litigios de orden internacional que no comprometan el honor ni los intereses esenciales y que provengan de una divergencia de apreciación sobre puntos de hecho, se propone la constitución de una Comisión Internacional de Examen que tendrá por cometido la aclaración de las cuestiones de hecho (art. 9). Las Comisiones se constituyen por acuerdo de partes (art. 10).

El informe de la Comisión Internacional de Examen, limitado a la constatación de los hechos, no tiene de ninguna manera el carácter de una sentencia arbitral (art. 14). Deja a las potencias en litigio una entera libertad de acción para evaluar las conclusiones a que deben arribar de común acuerdo.

La posibilidad de constituir comisiones internacionales de examen o investigación fue esquematizada en la Convención de 1899 sobre la base de propuestas que no reconocían experiencias previas. La creación de estas comisiones escapa a una mera actividad codificadora del derecho pre-existente.

El primer caso donde el método prueba su eficacia a los efectos de solucionar cuestiones de hecho, es en el caso de los pescadores de Hull entre Gran Bretaña y Rusia, a raíz del hundimiento de buques pesqueros británicos en el Mar del Norte por parte de la armada rusa durante el conflicto bélico Ruso-Japonés. El problema entre Gran Bretaña y Rusia radicaba en una situación de hecho referente a la correcta o incorrecta señalización de los buques pesqueros británicos. A partir de la clarificación de esta cuestión fue fácil el definir la responsabilidad o no de Rusia respecto del hundimiento de los buques de referencia (\*).

En la Convención de 1899 el arbitraje internacional tiene por objeto el arreglo de los litigios entre Estados por jueces designados por ellos y sobre la base del respeto al derecho (art. 15). En las cuestiones de orden

jurídico y en primer lugar en la cuestiones de interpretación o de aplicación de convenciones internacionales, el arbitraje es reconocido por las potencias firmantes como el medio más eficaz —y al mismo tiempo más equitativo— de arreglar los litigios que no han sido resueltos por las vías diplomáticas (art. 16).

Se introduce una distinción entre las convenciones de arbitraje que se celebran para solucionar conflictos existentes (compromisos arbitrales o tratados particulares de arbitraje) y las Convenciones de Arbitraje para solucionar eventuales conflictos futuros (Tratados Generales de Arbitraje (art. 17).

<sup>1</sup> - *De acuerdo de Arbitraje obligada* el compromiso de someterse de buena fe, a la sentencia arbitral (art. 18).

La Convención creó, con sede en La Haya, la Corte Permanente de Arbitraje, la Oficina Internacional de la Corte y el Consejo Administrativo Permanente. La Corte está compuesta por un listado de árbitros o miembros de la Corte, elegidos cuatro por cada Estado. Esta designación se hace por seis años y es renovable. Ante un conflicto que se somete a la Corte, las partes en disputa elegirán a los árbitros de la Corte entre los miembros del listado. Si no hay acuerdo de partes en cuanto a la constitución de la Corte, cada Estado elige dos miembros y éstos eligen conjuntamente un árbitro tercero (art. 24).

El Consejo Administrativo Permanente está compuesto por los representantes ante el Gobierno de los Países Bajos de las Potencias firmantes y por el Ministro de Relaciones Exteriores de los Países Bajos; actúa como órgano decisorio en cuestiones administrativas y controla y supervisa las actividades de la Oficina Internacional de la Corte que funciona como su Secretaría.

La sentencia arbitral debidamente pronunciada y notificada a los agentes de las partes en litigio, decide definitivamente y sin apelación, sobre la controversia (art. 54).

Las partes pueden reservarse en el compromiso el derecho de pedir la revisión de la sentencia arbitral... ella no puede ser motivada sino en el descubrimiento de un hecho nuevo que pueda ser de tal naturaleza que ejerza una influencia decisiva sobre la sentencia y que a la época de la clausura de los debates, era desconocido para el Tribunal y para la parte que ha pedido la revisión (art. 55).

La sentencia arbitral no es obligatoria sino para las partes que han concluido el compromiso. En conflictos relativos a la interpretación de un Tratado multilateral, si un Tercer Estado ha ejercido el derecho o facultad de intervenir, la interpretación contenida en la sentencia arbitral es obligatoria para esa parte.

La Segunda Conferencia de la Paz de La Haya del año 1907, revisa la Convención celebrada el 29 de julio de 1899 durante la Primera Conferencia de la Paz adoptando una nueva convención el 18 de octubre de 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (\*). En la parte I sobre mantenimiento de la paz, el art. 1º establece que, en miras a obviar, en la medida de lo posible, el recurrir a la fuerza en las relaciones entre Estados, las Altas Partes Contratantes acuerdan en realizar sus mejores esfuerzos a fin de asegurar el arreglo pacífico de las controversias internacionales.

La parte II se refiere a los buenos oficios y a la mediación, y la parte III a Comisiones Internacionales de examen o investigación. En esta parte se incluyen normas procesales que antes no figuraban en la Convención de 1899, asimilándose así, el procedimiento ante la Comisión, al procedimiento arbitral.

La parte IV está dedicada al Arbitraje Internacional. Con el objeto de facilitar el recurso inmediato al arbitraje para las disputas internacionales que no fuera posible solucionar por métodos diplomáticos, las Altas Partes Contratantes se obligan a mantener la Corte Permanente de Arbitraje —como fuera establecida por la Primera Conferencia de la Paz— accesible en todo tiempo y operando, a no ser que hubiera acuerdo en contrario de partes, de conformidad con las reglas de procedimientos establecidos en la convención. En caso de falta de acuerdo en cuanto a la elección de los miembros de la Corte, la Convención de 1907 innova respecto a que, después de dos meses, las partes en la controversia eligen dos miembros cada una que no sean de su nacionalidad, y finalmente se integra el tribunal por sorteo (art. 45).

En las disposiciones finales se estableció que esta convención, debidamente ratificada, reemplazará entre las partes contratantes, la Convención para la Solución Pacífica de las Controversias Internacionales del 29 de julio de 1899.

Podemos concluir que, la Primera Conferencia de La Haya de 1899, procura en cierta medida compatibilizar el uso de la fuerza y la solución pacífica de las controversias. Fue recién a fines del siglo pasado que por primera vez se tipificaron los métodos de solución de controversias empleados por los Estados como alternativas al uso de la fuerza. Aún más, se desarrolló un método no experimentado hasta ese momento, como fue el de la investigación. Por otra parte, en esa Conferencia se estipularon las reglas básicas para la conducción de las hostilidades entre Estados. Se encuadraron las conductas lícitas e ilícitas en el ejercicio del derecho a la guerra y el derecho en la guerra, se avanzó en la inclusión de nuevas categorías de sujetos protegidos de las consecuencias de la guerra. Los Estados demostraron tener plena conciencia de los horrores de las guerras y la necesidad de minimizar las posibilidades de recurrir al uso de la fuerza para solucionar conflictos entre Estados (\*).

Esta concientización de los peligros y consecuencias de todo conflicto armado, puso de manifiesto la necesidad de asegurar un sistema de arreglos por vías o medios pacíficos en donde, el derecho y la equidad, fundamentaran un orden y una estabilidad en las relaciones internacionales. No se proscribió el derecho a la guerra, simplemente se definieron y codificaron los usos ilícitos consuetudinarios referentes al empleo de la fuerza tratando de encauzar, en un contexto jurídico, el derecho en guerra. Esta evolución racionalizadora del empleo restrictivo de la fuerza, es acompañada por un esfuerzo por cristalizar las prácticas consuetudinarias seguidas por los Estados, relativas al arreglo pacífico de aquellas controversias que tradicionalmente dieron causa o fundamento a una declaración de guerra.

Es así que en una misma Conferencia se tipifican conductas estadales a través de normas reguladoras de métodos de solución pacífica y de normas concernientes al empleo de la fuerza. Nace una incipiente relación entre estas materias, que definirá a futuro una suerte de interdependencia, por la cual el creciente cercenamiento de las posibilidades

de recurrir lícitamente a la fuerza, implicaría, en consecuencia, el nacimiento de una obligación de intentar una solución por medios pacíficos.

Entre 1902 y 1914, 17 controversias fueron sometidas a la Corte Permanente de Arbitraje Internacional. Todo intento por constituir durante esa época una corte con jurisdicción obligatoria, incluso para determinados casos (Corte Internacional de Presas), o prosperó (\*).

A principios de siglo comenzaron a institucionalizarse sistemas de arbitraje bilaterales permanentes. Surgieron así, los llamados Tratados Generales de Arbitraje. Por ejemplo, el Tratado General de Arbitraje entre Argentina y Chile de 1902 inscripto dentro de los pactos de mayo (\*); el Tratado entre Gran Bretaña y Francia del 13 de octubre de 1903, por el cual se somete a arbitraje toda controversia sobre la interpretación de tratados (\*).

En estos tratados generales de arbitraje, aparecen las llamadas reservas por materia, que permiten a una de las partes, desobligarse de someter una controversia al sistema institucionalizado —generalmente en forma bilateral— invocando que la cuestión compromete sus intereses vitales, intereses de terceros Estados, la jurisdicción doméstica del Estado o su honor e independencia.

En 1907 se crea la Corte de Justicia Centroamericana (\*) que funciona hasta 1917, habiendo entendido en diez casos.

Los Estados vencedores en la Primera Guerra Mundial, al establecer en 1919 la Sociedad de las Naciones, intentan implantar un sistema de seguridad colectiva para el mantenimiento de la paz. Dentro de este sistema, es de fundamental importancia la obligación asumida por los miembros de la Sociedad ante cualquier divergencia que surja entre ellos de someter dicho asunto a un arbitraje o a una investigación por parte del Consejo de Seguridad de la Liga de Naciones "...conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra, antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo..." (art. 12 Pacto de la Sociedad de Naciones) (\*\*).

Si las partes en conflicto consideran, a su juicio, que éste es susceptible de arreglo por la vía arbitral y convienen en consecuencia, someterla al arbitraje, el laudo deberá ser cumplido lealmente, conviniendo los miembros de la Liga, en no recurrir a la guerra contra un miembro de la Liga que se sometiera a dicho laudo (art. 13, para. 4). Si un conflicto determinado entre miembros de la Liga no fuese sometido al arbitraje, por el art. 15, los miembros de la Liga asumen la obligación de someter el asunto al Consejo "...cualesquiera de las partes en la divergencia podrá someter el asunto..." (art. 15, para. 1). El Consejo se esforzará por obtener el arreglo de la divergencia, pero si ésta no fuese solucionada, el Consejo producirá y publicará un informe por unanimidad o por mayoría de votos, conteniendo la exposición de los hechos y las soluciones que recomienda como justas y apropiadas para el caso (art. 15, para. 4).

Si el informe del Consejo fuese aceptado por unanimidad, no interviniendo en el cálculo de esa unanimidad el voto de los representantes de las partes en conflicto, los miembros de la Liga convienen en no recurrir a la guerra contra ninguna de las partes en la divergencia que se somete a las recomendaciones del informe (art. 15, para. 6). Por su parte, el art. 16, para 1, establece que "Si cualquier miembro de la

Liga recurriera a la guerra, contrariamente a las obligaciones contraídas por él, de acuerdo a los arts 12, 13 y 15, será ipso facto considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Liga...".

En el Pacto de la Sociedad de las Naciones, no se proscribe la guerra sino que se tiende a condicionar el recurso al uso de la fuerza a través del sometimiento del conflicto a una instancia pacífica de solución, ya sea a un arbitraje, a una investigación del Consejo o bien, una vez instalada la Corte Permanente de Justicia Internacional, a una sentencia judicial. El objetivo del Pacto es entonces, el imponer un intento de solución pacífica como modo de atemperar las posibilidades de un recurso a la guerra.

Esta moratoria temporal, implicaba en los hechos un enfriamiento del conflicto. De esta forma, en el esquema del Pacto de la Sociedad de las Naciones, los Estados ante un conflicto determinado, deberían tomar conciencia que antes de intentar un recurso a la fuerza, deben agotar los métodos de solución pacífica (11).

El 15 de febrero de 1922 se crea, en cumplimiento del art. 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Si bien la jurisdicción de la Corte es voluntaria, por el art. 38, para 2, se establece un sistema de aceptación unilateral de la jurisdicción de la Corte que es considerado como un gran adelanto respecto del sistema de los Convenios de La Haya. En la práctica, dos tercios de los miembros de la Liga, aceptaron la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Entre las dos guerras proliferan los tratados bilaterales para el arreglo pacífico de controversias que incluyen el recurso ante la Corte Permanente. Se sigue asimismo la tendencia iniciada a fines del siglo pasado, de incluir cláusulas de arreglo por sometimiento al arbitraje. En los hechos, el éxito relativo de los arreglos por vía arbitral hasta la Primera Guerra Mundial, determinó el uso prioritario de este método para la solución de controversias. Sin embargo, a partir de la década del 20, los Estados Europeos interesados en una solución jurisdiccional, tienden progresivamente a recurrir a la Corte Permanente de Justicia Internacional (12).

En 1928 se firma en París el llamado Pacto Briand-Kellog (13), por el cual los Estados renuncian al uso de guerra como expresión de sus políticas nacionales. A su vez las Altas Partes Contratantes se comprometen a la búsqueda de arreglos pacíficos para toda controversia. Este pacto no declara en abstracto la ilicitud de la guerra, sino de aquellas guerras que son el resultado de políticas nacionales expansionistas. El Pacto Briand-Kellog marca un momento trascendente en la evolución hacia la proscripción de la guerra como un derecho inmanente de los Estados. A lo largo de esa evolución, y aún hoy día, no se define qué uso de fuerza está permitido, sino qué uso de fuerza está prohibido.

El Pacto Briand-Kellog redimensiona las expectativas de una seguridad colectiva universalista, más allá de la Liga de las Naciones, al ser parte del Pacto los Estados Unidos de Norte América. El contenido del Pacto interrelaciona la condena al uso de la fuerza (art. 1) con la obligación de solucionar pacíficamente toda controversia (art. 2). La celebración de este Pacto fue consecuencia directa de las incongruencias

y debilidades del sistema de la Liga de Naciones, por una parte y de los temores ante el resurgimiento de poderes hegemónicos en Europa, por la otra. Es así que el Pacto se convierte en una pieza jurídica de fundamental importancia en la determinación de las responsabilidades estatales derivadas de la Segunda Guerra Mundial.

En ese mismo año 1928, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones adopta en Ginebra, el 26 de setiembre, el Acta General para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales (24). El Acta General tiende a revitalizar los métodos de solución pacífica utilizados por los Estados e incorpora un método no contemplado por las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907. El Acta General prevé para las controversias de cualquier tipo que surjan entre dos o más Estados parte y que no fueron solucionadas por vía diplomática, un recurso al procedimiento de conciliación. Las Comisiones de conciliación, tanto las permanentes como las especiales, son constituidas por acuerdo de partes. Salvo acuerdo en contrario, esas Comisiones están integradas por cinco miembros. Cada parte elige un miembro que puede ser un nacional y los otros tres son elegidos de común acuerdo entre nacionales de Terceros Estados. En caso de falta de acuerdo, el sistema para la integración de la Comisión es similar al sistema para la integración de la Corte Permanente de Arbitraje. Es decir, las partes designan una tercera potencia para que elija al Comisionado, o en su defecto cada Estado elige a una tercera potencia y éstas de común acuerdo eligen al Comisionado. En caso de impasse, el Acta General prevé un sistema de elección por sorteo (art. 6, para. 3).

El objetivo de la Comisión de Conciliación es el de clarificar la cuestión en conflicto, y a ese fin deberá recopilar toda la información necesaria por medio de investigaciones o de cualquier forma para lograr un acuerdo entre las partes. Puede asimismo informar a las partes sobre aquello que la Comisión considera que deben ser los términos del arreglo y establece a su vez el plazo dentro del cual las partes deberán tomar una decisión al respecto (art. 5). Al final de su cometido, la Comisión de Conciliación prepara un proces-verbal en donde establece si ha habido acuerdo o no.

El Acta General establece que toda controversia respecto de la cual las partes sostienen derechos divergentes será sometida al arreglo judicial si las partes de común acuerdo no decidieron someterla a un arbitraje (art. 17).

Respecto a toda otra disputa, incluyendo a aquellas que fueron sometidas a un proceso de conciliación y no obtuvieron un arreglo definitivo, serán sometidas a un Tribunal Arbitral (art. 21).

El Acta General en términos globales prevé frente a cualquier controversia, a) la obligación de recurrir a una instancia conciliadora, b) la obligación de recurrir a la Corte Permanente de Justicia para solucionar aquellos conflictos de carácter jurídico si las partes no decidieron someterlos a un arbitraje y c) la obligación de someter toda controversia no solucionada a través de una conciliación, a un Tribunal Arbitral. Es obligatorio en el sistema del Acta General el recurrir a una conciliación y si bien el resultado del Informe de la Comisión de Conciliación no es obligatorio para las partes, la falta de aceptación de ese informe, desemboca en la obligación de someter la controversia a una instancia arbitral.

El Acta permitía la aceptación parcializada de los métodos de solu-

ción propuestas y la posibilidad de efectuar reservas a los efectos de excluir ciertas controversias de las obligaciones asumidas. Se aceptan por ejemplo, excluir aquellas que caen bajo el dominio reservado del Estado, o aquellas que son anteriores en el tiempo a la entrada en vigor del Acta. Fue ratificada por 23 Estados, sólo dos parcialmente y casi todos con reservas (7).

Después de 1928 y hasta la terminación de la Segunda Guerra Mundial no se realizaron nuevos intentos a nivel universal por asegurar la preeminencia del recurso a los métodos de solución pacífica de controversias. En forma esporádica en el orden regional americano, se reafirmó un interés por consolidar las bases operativas para el arreglo pacífico de todo conflicto interestadual. Así es que, se aprueba el 5 de enero de 1929, la Convención General de Conciliación Interamericana, el Tratado General de Arbitraje y el Protocolo Adicional de Arbitraje Progresivo, el 26 de diciembre de 1933 el Protocolo Adicional a la Convención General de Conciliación Interamericana; el 10 de octubre de 1933 el Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación, y el 23 de diciembre de 1936 el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación y el Tratado relativo a la Prevención de Controversias.

El recién a partir de la Organización de las Naciones Unidas que queda formalmente estructurado un sistema de seguridad colectiva universal basado en la proscripción de la amenaza y uso de la fuerza y la solución pacífica de toda controversia.

El Art. 1º de la Carta de la ONU enuncia como propósito de la Organización, entre otros, el mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 1.1). La Organización deberá, a los efectos de cumplimiento ese propósito, actuar frente a dos situaciones diferentes, a saber: a) tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz y b) lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz (art. 1.1). En el primer supuesto del art. 1.1 las Naciones Unidas actuarán frente a la amenaza, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, es decir que la acción de la Organización será una respuesta o reacción frente a hechos consumados. El Consejo de Seguridad ha recibido en el Capítulo VII de la Carta las funciones específicas para efectivizar las medidas que se adopten con el fin de preservar la paz y la seguridad internacionales. Por su parte el art. 2, para. 4, enuncia como obligación de los Estados Miembros de la organización la abstención en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

En el segundo supuesto del art. 1.1 y a los efectos de lograr el arreglo de controversias susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz, la organización deberá actuar antes de que se produzca el quebrantamiento. Por lo tanto su acción será definido como una acción de iniciativa emprendida con miras a lograr una solución a un conflicto o situación. En este contexto el Consejo de Seguridad asumirá las funciones definidas en el Capítulo VI de la Carta, en tanto que la Asamblea General actuará en el marco de la obligación genérica expresada en el art. 14 de la Carta. Por su parte, el art. 2, para. 3, impone a los Estados

miembros de la Organización, la obligación de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

Existe una directa interrelación entre el primer supuesto del art.1.1, el para. 4 del art. 2 y el Capítulo VII de la Carta por un lado, y el segundo supuesto del art. 1, 1, el párrafo 3 del art. 2 y el Capítulo VI de la Carta, por el otro. De la vinculación de los apartados 3 y 4 del art. 2 de la Carta, se desprende que la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza para la solución de controversias entre Estados implica inexorablemente la obligación de buscar una solución a través de métodos pacíficos. Es interesante destacar que en la redacción del proyecto de Carta elaborado en Dumberton Oaks solamente figuraban como condicionamientos restrictivos a la solución de controversias por medios pacíficos, que la solución prevista no ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales. Es a raíz de una enmienda de Bolivia que el Comité de redacción final de la Carta agrega a esos condicionamientos el que el arreglo de una controversia entre Estados no sea contrario a la justicia (\*). Si bien hubo cierta reticencia a esta inclusión, miembros del Comité de redacción hicieron presente el hecho de que entre los principios de la Carta enunciados en el art. 2 no se hacía referencia expresa ni a la justicia ni al derecho internacional, por lo tanto era necesario su inclusión por de pronto en la descripción del alcance del principio por el cual los Estados miembros se obligaban a solucionar pacíficamente sus controversias.

Sin embargo esta inclusión en el texto del art. 2 para. 3, en nada modificó el propósito prioritario de la Carta de mantener la paz y seguridad colectivas. La paz querida en la Carta como objetivo primordial de la Organización tiene un contenido conservador en el sentido de no alterar el statu quo creado o mantenido a partir de 1945. Es decir que el asegurar y mantener la paz en el contexto de la Carta, implica mantener y asegurar el esquema político geográfico logrado como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto el concepto paz, está dissociado del concepto justicia y jerárquicamente "la Paz" suborqueto logrado en 1945 puede producirse en los hechos la consolidación dina al principio de "la Justicia". A través del mantenimiento del statu quo logrado en 1945 puede producirse en los hechos la consolidación automática de situaciones contrarias al derecho y a la justicia. La obligación de los Estados de abstenerse de amenazar o usar la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de un Estado o de otra forma incompatible con la Carta, provoca, como única alternativa, la obligación de solucionar pacíficamente las controversias. Esto es así incluso, respecto de aquellas situaciones generadas por el uso ilícito de la fuerza o la presunta consolidación por este método de situaciones disociadas con el derecho y la justicia. Como corolario de la compatibilización intrínseca de los ap. 3 y 4 del art. 2º, surge la posibilidad de que un Estado, estando obligado a solucionar pacíficamente una controversia y no teniendo interés en hacerlo —puesto que la garantía del mantenimiento de un statu quo existente en 1945 lo beneficia— puede dejar una controversia sin solución por tiempo indeterminado. Aún más, el ofrecimiento de negociaciones en cumplimiento de la obligación de solucionar la controversia, no implica arribar a un acuerdo. O sea que la obligación de solucionar se redefine en intentar solucionar, y frente a la violación de esta última obligación, no habría remedio legal aparente. Por lo tanto, una controversia podría prolongarse indefinidamente en el tiempo sin ser solucionada. El Estado interesado en esa indefinición es

el Estado que estando en posesión, por ejemplo, del territorio en discusión, no tendría suficientes elementos o fundamentos válidos como para consolidar frente al otro Estado una mejor titularidad.

En este contexto es interesante detenerse en la hipótesis planteada por el profesor Jennings<sup>(1)</sup> respecto a las acciones de Self-Help. Estas acciones de fuerza no serían compatibles frente al art. 2 para. 4 de la Carta si provienen de un Estado con mejor derecho sobre el que tiene el Estado que posee el territorio en disputa. No existiendo una instancia judicial obligatoria, el Estado con un derecho incuestionable sobre el territorio objeto de la controversia y en posesión de otro Estado, podría intentar una acción de Self-Help. Ese uso de fuerza, de ser el título del Estado que la emplea "perfecto" sobre el territorio, no provoca un ilícito internacional, pues el art. 2º para. 4 prohíbe el uso de la fuerza contra la integridad territorial de otro Estado. No siendo el territorio que se intenta recuperar, parte del territorio del que ejerce responsabilidad internacional sobre él, las acciones de fuerza por parte del Estado con mejor derecho se amparan en la fuerza utilizada dentro de su propio territorio en ejercicio del principio que protege la jurisdicción doméstica de cada Estado. A contrario de la posición sustentada por Jennings, la reacción de la Comunidad Internacional frente al empleo de la fuerza por un Estado contra otro, se fundamenta generalmente en la violación del objetivo primordial de la Carta que es el mantenimiento de la paz y seguridad colectivas.

Se parte aquí del presupuesto de que cualquier uso de fuerza incompatible con la Carta altera el statu quo logrado y asegurado en 1945. De esa garantía en el mantenimiento y preservación del statu quo se benefician aquellos Estados que mantienen situaciones territoriales irregulares e incluso incompatibles con el derecho preexistente. Esas situaciones no quedan sancionadas por la Carta como probablemente intentara interpretar en extenso alguna doctrina parcializada. Sin embargo, el Estado que ocupe un territorio en conflicto puede en los hechos continuar con la situación existente en 1945, prolongándola en forma indefinida, probablemente a la espera de un saneamiento provocado por la consolidación y afianzamiento de esa situación fáctica.

Al tener los Estados solamente la posibilidad de solucionar sus controversias en forma pacífica y ante el hecho de que la obligación de negociar no implica la obligación de arribar a un acuerdo, se han generado situaciones límites aún no definidas en la práctica estadua[...].

La obligación asumida por los Estados Miembros de solucionar por medios pacíficos sus controversias internacionales (art. 2, 3) es reformulada en el Capítulo VI de la Carta sobre Arreglo Pacífico de Controversias. El art. 33 establece que las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratarán de buscar solución ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación,

el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a Organismos e acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Si bien la solución del conflicto es obligación de los Estados parte en él, el Consejo de Seguridad puede investigar toda controversia, o situación (art. 34) e instar a las partes, si lo considera necesario, a que arreglen sus controversias por medios pacíficos (ar. 32.2). Es asimismo, facultativo del Consejo recomendar los procedimientos o métodos de

ajuste que sean apropiados (art. 36.1). Puede también recomendar los términos de arreglo que considere convenientes, ya sea por propia determinación (art. 37.2) o a solicitud de todas las partes en una controversia (art. 38).

Si las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no logran llegar a una solución a través de alguno de los métodos pacíficos, se obligan a someterla al Consejo de Seguridad (art. 37.1).

En la práctica esta norma residual no ha provocado una directa ingerencia del Consejo de Seguridad en aquellas controversias cuya solución no es posible obtener por recurso a algún método pacífico, ni aún en el caso en que las partes ni siquiera se ponen de acuerdo en el método a emplear (14).

El Consejo de Seguridad tampoco ha implementado en la práctica su derecho a hacer recomendaciones en cuanto al método a utilizarse para la solución de un conflicto. En el caso de controversias de orden jurídico, las partes por regla general deberán, ante la recomendación del Consejo, someterlas a la Corte Internacional de Justicia (art. 36.3).

Frente a la jurisdicción facultativa de la Corte Internacional de Justicia, el Comité de redacción de la Carta de San Francisco, entendió que se avanzaba sobre el sistema de la Liga de Naciones al autorizar al Consejo de Seguridad a recomendar el recurso a la Corte. Independientemente del valor no vinculatorio para las partes de esa Recomendación, el Consejo en un solo caso sugirió a las partes el recurso de la Corte (15).

En el sistema de la Carta, frente a una controversia, las partes pueden optar por cualquier método a su disposición y esta flexibilidad en la elección del método permite una mayor expectativa de llegar a una solución.

Sin embargo, ante un conflicto que ponga en peligro la paz y seguridad internacionales, los órganos políticos de la ONU deberían recomendar un método de solución pacífica. Hay pautas objetivas en la Carta para la elección del método independientemente de la voluntad de las partes (art. 36.2 y 3).

El comportamiento de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad indica que no ha sido cumplimentada la obligación impuesta por la Carta de recomendar un método de arreglo, dejando a la consideración exclusiva de las partes la elección del método apropiado. En teoría se han exagerado las consecuencias del principio de igualdad soberana de los Estados a tal punto que se la relacionó con el principio de la libre elección de los métodos (16). Esa libre elección de los medios de solución es confirmada en la Resolución de la Asamblea General Nº 2625 de 1970 (17) como un pre-requisito para el arreglo pacífico de las controversias. En la práctica se puede llegar a desnaturalizar la obligación de solucionar o buscar una solución al conflicto frente a un no acuerdo sobre el método a emplearse para lograr ese acuerdo. La obligación de negociar un método de solución pacífica no debe confundirse con la obligación de negociar el conflicto. En el Comité que estudió la Resolución 2625, Checoslovaquia propuso a la negociación como un método prioritario. La negociación sería así obligatoria para todo Estado parte en una controversia mientras que los otros métodos de solución serían facultativos. Pero el negociar implica muchas veces hacer concesiones recíprocas. En

la elección del método van implícitas las reglas de juegos aplicables para la solución del conflicto. La negociación prejuaga sobre una solución "Negociada"; "negociada" en el contexto de que las posturas extremas cederían ante un justo equilibrio entre ambas pretensiones. Ese justo equilibrio puede estar lejos de ser logrado si quienes negocian son una gran potencia y un Estado en vías de desarrollo. Las presiones externas al conflicto o la existencia de un indiscutible mejor derecho hacen de la negociación un método no necesariamente aceptable para una de las partes en el conflicto. Frente a estas situaciones la intervención de un Tercero en la disputa puede asegurar la igualdad de tratamiento de las pretensiones de las partes y la objetivación de la controversia.

La propuesta de Checoslovaquia no fue aceptada y la Resolución 2625 finalmente ubica a todos los métodos de solución pacífica en un mismo plano, delegando en las partes la elección del método a utilizarse.

En el esquema actual de la Organización existe la obligación de solucionar pacíficamente toda controversia, pero esta obligación no prejuaga sobre una previa jerarquización de los métodos a emplearse. Los Estados en conflicto son los llamados a elegir el método. Esta elección presupone una voluntad común que se identifica con la negociación del conflicto. Aquella voluntad común pone de manifiesto el reconocimiento de la existencia del conflicto, sus límites y alcances y la intención de solucionarlo. La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones entre Estados no fue acompañada, a través de la actividad del Consejo de Seguridad, por un desarrollo similar en cuanto a la solución pacífica de controversias. Los Estados liberados de la amenaza o uso de la fuerza parecerían preferir el mantener ciertas controversias en estado de latente indefinición.

La carencia dentro del ámbito universalista de un sistema que asegure una solución definitiva y obligatoria para toda controversia, motivó la Resolución de la Asamblea General 268 (III) del 28 de abril de 1948 que instruye al Secretario General para que prepare un texto revisado del Acta General de 1928, con las modificaciones aprobadas en esa Resolución. Este nuevo instrumento lleva el título de Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales<sup>(12)</sup>. Es éste un tímido intento de la Asamblea General por remozar una instancia automática de jurisdicción compulsiva a través de un primer recurso de conciliación que si no produce una solución aceptable para las partes, desemboca en un recurso al arbitraje o en una instancia judicial.

La Comisión de Derecho Internacional preparó en el año 1953 un proyecto de procedimiento arbitral inspirado en la necesidad de establecer una alternativa residual de instancias jurisdiccionales obligatorias. Este proyecto no tuvo mayor resonancia en el seno de la Asamblea General y el tema fue finalmente retirado de la agenda de la Comisión.

En el ámbito regional, la IX Conferencia Internacional Americana reunida en 1948, aprobó el 30 de abril el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, conocido como Pacto de Bogotá<sup>(13)</sup>. El Pacto establece una obligación general de resolver las controversias por medios pacíficos y regula los procedimientos de Buenos Oficios, Mediación, Investigación, y Conciliación. En cuanto al arreglo judicial, el art. 31 del Pacto expresa que, de conformidad con el inciso 2 del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el

presente tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas. Asimismo, cuando el procedimiento de conciliación no llegare a una solución, y las partes en conflicto no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia (art. 32).

En cuanto al procedimiento arbitral, el art. 38 del Pacto establece que las Altas Partes Contratantes tendrán la facultad de someter a arbitraje, si se pusieren de acuerdo en ello, las diferencias de cualquier naturaleza, sean o no jurídicas, que hayan surgido o surgieren en lo sucesivo entre ellas. Sin embargo, si la Corte Internacional de Justicia se declarase incompetente y no se hubiese dado por terminada la controversia, las Altas Partes Contratantes están automáticamente obligadas a someterse al arbitraje (art. 35).

El objetivo central del Pacto de Bogotá fue el definir los recursos obligatorios para la solución de toda controversia, distinguiendo *prima facie* entre conflictos de naturaleza jurídica y conflictos de naturaleza no jurídica. La mayoría de los reservas formuladas por los Estados signatarios tienden a frustrar la aceptación incondicional de los recursos jurisdiccionales previstos en el Pacto. En la práctica, el Pacto no fue aún utilizado para la solución de conflicto alguno entre los Estados americanos.

En el ámbito europeo occidental se aprueba en el año 1957 la Convención Europea para el Arreglo Pacífico de Controversias. Por esta Convención se establece la obligación de someter a la Corte Internacional de Justicia toda controversia jurídica que surja entre los Estados Parte. Toda otra controversia de carácter o naturaleza no jurídica deberá ser sometida a un procedimiento de conciliación. Si a través de la conciliación las partes no llegan a una solución definitiva, deberán someter la controversia a una instancia arbitral obligatoria.

Estas Convenciones Regionales sobre el arreglo pacífico de controversias, dado su carácter general y abstracto, no han alcanzado el grado de eficiencia y credibilidad de que gozan las instancias jurisdiccionales obligatorias implementadas para la solución de conflictos sobre materias específicas, particularizadas por tratados de índole también regional o comunitario. Tales son los casos de: La Corte Europea sobre los Derechos Humanos creada por la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre aprobada en Roma en 1950; la Corte de la Comunidad del Carbón y del Acero creada por el Tratado de París de 1951; las Cortes de la Comunidad Económica Europea y de EURATOM creadas por los Tratados de Roma de 1957 y que se fusionan a partir de 1968 con la Corte de la CECA; el Colegio Arbitral de la Unión Económica del Benelux creada en 1958; o el del Tribunal del Mercado Común del Este Africano.

Dentro de este contexto regional y específico se ubica la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por la Convención de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, carente aún de práctica susceptible de ser evaluada.

La falta de predisposición de los Estados por quedar vinculados antes de la existencia de un conflicto a una instancia jurisdiccional obligatoria, se pone asimismo de manifiesto en la regulación de los mecanismos de solución de controversias pactados en las Convenciones codificadoras del Derecho Internacional promovidas bajo los auspicios de la O.N.U. De exis-

tir recursos jurisdiccionales obligatorios, generalmente éstos aparecen estipulados en Protocolos Adicionales cuyo carácter vinculatorio es independiente de las Convenciones codificadoras. Como excepción a esta regla generalizada, en la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, se estableció que las diferencias que pudieran surgir entre Estados en los casos específicamente contemplados en el art. 9.1 se someterán, salvo que las partes convengan en otro procedimiento pacífico, al arbitraje de una Comisión Especial. Las decisiones de la Comisión Especial son obligatorias para los Estados Parte en el litigio y será aplicable al respecto lo dispuesto en el art. 94, para. 2 de la Carta de la O.N.U. Es interesante el señalar que de esta forma se está convencionalmente ampliando las facultades del Consejo de Seguridad de la O.N.U., que en última instancia será quien decida si aplica o no medidas tendientes a hacer efectivas las decisiones de la Comisión Especial.

Por su parte, en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados se establece la posibilidad de interponer un recurso obligatorio ante la Corte Internacional de Justicia respecto de toda controversia relativa al ius cogens (arts. 53 y 64).

## PARTE II

### LOS METODOS DE SOLUCION PACIFICA

Con anterioridad a 1945 el arreglo de cualquier controversia entre Estados podía dar lugar a la utilización de métodos pacíficos como al empleo de la fuerza. La proscripción de la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial de un Estado o su independencia política, previsto como principio básico a partir de la Organización de las Naciones Unidas, limita el arreglo de cualquier controversia entre Estados al empleo de los llamados métodos pacíficos.

La doctrina en general ha interpretado la práctica estadual sobre la materia, distinguiendo dentro de los métodos a disposición de las partes en conflicto, entre métodos diplomáticos y métodos jurisdiccionales. Se ha sostenido asimismo que si el conflicto es político, el método de solución a utilizarse será el diplomático y si el conflicto es jurídico, el método a emplearse será jurisdiccional.

Existen intentos doctrinarios por clasificar a las controversias en legales o políticas, justificables o no justificables, de conformidad a su naturaleza intrínseca y a la posibilidad de resolverlas aplicando principios de derecho internacional. La utilidad de estos intentos se ve minimizada por la relatividad en las diferencias o distinciones entre los métodos a emplearse y por el carácter subjetivo de cualquier clasificación que se quiera hacer de una controversia determinada (17).

Para que una controversia pueda ser definida como legal o jurídica, se ha hecho referencia a la existencia o no, de principios de derecho internacional aplicables al caso. En la Carta de la O.N.U., por ejemplo, se mencionan las disputas de carácter legal a los efectos de que el Consejo de Seguridad proponga a las partes el someterlas a la Corte Internacional de Justicia. Asimismo en la Sociedad de Naciones, se hace referencia a la existencia de controversias jurídicas. En los Convenios sobre Arreglo Pacífico de Controversias de 1889 y 1907 se expresa la distinción en la utilización de los métodos reglados a partir de si la cuestión es legal o política.

El Juez Hudson <sup>(14)</sup> alude a que en el art. 36 (2) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (hoy art. 36 (2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) quedan comprendidas todas las posibilidades de conflictos legales a saber: a) disputas concernientes a obligaciones convencionales o emergentes de tratados; b) disputas concernientes a obligaciones emanadas del Derecho Internacional independientemente de los tratados; c) disputas concernientes a los hechos sobre los cuales se aplicará el derecho; d) disputas concernientes a la reparación debida cuando una obligación jurídica ha sido violada.

Por otra parte la caracterización de una controversia como política es mucho más ambigua o arbitraria, y generalmente se hace por exclusión o al contrario de una caracterización como jurídica. Una disputa no susceptible de ser solucionada a través de la aplicación del derecho pre-existente, sería entonces una controversia política. Kelsen afirma que es siempre posible el solucionar una disputa conforme al derecho tal cual como existe a la fecha en que la disputa nace <sup>(15)</sup>. O bien existe una norma que impone a una parte, una obligación de comportarse de tal manera reclamada por la otra parte, o bien no existe tal norma. La diferencia que existe entre una controversia política y una controversia legal es solamente una diferencia entre dos tipos de conflictos legales; disputas a ser solucionadas de conformidad al derecho preexistente y disputas a ser solucionadas de acuerdo con el derecho a crearse por la autoridad competente para el arreglo de esa controversia <sup>(16)</sup>.

Los ejercicios académicos para tratar de demostrar que todas las disputas son legales o todas son políticas son autoexcluyentes por el solo hecho de que todo razonamiento sobre la materia, parte en última instancia del análisis subjetivo del llamado a definir la disputa como jurídica o como política. El definir una controversia como jurídica o como política es un elemento a disposición de los Estados a los efectos de provocar la aplicación de un método que tenga en cuenta el derecho preexistente o que lo cree para el caso. Por otra parte, una clasificación tan estricta de las disputas ignora las tensiones, tanto dentro de las relaciones internacionales como en el ámbito interno, por las cuales una disputa legal no necesariamente es sometida por un Estado a un arreglo jurisdiccional.

Otros intentos doctrinarios se han centrado en distinguir cuestiones justiciables de las cuestiones no justiciables. En ciertos tratados de arbitraje celebrados por los Estados Unidos y conocidos como tratados Kellog, una cuestión justiciable es considerada como una cuestión legal. Las partes en esos tratados definen que una disputa legal, conforme a su naturaleza, es aquella susceptible de ser solucionada por aplicación de los principios de derecho y la equidad, por lo tanto deberán ser remitidos a un arbitraje. Sin embargo, en la práctica, se ha comprobado que la justiciabilidad de

una controversia no depende tanto de su naturaleza jurídica, como de la voluntad de las partes de someterla a un arreglo jurisdiccional (17).

Se han avanzado distintos fundamentos para definir la no justiciabilidad de una controversia determinada. Lauterpacht (18) estudió esas causas y las enunció vinculándolas o bien a la no existencia de normas del Derecho Internacional preexistentes aplicables al caso, o a la relevancia política de la controversia, o bien a que la aplicación del derecho existente *Lex Lata* provocaría un resultado injusto o peyorativo para los intereses nacionales de una de las partes. La demostración objetiva de los verdaderos motivos por los que un Estado no llega a arreglar sus controversias a través del empleo de una Corte, en nada ha modificado la insistencia estadual por definir ciertas cuestiones como políticas o como no justiciables.

Partiendo entonces de la base de que todo conflicto entre Estados puede calificarse como jurídico, y habiendo sido probado por la práctica estadual que la calificación del conflicto como político o jurídico, justiciable o no justiciable, depende no de pautas objetivas, sino de la intención y deseos de las partes, es inaceptable doctrinariamente, el asimilar los métodos diplomáticos a los conflictos calificados como políticos y los métodos jurisdiccionales a los conflictos calificados como jurídicos. En realidad, la utilización de uno u otro tipo de métodos, radica en que los métodos diplomáticos son más aptos para encontrar una solución que no necesariamente se adapte al derecho preexistente. Esto es así, ya sea porque ese derecho aplicable es impreciso o controvertido, ya sea porque las normas vigentes son de tal abstracción que su particularización necesita ser controlada directamente por las partes involucradas en el conflicto. Los métodos diplomáticos son válidos en estas situaciones para que las partes en el conflicto, directamente o a través de la intervención de un tercero, generen una norma aplicable al caso. Asimismo, estos procedimientos son aptos aún en el supuesto de que la intención no sea generar una nueva norma, sino que los Estados puedan directamente controlar los alcances indefinidos o imprecisos de normas abstractas.

Los métodos jurisdiccionales posibilitan a las partes la aplicación del derecho preexistente de conformidad con procedimientos preestablecidos y frente a expectativas medianamente ciertas sobre el contenido de las normas y sus alcances. Los métodos diplomáticos necesitan para concertar un arreglo definitivo a la controversia, de una inconfundible voluntad estadual de solucionar el conflicto. La solución se expresará inexorablemente en un acuerdo de partes. Estos métodos, más que solucionar el conflicto, determinan las bases para que las partes finalmente den ellas mismas por terminada la controversia a través de la celebración de un acuerdo o tratado. El acuerdo de partes es el objetivo común de los métodos llamados diplomáticos. En el acuerdo, las partes podrán proponer la creación de situaciones novedosas sin invocar la preexistencia de normas jurídicas. Mientras que el resultado de un recurso jurisdiccional, ya sea de un Laudo Arbitral o una sentencia de la Corte, deberá fundamentarse en la aplicación particularizada para el caso de especie, en el derecho vigente. En los laudos arbitrales, generalmente los considerandos son más escuetos que los de las sentencias de una Corte. Aquellos tratan de vincular los resultados con la parte dispositiva o laudo propiamente dicho, más que con el derecho aplicable.

Ciertos Estados se han manifestado reticentes a recurrir a métodos jurisdiccionales no sólo porque el derecho aplicable es incierto, sino que

no habiendo dificultad en su aplicación para la solución de la controversia, insisten en obtener una solución fuera de la estricta aplicación del derecho. Por lo tanto el Estado que se aviene a la solución del conflicto a través de la utilización de un método diplomático, deberá contar con una cierta expectativa de credibilidad interna que le permita frente a un resultado adverso a sus pretensiones máximas, igualmente llegar a un acuerdo. Esta es probablemente una de las razones por las cuales los Estados frente a la obligación de solucionar pacíficamente sus controversias, optan por intentar métodos que le permitan dilatar en el tiempo la obtención de un resultado que será indefectiblemente opuesto a sus reclamos o pretensiones. Asimismo, en la historia de la utilización de los distintos métodos de solución pacífica, un Estado que tiene una clara e inconfundible voluntad por solucionar un conflicto determinado, pero sabe objetivamente que la solución no puede satisfacer las expectativas máximas de su opinión pública interna, recurre a un método jurisdiccional a los efectos de obtener un resultado que no podría haber nunca negociado. En estas situaciones el recurso al arbitraje es una alternativa viable para la obtención de un resultado controlable, supeditando a la voluntad común de las partes la constitución del Tribunal Arbitral o la elección del árbitro, la definición del derecho aplicable y los límites materiales de la controversia.

La doctrina ha estratificado los procedimientos y métodos diplomáticos con una claridad que no es necesariamente perceptible a través de la práctica estadual. Es a veces más fácil distinguir a una mediación de buenos oficios desde un punto de vista teórico que en los hechos. Asimismo, es fácilmente reconocible en doctrina una conciliación de una mediación, aunque en la práctica puedan llegar a no distinguirse.

La negociación directa entre las partes en conflicto es el método diplomático considerado originario, mientras que los demás métodos derivan de una voluntad común de las partes en conflicto por la cual aceptan optar por un método determinado. El resultado de la aplicación de ese otro método diplomático volverá en definitiva a la consideración de los Estados involucrados.

La negociación directa presupone un entendimiento básico sobre el contenido y alcance de la disputa y sobre la voluntad de las partes de llegar a un arreglo de la controversia. Las partes llegan a la mesa de negociaciones con propuestas de máxima, reservando las instrucciones de mínima para nuevas rondas de negociaciones. Conocidas por las partes las pretensiones máximas, se cierra una primera etapa en la negociación que implica el circunscribir o limitar el conflicto. De ahí en más, las partes ponderarán las distintas alternativas para llegar a un punto medio o equilibrio razonable entre sus pretensiones máximas y mínimas. Si bien es posible identificar el objeto de la disputa, muchas veces las razones y fundamentos de cada Estado son diversos, por lo tanto es posible la conciliación de las posturas extremas, pues cada una de ellas obedece a razones y prejuicios, tanto internos como externos, distintos. El resultado final se basará en concesiones recíprocas, en donde los Estados de antemano, saben que para ganar algo siempre habrá que ceder algo. El resultado final de la negociación directa es siempre un acuerdo o tratado en donde las partes generan un régimen jurídico particular aplicable para la solución de la controversia. De no hallarse un acuerdo sobre la substancia del conflicto, las partes inexorablemente deberán acordar el remitir el conflicto para su tratamiento a través de algún otro método de solución

pacífica. La obligación de negociar, impuesta convencionalmente o consuetudinariamente a las partes en un determinado conflicto, no comprende la obligación de llegar a un acuerdo. Sin embargo, la obligación de solucionar pacíficamente la controversia, obliga a las partes a intentar otro método de solución.

Los sistemas de consulta y comunicación o información, son utilizados por los Estados como mecanismos preventivos de un conflicto a los efectos de lograr un acuerdo de partes con anterioridad a la existencia misma del conflicto. Generalmente se distingue entre situación y conflicto como dos instancias diferenciables en las relaciones entre Estados frente a hechos consumados que provocan una interpretación jurídica o política divergente. Frente a una situación determinada, existen remedios convencionales a los efectos de encontrar un acuerdo de partes. Esos remedios convencionales proponen por ejemplo, un sistema en escalada de información sobre datos técnicos, consulta previa, conciliación por algún comité o comisión mixta y luego recurso a una instancia jurisdiccional pactada como obligatoria (20).

Los otros métodos diplomáticos tienen por común denominador la intervención de un tercero en la disputa. Básicamente la diferencia entre estos otros métodos es una diferencia de grado o intensidad en cuanto a la participación del tercero en el conflicto.

Se entienda por buenos oficios a la intervención de un tercero, generalmente un Estado que acerca a las partes en conflicto cuando éstas han interrumpido la posibilidad de negociar directamente. Los buenos oficios como método de solución de controversias, deberá complementarse con la negociación directa de las partes o bien con el recurso a otro método de solución pacífica.

En los buenos oficios, el tercero en la disputa trata de acercar a las partes a la mesa de negociaciones sin directamente intervenir en ellas. Ejerce su persuasión para que los Estados acepten la necesidad de llegar a un acuerdo sin proponer bases para el acuerdo o sin sugerir futuros cursos de acción.

La mediación por su parte, es la intervención de un tercero —ya sea un Estado o una personalidad reconocida internacionalmente con carácter de neutral— que además de acercar a las partes, se sienta en la mesa de negociaciones e interviene en las mismas proponiendo incluso cursos de acción a los efectos de arribar finalmente a una solución negociada. El mediador cumple un papel activo en las negociaciones, interviniendo directamente en ellas, realiza sugerencias y propone soluciones alternativas. La diferencia entre los buenos oficios y la mediación es meramente de grado. Es difícil trazar en la práctica una línea precisa que distinga una de otra actividad. Así es que en el conflicto entre Indonesia y Holanda, el Comité de Buenos Oficios de la O.N.U. informaba al Consejo de Seguridad y a la vez realizaba recomendaciones a las partes. Por su parte, el mediador de la O.N.U. en Palestina (1947/48), tenía atribuciones para resguardar y proteger los lugares sagrados, ocuparse del bienestar de la población palestina e informar al Consejo de Seguridad sobre el desarrollo de la situación en la zona. El Comité de Buenos Oficios para las Hostilidades en Corea, creado por el Consejo de Seguridad en 1951, no sólo tenía atribuciones para acercar a las partes para negociar un cese del fuego, sino que proponía cursos de acción y métodos para llegar a ese

cese del fuego<sup>(10)</sup>. En cuanto a los Buenos Oficios de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas a fines de 1965 y principios de 1966, para que los representantes de la India y Pakistán se encontraran en TASHKENT, incluyó elementos de mediación<sup>(11)</sup>.

Los buenos oficios como la mediación pueden estar a cargo de un Tercer Estado amigo de las partes en conflicto, o por lo menos neutral frente al conflicto, o bien a cargo de un individuo o de un órgano político de una Organización Internacional.

La conciliación por su parte, implica la participación de un tercero en la disputa, o bien de un cuerpo colegiado integrado por un número igual de representantes de cada Estado en conflicto y un tercero neutral —Comisiones Conciliadoras— a los efectos de proponer formalmente una solución al conflicto planteado. La diferencia entre la mediación y la conciliación no es meramente formal. En la mediación la intervención del mediador en la negociación directa entre las partes, no está revestida de formalidad alguna, mientras que la Comisión de Conciliación hasta incluso puede tener un procedimiento conciliatorio a los efectos de cumplir con su cometido. Ni la mediación, ni la conciliación obligan a las partes, pero en la conciliación la propuesta de solución, es generalmente conocida no sólo por las partes en el conflicto, sino por la Comunidad Internacional en su conjunto, por lo tanto podrá generar cierta compulsión moral a observar su contenido. Muchas veces puede definirse la actividad o participación de un tercero como mediación, cuando en realidad la actividad desplegada por ese tercero conlleva las características de una conciliación. Por ejemplo en el conflicto austral entre Argentina y Chile, el Acuerdo de Montevideo del año 1979<sup>(12)</sup> establece como método de solución, la intervención de Su Santidad el Sumo Pontífice en calidad de mediador. Sin embargo, la llamada propuesta papal formulada en diciembre de 1980 y las formalidades que rodearon su comunicación a las partes, además del procedimiento previo durante las etapas de la mediación, caracterizan esa actividad como una verdadera conciliación.

En general la conciliación presupone el referir una controversia a una Comisión que hará un informe con propuestas a las partes sobre un arreglo definitivo. Esas propuestas no tienen carácter vinculante para las partes. Manly O. Hudson<sup>(13)</sup> define a la conciliación, como un proceso para la formulación de propuestas de arreglo después de una investigación de los hechos y de un esfuerzo para reconciliar posiciones opuestas, quedando las partes en la controversia libres de aceptar o rechazar las propuestas formuladas. La diferencia entre un arbitraje y una conciliación radica en que esta última no obliga a las partes. Cobra notoriedad a partir de 1913 este método de solución pacífica de controversias a través de la actitud de los Estados Unidos de Norte América que pone de manifiesto su interés por reemplazar en acuerdos con terceros Estados, cláusulas de arbitraje por cláusulas de conciliación. Ante la reticencia del Senado de los Estados Unidos en aprobar tratados negociados por el ejecutivo que contenían cláusulas de arbitraje se propone como alternativa para lograr la aprobación de los acuerdos negociados, el reemplazar el recurso obligatorio al arbitraje por un recurso obligatorio a la conciliación. Si bien es obligatorio el recurso a una instancia de conciliación sobre cualquier controversia que pueda plantearse respecto a la aplicación o interpretación de un tratado, el resultado de las propuestas de conciliación no es obligatorio para las partes.

El Consejo de la Sociedad de las Naciones, tuvo oportunidad de actuar en procesos de conciliación, nombrando generalmente a una persona o a un pequeño Comité como informante. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en reiteradas ocasiones, ha recomendado la integración de Comités de Conciliación y de Investigación. La Secretaría de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional facilita su infraestructura a las comisiones de investigación que se creen en cumplimiento del art. 47 de la Convención de La Haya sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales de 1907.

La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar incorporó durante sus últimas rondas de negociaciones, el recurso obligatorio a una conciliación para solucionar cualquier conflicto, reservando la aceptación del resultado de ese mecanismo a la voluntad de los Estados Parte involucrados (\*\*).

Las comisiones de investigación tienen por objeto el establecer los hechos sobre los cuales existe una controversia. La investigación corresponde a un peritaje sobre las situaciones o hechos base de la controversia. Una vez probados los hechos a través del informe de la comisión de investigación las partes decidirán el curso a seguir para solucionar la controversia, ya sea a través de una negociación directa, ya sea recurriendo a cualquier otro de los métodos de solución pacífica de controversias.

En cuanto a los procedimientos de investigación, la comisión de investigación que actuó en el conflicto del "Red Crusader" entre Gran Bretaña y Dinamarca por ejemplo, necesitó de una instancia escrita con memoria y contra-memorias y un procedimiento oral para la sustentación de la evidencia aportada por las partes (\*\*).

La Asamblea General por Resolución del 18 de diciembre de 1967 recomendó a los Estados Miembros la utilización del método de clarificación de los hechos —fact finding— e instruyó al Secretario General para que abriera un registro de potenciales expertos en las investigaciones que las partes le sometieran.

Los mecanismos de solución pacífica concertados a través de instancias ante Organismos Regionales, no innovan los métodos tradicionales desarrollados hasta el presente. Dentro de las Organizaciones Regionales se establece, generalmente, recursos facultativos para la solución de controversias entre Estados Parte (\*\*). Por ejemplo la Organización de la Unidad Africana prevé la constitución de comisiones de conciliación, mediación o arbitraje facultativas.

Uno de los problemas que se han suscitado en la práctica a raíz de la existencia de una instancia de solución pacífica a nivel regional, se refiere a la necesidad o no de agotar esos mecanismos regionales antes de referir la controversia a los órganos competentes de la Organización de las Naciones Unidas. Al respecto el texto de la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, aprobado por consenso por la VI Comisión de la Asamblea General durante el mes de octubre de 1963, establece en el punto 6 que los Estados Parte en acuerdos u organismos regionales harán cuanto esté a su alcance por lograr el arreglo pacífico de sus controversias locales mediante dichos acuerdos u organismos regionales antes de someterlos al Consejo de Seguridad. Esto no impide a los Estados llevar cualquier controversia a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas (\*\*).

Dentro de los llamados métodos jurisdiccionales de solución pacífica de controversias se distingue el recurso a una corte de justicia del recurso al arbitraje.

La decisión final de una corte de justicia —la sentencia judicial— como la decisión final de un árbitro o tribunal arbitral —el laudo arbitral— son obligatorias para las partes en litigio. Si bien la jurisdicción de una corte internacional como la de un tribunal arbitral es voluntaria, una vez que las partes se someten a su jurisdicción, el resultado o decisión final es siempre obligatorio para las partes. Es ésta la diferencia más notable que distingue a los métodos jurisdiccionales de los métodos diplomáticos. La solución final de un conflicto sometido a cualquiera de los métodos diplomáticos depende de la voluntad común de las partes de ese conflicto, mientras que la solución final de un conflicto sometido a un método jurisdiccional es impuesta a las partes en litigio a través de la sentencia o del laudo. Sin embargo existe en la base del recurso a la instancia jurisdiccional la expresión de la voluntad común de las partes de aceptar la solución a que se arribe para dar por terminada la controversia (27).

Por regla general, tanto la sentencia como el laudo arbitral, a más que ser obligatorios son definitivos. Así es que en la mayoría de los casos se prevé en los estatutos constitutivos de las cortes internacionales o en los compromisos arbitrales solamente, recursos de revisión e instancias de interpretación o aclaratoria de la sentencia o laudo.

Ante el incumplimiento de un laudo o de una sentencia, el carácter obligatorio y definitivo de éstos, produce automáticamente la existencia de un ilícito internacional. La no aceptación del laudo o de la sentencia por una de las partes involucra la responsabilidad internacional del Estado que así actúa.

En la actualidad el cumplimiento de un laudo arbitral está supeditado a la voluntad de las partes. El no cumplimiento por una de ellas compromete en principio su responsabilidad internacional. Si bien en la práctica existen reiterados casos en los que se ha atacado unilateralmente la validez de un laudo arbitral, esta situación genera un nuevo conflicto que deberá inexorablemente solucionarse por métodos pacíficos. En el caso del incumplimiento por una de las partes de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia se habilita a la otra a solicitar la intervención del Consejo de Seguridad para que, si éste lo cree necesario, haga recomendaciones o dicte medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

En la Carta de ONU se prevé un sistema de reacción frente al incumplimiento de las sentencias de la Corte distinto al previsto en el Pacto de la Sociedad de Naciones frente al incumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales (art. 94 (2) de la Carta y art. 13 (4) del Pacto).

El Pacto se refiere a cualquier laudo o decisión, mientras que la Carta se limita a las sentencias de la CIJ. Las propuestas elevadas en San Francisco referentes a ampliar la capacidad del Consejo de Seguridad respecto a las medidas de ejecución de laudos fueron rechazadas sin dejarse constancia de los motivos de tal rechazo (28). El Consejo de la Sociedad de Naciones tenía la obligación de proponer medidas para dar cumplimiento a un laudo o a una sentencia, mientras que la facultad del Consejo de Seguridad en el contexto de la Carta es permisiva, o sea que queda supeditada a la voluntad del propio órgano si toma o no medidas.

El Consejo de la Liga actúa *motu proprio* mientras que el Consejo de Seguridad interviene a requerimiento del Estado que exige el cumplimiento de una sentencia de la Corte. Sin embargo, en la práctica de la Sociedad de Naciones en un solo caso y a pedido de parte se incluyó en la agenda del Consejo el tomar medidas de conformidad al art. 13 (4) (<sup>24</sup>).

Las diferencias más notables entre un recurso arbitral y uno jurisdiccional radican en que la elección del árbitro o los árbitros, la definición del derecho aplicable y el procedimiento arbitral, son pactadas por las partes en el llamado compromiso arbitral. La Corte de Justicia está integrada con anterioridad al sometimiento de una controversia determinada y su composición es universalista. En cuanto al derecho aplicable, la Corte deberá solucionar las controversias que se le sometan de conformidad con lo establecido por el art. 38 de su Estatuto respecto al procedimiento. Las partes se sujetarán al Estatuto y Reglamentos de la Corte.

Si bien existe la posibilidad de que las partes ante un conflicto sometido a la CIJ puedan nombrar jueces *ad-hoc*, la intervención de otros miembros de la Corte no es directamente controlable por los Estados Parte en el litigio.

Sin embargo la intervención de las partes en la integración de las Salas Especiales de la CIJ para entender en una controversia, sumada a la posibilidad de nombrar jueces *ad-hoc*, acercan el sistema judicial al sistema arbitral (<sup>25</sup>). Asimismo las partes que someten un litigio a la CIJ pueden pedirle a ésta, de común acuerdo, que decida *ex aequo et bono* y de esa forma pueden llegar a controlar el derecho aplicable al caso.

Otra distinción que hace más al resultado que a las formalidades que revisten tanto un recurso arbitral como judicial, estriba en que, el árbitro al aplicar derecho tiene en mente la solución del conflicto atendiendo a los intereses y necesidades de las partes. La Corte en cambio tiene en cuenta el conflicto en un marco de referencia más amplio, de conformidad a su integración universalista. La sentencia de la Corte tiende a dirigirse no solamente a las partes sino más bien a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Por lo tanto, la Corte puede llegar a dictar una sentencia que no necesariamente satisfaga las necesidades de las partes en conflicto pero sí las expectativas genéricas de la Comunidad Internacional. El árbitro tradicionalmente ha preferido la aceptación del resultado de su labor por las partes en litigio, sin importarle el contexto de su recibimiento por Terceros Estados. El árbitro, por regla general, actúa como amigable componedor teniendo en cuenta los intereses y expectativas de las partes para la solución definitiva del conflicto. La Corte se limita a aplicar el derecho independientemente de que la particularización de una norma al caso de especie dé por terminado el conflicto de conformidad a un justo y razonable equilibrio aceptable para ambas partes. Por otra parte, los tribunales arbitrales *sen ad-hoc*, mientras que la Corte es permanente y debe en consecuencia estimular, a través de sus sentencias, un sentido de continuidad entre lo actuado y lo por actuarse.

Dentro de los métodos jurisdiccionales, el arbitraje, desarrollado durante el siglo XIX con características de esporádico y facultativo,

fue concebido ya desde 1899 como una alternativa posible al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Surgen a lo largo del siglo XX renovados intentos tanto bilaterales como multilaterales por institucionalizar el sistema y convertirlo en obligatorio. La creación después de la Primera Guerra Mundial de la Corte Permanente de Justicia Internacional responde a una preocupación por mejorar el método arbitral. El interés de los Estados por el arbitraje comienza a declinar en este siglo a partir de la década del 30 y continúa esa tendencia hasta los años setenta. El declinar del arbitraje después de la Primera Guerra Mundial fue acompañado por un incremento en el número de conflictos referidos a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

La CPJI durante su vida entendió en 65 casos contenciosos, produjo sentencia sobre el fondo en 20 oportunidades, 9 sentencias en objeciones preliminares y se le sometieron 27 pedidos de opiniones consultivas. La actividad de la Corte fue fundamental para el desarrollo y conocimiento del derecho existente. Las prácticas consuetudinarias fueron estudiadas y evaluadas por la Corte Permanente como así también los alcances de las obligaciones convencionales y la responsabilidad del Estado. Esta tarea definió la existencia de pautas que contribuyeron a esquematizar las relaciones entre Estados sujetas al derecho. Las constituciones de comisiones mixtas de arbitraje fue otra práctica aceptada por los Estados a partir de la Primera Guerra Mundial para resolver generalmente demandas de daños y perjuicios sufridos por nacionales en el territorio de otro Estado.

El progresivo desinterés por el arbitraje después de la Segunda Guerra Mundial no fue acompañado por un incremento de los conflictos referidos a la CIJ.

Dentro del esquema de la ONU, en un principio se pretendió convertir a la Corte Internacional de Justicia en el órgano judicial llamado a solucionar todos aquellos conflictos de carácter jurídico entre los Estados Parte. Pero los Estados no estaban preparados para aceptar una jurisdicción obligatoria por el mero hecho de ser miembros de la ONU o del Estatuto de la CIJ. Por lo tanto se continuó, como alternativa, con el sistema de la cláusula opcional experimentado por la CPJI. Al presente, a diferencia de lo que aconteció durante la vida de la Sociedad de Naciones, un reducido número de miembros de la ONU han aceptado unilateralmente la jurisdicción de la Corte, según lo prescripto en el art. 36 para. 2 de su Estatuto. Aún más, algunos Estados que han hecho las 15 declaraciones unilaterales han desvirtuado su objeto al pretender condicionar la jurisdicción de la Corte. Esta quedó a grandes rasgos a disposición de los Estados para que quisieron someterla sus controversias. En la práctica se desvaneció la posibilidad de que a través de la recomendación hecha por el Consejo de Seguridad, pudiera la Corte llegar a entender directamente en una controversia.

Hasta el presente la CIJ emitió alrededor de 40 sentencias y 17 opiniones consultivas. La actual falta de interés de los Estados por recurrir a la Corte se ha evidenciado a partir de la década del setenta. Uno de los factores determinantes de esta situación radica en que la Corte no posee atribuciones para detectar las pautas y tendencias del Derecho Internacional contemporáneo en constante evolución. Al respecto la Corte ha demostrado en el caso sobre la Competencia en Materia de Pesca (\*\*) y en los Casos sobre los Ensayos Nucleares (\*\*), ser esencial-

mente cauta y conservadora. A las reiteradas objeciones sobre la jurisdicción de la Corte, se ha sumado la ausencia de presentaciones y defensas ante la Corte. Por otra parte, en el Caso Concerniente al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos de Norte América en Teherán (<sup>11</sup>), una de las partes hizo caso omiso de la sentencia de la Corte. En cuanto a la competencia de la Corte en materia consultiva, los órganos políticos de la O.N.U. han demostrado en el caso del Sahara Occidental (<sup>12</sup>) su inaptitud para implementar la opinión expresada por la Corte.

La crisis de la Corte es acompañada por un auge del recurso al arbitraje para ciertas y determinadas controversias.

La Corte por su parte, en las últimas oportunidades en que le tocó actuar, parecería estar influenciada por condicionamientos políticos que le permitirían rescatar el interés de los Estados por el recurso judicial.

Así es que en el caso de la Delimitación de la Plataforma Continental entre Libia y Túnez (<sup>13</sup>), la Corte aplicó criterios de razonabilidad y equidad que determinaron un resultado equilibrado con claras expectativas de un recibimiento positivo por parte de los Estados en conflicto. Mientras que, en el Caso entre Canadá y Estados Unidos de Norte América en el Golfo de Maine (<sup>14</sup>), la Corte al integrar la Sala Especial requerida por las partes, flexibiliza las formalidades preestablecidas en su Reglamento Interno a efectos de poder mantener el caso en su agenda.

Los métodos jurisdiccionales no han probado, a lo largo del presente siglo, ser los más apropiados para apoyar e implementar esfuerzos por mantener la paz y la seguridad colectiva, promover el desarme y reemplazar el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (<sup>15</sup>). Sin embargo, la contribución hecha a través de soluciones logradas por el recurso a métodos jurisdiccionales ha permitido el alentar acuerdos negociados.

A lo largo de este siglo las expectativas de generar instancias arbitrales o judiciales obligatorias no se han cumplido a nivel universal. En el orden regional, los sistemas adoptados no han probado ser operativos salvo excepcionalmente en el ámbito de comunidades como las establecidas, a través de la CECA, CEE y EURATOM.

En líneas generales cabe concluir que los arreglos de conflictos a través de recursos jurisdiccionales meramente han acompañado el movimiento universalista tendiente a solucionar conflictos por medios diplomáticos. A medida que avance el reconocimiento de ciertas normas del Derecho Internacional será posible el prever soluciones jurisdiccionales. Mientras el Derecho Internacional se mantenga en estado de latente evolución, la incertidumbre de los derechos y obligaciones de los Estados en conflicto determinarán como más propicio, o bien el campo de las negociaciones directas o bien mantener latente el conflicto por tiempo indeterminado bajo la protección de una norma imperativa del Derecho Internacional que impone la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

La Corte Internacional de Justicia no fue diagramada para ser un resorte aplicable a todos los casos en donde se cuestionaran situaciones jurídicas. Tampoco en la práctica posterior a su creación la Corte au-

más en los hechos algún rol de importancia con miras a complementar un sistema de seguridad colectiva.

La reticencia estadual en recurrir a la C.I.J. se relaciona en cierta medida con la identificación de ésta como un órgano jurisdiccional del Derecho Internacional tradicional, por lo tanto, de las grandes potencias. Asimismo esa reticencia se fundamenta en la falta de claridad y precisión en la determinación de los alcances de las normas del Derecho Internacional vigente a más de la imprevisibilidad —ante escasos precedentes— en la aplicación de los llamados principios equitativos, como atemperante novedoso utilizado por la Corte.

Si bien la Corte en la actualidad parecería inclinarse, tanto en el fondo como en la forma, a flexibilizar el derecho y el procedimiento aplicables, los Estados que de común acuerdo intentan solucionar una controversia a través de un método jurisdiccional, aún prefieren el sistema arbitral. Sin embargo tanto uno como otro método jurisdiccional se ve directamente afectado por la abstención de una de las partes frente al temor de un resultado que en estricta aplicación del derecho vigente, le sería adverso. Asimismo puede interesar a uno o a ambos Estados en conflicto el intentar un método diplomático que, sujeto a la voluntad autónoma de las partes, puede dilatar en el tiempo la solución final del conflicto. Es lógico también presuponer que los Estados que mantienen conflictos intenten de buena fe asegurarse un control efectivo de la solución final a través del recurso a cualesquiera de los métodos diplomáticos que convergen, en última instancia, en la adopción de una solución a través del acuerdo de partes.

## CITAS

(\*) SCHACHTER, G.; "Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions", A.J.I.L., 1960.

(\*) Tratados y Convenciones Vigentes en la Nación Argentina, Tomo II, Buenos Aires 1925.

(\*) BRIERLY, J. L.; *The Law of Nations*, sixth edition, OXFORD 1963; BISHOP, *International Law*, second edition, Little, Brown and Company, 1963.

(\*) *International Organization and Integration, a Collection of texts and Documents*, A. W. Sijthoff, Leyden 1962.

(\*) VERDROSS.

(\*) DE VISSCHER, CH.; "Reflections on the Present Prospects of International Adjudication", A.J.I.L., 1956.

(\*) Tratados y Convenciones Vigentes en la Nación Argentina, Tomo I, Buenos Aires 1925.

(\*) MARTENS, N.R.G., 2. Sér., T. 32.

(\*) MARTENS, N.R.G., 3 Sér., T. 2.

(\*) *Tratados e Instrumentos Internacionales*, Ed. V. P. de Zavalla, Buenos Aires 1962.

(\*) BOWETT, D. W., *The Law of International Institutions*, 2nd ed., Stevens, 1970.

(\*) DE VISSCHER, CH., op. cit., nota 8.

(\*) RUDA, J. M., *Instrumentos Internacionales*, ed. TEA, Buenos Aires, 1971.

- (14) *op. cit.* nota 4.
- (15) GROSS, Leo, "Some Observations on the International Court of Justice", *A.J.I.L.*, 1962.
- (16) *op. cit.* nota 13.
- (17)
- (18) JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, ed. Tecnos, Madrid 1960.
- (19) Conflicto entre Gran Bretaña y Albania, caso del Estrecho de Corfú.
- (20) JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *op. cit.* nota 18.
- (21) *op. cit.* nota 19.
- (22) *op. cit.* nota 4.
- (23) *op. cit.* nota 19.
- (24) BRIGGS, H. W., *The Law of Nations*, Appleton-Century Crofts, Inc. 2nd ed., New York 1935.
- (25) *Op. Juez Hudson, C.P.J.I.*
- (26) KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, 1950.
- (27) *Ibid.*, pp. 479-478.
- (28) SCHWARZENBERGER, *International Law*, 2nd ed. Londres.
- (29) LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*.
- (30) ver por ejemplo el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo celebrado entre Argentina y Uruguay en 1973 en *Instrumentos Internacionales*, RUDA, J. M., ed. TEA, Buenos Aires, 1978.
- (31) SOHN, Louis B., *Cases of United Nations Law*.
- (32) STARKE, *Introduction to International Law*.
- (33) Acuerdo de Montevideo celebrado entre Argentina y Chile, Enero de 1979; *Publicación oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, 1980.
- (34) HUDSON, M. O., *The International Tribunal*, 1944.
- (35) Ver texto de la Convención sobre el Derecho del Mar adoptado por la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Abril 1982.
- (36) *Commission of Inquiry Report*, La Haya 1963.
- (37) SEARA VAZQUEZ, *Las Organizaciones Internacionales*, Fondo de Cultura, México.
- (38) Ver el texto de la Declaración de Manila en el Informe de la VI Comisión de la Asamblea General durante su 37 período de sesiones.
- (39) GROSS, L., *op. cit.* nota 15.
- (40) SCHACHTER, O., *op. cit.* nota 1.
- (41) Conflicto entre Grecia y Bulgaria sometido a un Tribunal Arbitral: Caso de los bosques de Rhodopia Central. Grecia pide ante el Consejo que aplique el laudo. Se incluye el tema en la agenda y ante el Consejo las partes acuerdan un método de solución del conflicto sin necesidad de que el Consejo tomara medida alguna. *League of Nations Official Journal* (1934), pp. 1432 et ss.
- (42) JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *A.J.I.L.* 1973 vol. 87; ver *I.C.J. Reports* 1982: Caso Conserente a la delimitación de la frontera marítima en el área del golfo de Maine, Estados Unidos de Norte América y Canadá; *Ordenanza del 30 de Enero de 1982*.
- (43) *I.C.J. Reports* 1974.
- (44) *Ibid.*
- (45) *I.C.J. Reports* 1979-80.
- (46) *I.C.J. Reports* 1975.
- (47) *I.C.J. Reports* 1982.
- (48) STEINBERGER, H., *Judicial Settlements of International Disputes*, manuscrito, 1980.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Por HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE DE ARIOSA \*

### SUMARIO

#### Introducción

#### I. ELEMENTOS PARA LA PRESERVACION DE LA PAZ

#### II. METODOS DE SOLUCION

#### CONCLUSIONES

### INTRODUCCION

En las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial las Naciones Unidas, resueltas a preservar a las generaciones futuras de tal flagelo, deciden practicar la tolerancia y aprender a convivir en paz como buenos vecinos. Con ese fin, acuerdan basar su proceder futuro en la abstención del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales —salvo el derecho de legítima defensa— y se obligan a arreglar sus controversias por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. Por esa vía, los principios de la solución pacífica de los diferendos internacionales y de la restricción al uso de la fuerza se transforman en los dos pilares fundamentales en los que se apoya el desarrollo de la comunidad internacional contemporánea. Ellos están contenidos en el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas así como en muchos otros instrumentos, a nivel regional, multilateral, y aun bilateral.

Pero la obligación contenida en la Carta de la O.N.U. de solucionar por la vía pacífica los diferendos internacionales, prohibiéndose la amenaza o el uso de la fuerza, implica solamente tal afirmación. Ella no comporta la obligación de solución de toda controversia, sino tan sólo de aquellas cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Expresa, además, el deber de que —cuando se entienda buscar solución a un diferendo— se escoja a tal fin la vía pacífica. Y en la elección de los métodos los Estados gozan de la mayor libertad para discernir, y también crear, el que consideren más adecuado al caso. No podría ser de otro modo, tratándose de entidades soberanamente iguales.

Sobre la base de estos principios —la igualdad soberana de los Estados y, en consecuencia, la libre elección de métodos; la solución pacífica de controversias y, por ende, la restricción al uso de la fuerza—, se considerarán algunos de los mecanismos que se adoptan en la práctica de las relaciones internacionales para lograr la búsqueda de solución a los diferendos; y ello, por la vía pacífica.

## I. ELEMENTOS PARA LA PRESERVACION DE LA PAZ

### a) La paz como objetivo

La prohibición del recurso a la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales contemporáneas se encuentra consagrada en numerosos textos convencionales (1). En principio, este compromiso parecería suficiente para preservar la paz en el mundo. Sin embargo, la realidad ofrece un panorama bien distinto en el que numerosos focos de tensión —casi constantemente— ponen en peligro una coexistencia pacífica.

No en vano se ha afirmado que es necesario trabajar incesantemente para establecer y proteger la paz, o al menos para evitar las guerras. Se ha dicho que las Naciones, los Estados son realidades con vida, compuestos de hombres y de mujeres y que es en sus corazones, en sus convicciones, que muere o que nace la paz. Lo que les perturba, pone en peligro la paz; lo que los satisface, en cambio, la construye.

Y esto pone de relieve el segundo elemento a tener en cuenta para desterrar la violencia de las relaciones internacionales: los diferendos principales factores de alteración de una coexistencia pacífica, de cuya solución dependerá también el desarrollo de vínculos de paz.

### b) Los diferendos internacionales

Se suele definir a los diferendos internacionales diciendo que se trata de un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho; una contradicción; una oposición de tesis jurídicas o de intereses (2).

Sin embargo, un diferendo puede surgir también ante la necesidad de conciliar intereses convergentes, pero diferentes (3).

Es decir que, en definitiva, cuando un sujeto de las relaciones internacionales exige que otro sujeto se comporte de una manera, y éste no lo hace, se plantea un diferendo que —mientras no se resuelva— perturba la convivencia e, inclusive, puede llegar a poner en peligro la paz.

En doctrina hay quienes intentan distinguir —en razón de la materia— diferendos jurídicos de diferendos políticos (4). Hay quienes —siempre desde este enfoque— se refieren a controversias mixtas (5).

La realidad de las relaciones internacionales nos indica que los conflictos son fenómenos frecuentes y prácticamente inevitables entre los componentes de toda sociedad y, en consecuencia, de la sociedad interestatal.

Esos diferendos —a más de tener contenidos diversos— pueden verse afectados por factores internos y externos que influyen a las Partes. Pueden despertar sensibilidades políticas especiales, tanto en los Gobiernos como en las opiniones públicas de los Estados; pueden, en fin, involucrar o repercutir en cuestiones económicas particularmente relevantes.

La existencia de todos estos factores —sociológicos, psicológicos, políticos, económicos, jurídicos— torna poco real un intento de clasificación de los diferendos. Si bien ello podría ser útil en función de una metodología doctrinaria, o a los fines de un análisis meramente académico, difícilmente podría contribuir en la práctica a definir y circunscribir un diferendo determinado en aras de encontrar la solución que preserve la paz.

En efecto, nadie mejor que las Partes pueden definir el diferendo (\*); nadie mejor que ellas puede percibir los factores en juego; puede vislumbrar el camino que preserve efectivamente una convivencia pacífica entre los Estados.

La verificación y la reiteración de situaciones que afectan la coexistencia pacífica ha determinado la necesidad de tratar de estructurar ordenamientos tendientes a preservarla.

Tales intentos deben hacer frente, sin embargo, a otro principio tan válido como el de la coexistencia pacífica, cual es el de la igualdad soberana de los Estados y, también, a la conciencia, más o menos enraizada en sus pueblos, de esa soberanía.

Esto plantea el problema de la búsqueda del acuerdo que refleje la solución y, en consecuencia, de los métodos que aparecen como una ayuda para alcanzarla (\*).

### c) La búsqueda de la solución

Los distintos factores que configuran un diferendo y su contexto deben encontrar respuesta en la solución a la que se arribe para que ella ponga fin al conflicto y preserve realmente la paz.

De allí la multiplicidad de métodos imaginados en las relaciones internacionales. Con cada uno de ellos se percigue la eficacia para el caso.

Si bien en doctrina —cuando se intenta hacer una clasificación entre diferendos jurídicos y políticos— también se trata de clasificar los métodos en jurídicos y políticos, en la práctica contemporánea la realidad se presenta diversa. En efecto, aun cuando los Estados en el pasado hayan reflejado esa distinción en sistemas generales de solución, en los casos concretos han preferido una búsqueda política de entendimiento. A través de ella pueden encontrar respuesta a todos los componentes del diferendo. Esta tendencia se acentúa en el presente. Hay, así, junto con una crisis de los métodos jurisdiccionales —recurso a la Corte Internacional de Justicia o a una instancia arbitral— un resurgir de los llamados métodos diplomáticos, ya que en ellos cada Parte puede mantener un cierto control sobre el desarrollo del procedimiento y, eventualmente, sobre sus resultados. Esto puede satisfacer la sensibilidad política, dando seguridad a los Gobiernos (\*).

Al haber construido la solución de consumo, ella indudablemente será aceptable y no dejará pendientes elementos que sigan perturbando una relación bilateral.

## II. METODOS DE SOLUCION

### 1. Los denominados métodos diplomáticos

#### a) La negociación

La negociación bilateral comporta el diálogo entre representantes de los Estados involucrados en el diferendo.

Mediante ella es posible precisar y circunscribir su contenido para —luego— tratar de hallar una solución mutuamente aceptable. En efecto, nadie mejor que las Partes para conocer los distintos factores —sociológicos, psicológicos, jurídicos, económicos— que pueden encontrarse en juego y, por la vía de la conciliación de intereses, dar una respuesta que sea satisfactoria a sus pretensiones. La negociación ofrece también el marco necesario —y único— para crear normas de derecho o modificar las existentes, cuando fuese el caso. Por último, es también en las negociaciones que las Partes podrían resolver acudir a otro método específico, siempre en aras de encontrar una solución.

De allí que los Estados acuerden mecanismos tendientes a establecer la obligación de negociar frente a hechos que pueden llegar a perturbar las relaciones internacionales —y aún a poner en peligro la paz— de no existir previamente un marco que favorezca su rápida consideración (\*). Estos mecanismos suelen contener también reglas tendientes a favorecer la negociación y a hacerla plenamente eficaz. La obligación de negociar comporta la de hacerlo de buena fe. Es decir, tal como lo ha recordado la C.I.J. en el caso de la Plataforma Continental Mar del Norte (sentencia del 20-II-1969), las partes se comprometen a una negociación con miras a llegar a un acuerdo y no —simplemente— a proceder a una negociación formal como si fuese la condición previa para llegar a la aplicación automática de un método determinado. Ellas tienen la obligación de comportarse de modo que la negociación tenga un sentido; lo que no ocurre cuando una parte insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación.

#### b) Los buenos oficios

Por esta vía un tercero puede intentar urgir a las partes en un diferendo a iniciar, o reanudar, negociaciones con miras a buscar una solución o a acordar un método para llegar a ella. En 1973 el Consejo de Seguridad de la O.N.U. (\*\*) instó a las dos comunidades chipriotas —griega y turca— a reiniciar negociaciones en cooperación con el Secretario General de la organización. La resolución pedía a este funcionario emprender una misión de buenos oficios a fin de aproximar a las partes para que llegasen a acordar un nuevo procedimiento, poniéndose personalmente a disposición de ellas. Al votarse esa resolución, el representante de los EE.UU. expresó el convencimiento de que en aras de la preservación de la paz el primer objetivo del Consejo de Seguridad debía ser el de fomentar la existencia del diálogo. Esta afirmación parece correcta, pues en tanto las partes en un diferendo mantienen de buena fe conversaciones se aleja el peligro de una amenaza o quebrantamiento de la paz. En este contexto se puede inscribir, también, la misión de paz cumplida por el Representante Especial de Su Santidad el Papa Juan Pablo II —Cardenal D. Antonio Samoré— en la República Argentina y en la República de Chile durante los últimos días de diciembre de 1978 e inicios de 1979, en momentos en que se había generado un clima de grave tensión entre los dos países. De resultados de esta gestión se concluyeron los Acuerdos de Montevideo del 8 de enero de 1979 (\*\*\*), por los que —en esencia— ambos países crearon el método que consideraron adecuado para llegar a una solución justa, equitativa, honorable —naturalmente, aceptable— del diferendo que los opone con motivo de la zona austral. Ello estaba acompa-

fiado por el compromiso solemne de no recurrir a la fuerza en sus relaciones mutuas.

### c) La mediación

Este mecanismo supone la intervención conciliadora de un tercero que sugiere a las partes un esquema de solución. Esta sugerencia constituye una ayuda, un consejo, para superar el diferendo, pero no es de naturaleza obligatoria. La mediación se caracteriza por su flexibilidad en los procedimientos; el consentimiento —tanto de los Estados involucrados en la cuestión como del mediador— es necesario para que se pueda desarrollar. Durante el siglo pasado se conocieron algunos casos de mediación obligatoria<sup>(1)</sup>, la que se concebía como una manera de ejercer automáticamente una suerte de intervención. Se trataba de acuerdos entre un eventual mediador y una eventual parte en diferendos. La característica predominante era la de su conclusión entre Estados de importancia política desigual; en principio, una potencia del concierto europeo y un Estado asiático. Las Convenciones de La Haya de 1899<sup>(2)</sup> y de 1907 sobre solución pacífica de controversias contemplan la mediación como una de las medidas enmarcadas en el deseo común de prevenir —dentro de lo posible— el recurso de la fuerza en las relaciones entre los Estados. Allí se ofrecen reglas a las que las partes pueden adecuar sus conductas, estableciéndose que en caso de disensión grave o conflicto, antes de acudir a las armas, las potencias signatarias convienen en recurrir, en tanto que las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias potencias amigas. Se distinguen dos tipos de mediación: la solicitada<sup>(3)</sup> y la ofrecida<sup>(4)</sup>. El derecho a ofrecer la mediación, en tanto que las circunstancias se presten a ello, pertenece —según las Convenciones— a las potencias extrañas al conflicto y jamás puede ser considerado por una u otra de las partes en litigio, como un acto poco amistoso. En aquel momento de las relaciones internacionales en el que la lucha armada entre dos o más Estados no constituía —en principio— un ilícito internacional, la aceptación de la mediación no podía tener por efecto interrumpir, retardar o dificultar la movilización u otras medidas preparatorias de la guerra; si intervenía una vez iniciadas las hostilidades, no interrumpía las operaciones militares en curso. El secreto de los procedimientos, aún cuando no expresamente establecido en las Convenciones, ha sido la regla en la práctica internacional para facilitar la tarea del Mediador hacia la conciliación de los intereses inicialmente enfrentados de las partes. En ellas se dispone que las funciones del tercero terminan desde el momento en que se ha constatado que los medios de conciliación propuestos por él no son aceptados.

El Pacto de la Sociedad de las Naciones también contemplaba la mediación para los casos en que un diferendo era susceptible de acarrear una ruptura; consagrando una obligación para las partes de recurrir a ella antes de comenzar las hostilidades. Las funciones de mediador debían ser cumplidas por el Consejo de la organización, quien —sin embargo— podía a su juicio llevar el caso ante la Asamblea. Se establecía, además, una "moratoria de guerra", prohibiéndose a las partes iniciar la lucha armada antes de que pasaran tres meses del informe adoptado por el Consejo sobre el caso<sup>(5)</sup>. Por otra parte, todo miembro de la organización podía llamar la atención del Consejo o de la Asamblea sobre cualquier circunstancia cuya naturaleza pudiese afectar las relaciones inter-

nacionales, amenazando —por ello— perturbar la paz. Esta vía podía dar lugar a que la organización ofreciese su mediación (14).

En el capítulo VI de la Carta de la O.N.U. se menciona a la mediación entre diversos procedimientos para solucionar pacíficamente las controversias. Tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad pueden cumplir funciones de mediador o encomendar tales tareas al Secretario General de la organización.

En términos generales puede afirmarse que la mediación es una herramienta para la solución pacífica de los diferendos a la que los miembros de la comunidad internacional contemporánea suelen acudir con cierta frecuencia y ante casos concretos (15).

#### d) La conciliación

También en este caso —al igual que en los supuestos de buenos oficios o mediación— se trata más de una acción que de una institución. En efecto, la práctica estadual indica que ante cada diferendo se buscan los mecanismos más adaptables a las circunstancias, teniendo en cuenta para ello solamente el éxito del objetivo buscado: una solución mutuamente aceptable que preserve y desarrolle la paz.

Se podría intentar definir a la conciliación diciendo que se trata del recurso a un órgano sin autoridad política propia —que goza de la confianza de las partes en litigio— encargado de examinar todos los aspectos de la cuestión y de proponerles una solución no obligatoria. Estas características la distinguirían de las Comisiones de Investigación, previstas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre solución pacífica de controversias, en las que —sin embargo— puede encontrarse su precedente. Aquellas Comisiones debían limitar su acción a la verificación de los hechos involucrados en el diferendo, pero nada podían anticipar sobre una eventual solución. Habían sido concebidas con la esperanza de que ese examen contribuyese a disipar las causas del conflicto, previéndose reglas procesales que les daban un carácter quasi-jurisdiccional. Ya en 1812, la doctrina intuía una evolución. La investigación podía dar lugar a un tipo nuevo de mediación; esto es, la conciliación internacional (16). A partir de 1909 los Estados concluyeron tratados bilaterales (17) o multilaterales (18) de conciliación y paralelamente ella se desarrolló en el marco de las organizaciones internacionales.

Durante la época de la Sociedad de las Naciones, una recomendación de la Asamblea instaba a los miembros de la organización a concluir convenciones con el objeto de crear Comisiones a las que les pudiesen someter un diferendo, inspirándose para ello en las disposiciones de la Convención de La Haya de 1907. El Secretario podría prestar en todo momento su asistencia en los trabajos.

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas se la menciona como uno de los mecanismos a los que las partes pueden acudir para tratar de buscar solución a un diferendo. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, celebrada bajo los auspicios de la Organización, establece la conciliación para el arreglo de ciertas controversias que pueden surgir con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. Lo mismo ocurre en la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar, también celebrada bajo los auspicios de la Organización.

A la luz de los distintos instrumentos internacionales que la contemplan y de la práctica internacional puede decirse que, en principio, la Comisión de Conciliación se integra con Comisarios designados por las partes quienes a su vez nombran un tercero. Constituida la Comisión se precisan las reglas de procedimientos, se oye a las partes y se considera la prueba que deseen presentar. La labor se cierra mediante un informe de la Comisión, generalmente público, que no es obligatorio para los Estados involucrados en el diferendo. La fuerza del informe suele estar dada por su publicidad y la eventual crítica internacional que pudiese suscitar una negativa a conformar las conductas a su contenido. De allí que parte de la doctrina sostenga que en la medida en que la Comisión invite a las partes a participar en la búsqueda del acuerdo, al comprender las razones y los fundamentos, éstas se encontrarán más dispuestas a aceptar el fruto de un trabajo común que si se tratase de una solución dictada por un tercero (17).

## 2. Los denominados métodos jurisdiccionales

### e) El arbitraje

La jurisdicción internacional tiene el carácter de voluntaria (18), en consecuencia, el recurso al arbitraje sólo puede ejercerse mediante acuerdo de las Partes en la controversia. El instrumento internacional que refleja ese acuerdo se denomina compromiso arbitral y tiene la naturaleza jurídica de tratado. Por ello, al encontrarse en vigor, es obligatorio de buena fe para las partes y para el árbitro.

El arbitraje constituye uno de los mecanismos más antiguos en la práctica estatal para buscar la solución de los diferendos. Comporta el recurso a un tercero, quien dictará una sentencia o laudo arbitral. Las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 lo contemplan, creándose la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. La secretaría de la Corte —único órgano permanente— tiene su sede en esa ciudad y se precupa de ofrecer a los Estados una lista de árbitros para que —legado el caso y si lo desean— escojan de entre los allí incluidos a quienes puedan cumplir tales funciones. Cada Estado parte designa cuatro personas —con competencia en derecho internacional, que gocen de la más alta consideración moral y que estén dispuestas a aceptar el cargo— para integrar la lista.

La característica de la voluntariedad rige todo lo referido a esta materia. Así, el compromiso es la fuente de la jurisdicción y de la competencia del árbitro. En sus cláusulas las partes definen el diferendo y fijan su contenido; designan al árbitro; establecen las reglas a aplicar para la solución (19); y aceptan la obligatoriedad de la sentencia válidamente dictada.

El procedimiento arbitral se fija, generalmente, de común acuerdo entre las Partes y el árbitro. Se suele prever una etapa escrita —en la que uno y otro Estado hacen saber sus puntos de vista— y una etapa oral —en la que se presentan todos los elementos que se juzgan útiles para la defensa de las respectivas posiciones. A ellas sigue la sentencia o laudo arbitral que, debidamente pronunciada y notificada, tiene carácter obligatorio y definitivo para las partes en la controversia (20).

Una sentencia que adolece de defectos puede ser considerada nula. Esa situación se plantea por vicios en la puesta en ejecución del arbitraje —compromiso irregular, interpretación abusiva de sus cláusulas— o por

exceso de poder en el árbitro —decisión ultra petita, error esencial, pronunciamiento arbitrario—. En estos supuestos podría suscitarse entre las partes una nueva controversia sobre la invalidez o validez del laudo arbitral.

#### f) La jurisdicción internacional organizada

En el marco de la Sociedad de las Naciones se constituyó en 1920 la Corte Permanente de Justicia Internacional. Ella es el antecedente de la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

Esta instancia jurisdiccional —al igual que otras creadas en el marco de las relaciones internacionales contemporáneas<sup>(22)</sup>— comporta, también, el recurso al tercero para que solucione la controversia, pero se distingue del arbitraje por su permanencia. En efecto, se trata de un Tribunal constituido con antelación al caso, que aplicará las reglas de derecho indicadas en el Estatuto de la Corte, y cuyo procedimiento —en términos generales— se ajustará, también, a lo establecido en el Estatuto. La sentencia que dicte será obligatoria para las partes en litigio y respecto del caso que ha decidido. Si una de ellas dejase de cumplir las obligaciones que le imponga la decisión, la otra podrá recurrir al Consejo de Seguridad de la Organización, el cual si lo cree necesario, hará recomendaciones o dictará medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Sin embargo, al igual que el arbitraje, participa de la característica de voluntariedad de toda jurisdicción internacional. La Corte sólo está habilitada a entender en un diferendo si los Estados partes en la controversia han dado su consentimiento.

### CONCLUSIONES

En las relaciones internacionales, lamentablemente muchos son los casos que pueden llegar a poner en peligro la paz o perturbar un clima de buena convivencia entre los Estados. Ya se ha señalado la diversidad de temas; la distinta sensibilidad con que pueden considerarse; la naturaleza de los intereses en juego; el convencimiento —en ciertas circunstancias— de que es necesario crear normas o modificar las existentes; elementos todos éstos que inciden indudablemente en la configuración de un diferendo. De allí la conveniencia de que el método que se adopte para la solución de un caso determinado sea el que las partes consideran, en la ocasión, como el adecuado. La práctica indica que muchos acuerdos vigentes entre Estados por los que se instituyen mecanismos generales para la solución de controversias, llegado un concreto diferendo, han sido dejados de lado por las Partes; y ello, para elegir de común acuerdo el método que mejor podía conducirlos a la solución. Tal el caso en el ámbito americano del Pacto de Bogotá —30-IV-1948—, cuyo propósito era el de codificar los diversos procedimientos de solución pacífica existentes y, por su intermedio, reemplazar a los tratados parciales vigentes a ese momento. El Pacto ha recibido un número mínimo de ratificaciones, muchas de ellas con reserva substanciales. Por otra parte, su aplicación ha sido muy poco frecuente. Tal el caso, también, de la Argentina y Chile —encontrándose vigente el Tratado General sobre Solución Judicial de Controversias de 1972 y ante un diferendo que generaba una situación de grave tensión internacional— ambos países prefirieron acordar un mecanismo especí-

fico que actualmente se desarrolla con la asistencia y guía de la Santa Sede.

En definitiva, la eficacia del método que se adopte para solucionar un diferendo estará dada por su aptitud para preservar la paz. Y, en ese sentido, privilegiar el elemento consensual parece la mejor garantía de éxito. En la medida en que se ha intentado prescindir de él, muchas veces —lejos de llegarse a la solución— se ha creado o agravado una situación de tensión. Los Estados están siempre mejor dispuestos a aceptar un arreglo que es fruto de un trabajo común que aquel que se les pretende imponer, por más prestigioso que pueda considerarse al órgano del cual emana.

La reafirmación del principio que prohíbe el recurso a la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, indica la conveniencia de contar con medios apropiados para preservar una coexistencia pacífica en el respeto de la igualdad soberana de los Estados y en la búsqueda eficaz del compromiso. No en vano el art. 33 de la Carta de la O.N.U. establece la obligación para las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional de tratar de buscarle una solución. Y, luego de enunciar sin distinción los distintos métodos, fija el principio de que pueden acudir a cualquier otro medio pacífico de su elección.

## CITAS

\* Profesor Asociado Interino de la Cátedra de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A.

(\*) art. 24 de la Carta de la ONU, art. 21 de la Carta de la O.E.A., primer compromiso del Segundo Acuerdo de Montevideo entre Argentina y Chile, 8-I-1979, entre otros.

(\*) C.P.J.I., affaire "Mavromatis".

(\*) Jean Pierre Cot, "La conciliation internationale", Paris, Pédone, 1968.

(\*) Según H. Lauterpacht, "La théorie des différends non justiciables en droit international", E.C.A.D.I., 1930-IV, vol. 34, pp. 483 "Les différends juridiques sont ceux dans lesquels l'application des règles actuelles du droit international est suffisante pour assurer un résultat qui ne soit pas incompatible avec les postulats de justice et avec le développement progressif des relations internationales". Les différends juridiques sont ceux dans lesquels la controverse porte sur des droits juridiques existants, par opposition aux réclamations tendant à modifier le droit existant.

(\*) C.S.C.E./II/B.1, 18-IX-1979. En el proyecto presentado por la delegación Suiza se expresa que puede considerarse la revisión, en un mecanismo de conciliación o de mediación, de las disposiciones jurídicas. En estas controversias su resolución ha de encontrarse conciliando los intereses recíprocos. Así pues las consideraciones jurídicas no son de primera importancia.

(\*) Lillian L. Randolph, "Third-party settlement of dispute in theory and practice", Leiden and New York, A. W. Sijthoff y Oceana, 1973 p. 4.

(\*) Jean Meynaud et Brigitte Schröder, "La Médiation", Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1991.

(\*) Esta ha sido la posición asumida por la Argentina y Chile, entre otros países, en el marco de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en materia de solución de controversias sobre la zona de las 200 millas. Según Charles de Visser, "Théories et réalités en droit international public", 4ème, éd., Paris, Pédone, 1970, pp. 388, 394-400, la obligación asumida anticipadamente de someter a la decisión del juez litigios que aún no han nacido comporta —por su in-

determinación.— la desconocido y, en consecuencia, riesgos que los Gobiernos siempre han querido evitar. Las razones que dictan esta actitud de los Gobiernos son las tensiones políticas internacionales, siempre desfavorables a la jurisdicción obligatoria, y el deseo de preservar la soberanía nacional. Cabe recordar que ya en la Conferencia Interamericana de Washington de 1890 el delegado de Chile expresó que su Gobierno no podía aceptar el arbitraje, sin condición y como obligación para todos los casos. Por otra parte agregaba que la paz y la tranquilidad entre las naciones americanas debía buscarse, ante todo, en la sinceridad de los Gobiernos, en la corrección de sus procedimientos y en el respeto de la justicia y de la equidad; citado en Fradier-Podetti, "La question de l'arbitrage devant la Conférence Internationale Américaine de Washington", "Revue de Droit International et de Législation Comparée", t. XXII (1890), p. 337; conf. Francisco Orrego Vicuña, "Análisis de la práctica latinoamericana en materia de controversias durante la década de 1970 y sus implicaciones para el futuro", Segundas Jornadas Latinoamericanas de derecho internacional", OEA - Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, diciembre 1980.

(\*) Dentro de este marco pueden considerarse los acuerdos tendientes al establecimiento de mecanismos de consulta permanente, en cuyo ámbito los Estados pueden examinar todo hecho o situación que —de no existir el sistema de consulta— podría llegar a constituirse en un diferendo internacional. La consulta está contemplada en la Convención sobre mantenimiento, afianzamiento y establecimiento de la paz, 29-XII-1938 (la Argentina no se parte), concluida dentro del ámbito interamericano. La propuesta presentada por las delegaciones de la República Democrática Alemana, Checoslovaquia, Polonia y U.R.S.S. en la Reunión de Expertos de la C.S.C.E. sugiere que los Estados utilicen el método de las consultas mutuas, incluyendo una serie de reglas tendientes a establecer la obligación de negociar y a fortalecerla. Así se establece que las consultas se celebrarán a petición de cualquier Estado que sea parte en la controversia y que ellas se llevarán a cabo sin demora con la finalidad de lograr la solución pacífica de la controversia.

(\*\*) O.N.U., "Consejo de Seguridad", S/RES/367 (1975).

(\*\*\*) O.N.U., "Secretaría General, Reg. 21-VII-1962. Dentro de este marco cabe recordar la Resolución de la Asamblea General de noviembre de 1962 por la que le pidió al Secretario General que emprendiese una misión renovada de buenos oficios a fin de asistir a la Argentina y Gran Bretaña en el cumplimiento de la solicitud de reanudación de negociaciones sobre la disputa de soberanía referida a la cuestión de las Islas Malvinas.

(\*\*\*\*) Acta final del Congreso de Viena, 9-VI-1815, art. 43, al 3, que crea la Confederación germánica; Tratado del 30-III-1856, art. 8, que prevé la mediación obligatoria de las potencias de la época para todos los litigios entre las partes y el Imperio Otomano; entre otros acuerdos de este tipo.

(\*) En véase, la Argentina es parte, aprobada por ley de la Nación Nº 5942. Se adoptó como Convención I en la Conferencia celebrada a invitación del zar de Rusia para considerar Leyes y Usos de la guerra.

(\*\*) Tal fue el caso de las islas Carolinas, entre Alemania y España, en el que se solicitó la mediación de Su Santidad el Papa Leon XIII. Sobre las bases de la solución ofrecida por el Augusto Mediador, el 22-X-1886, las partes llegaron a un acuerdo, instrumentado en el Protocolo del 17-XII-1886.

(\*\*\*) En el Tratado de Berlín del 13-VII-1878, las potencias europeas se reservaban el derecho de ofrecer a Grecia y Turquía su mediación para la negociación de sus fronteras.

(\*\*\*\*) El Consejo de la Sociedad de las Naciones declaró el 7-X-1935 que el Gobierno Italiano había recurrido a la guerra contra Etiopía contraviniendo lo dispuesto en los arts. 12 a 15 del Pacto. En virtud de ello se adoptaron sanciones económicas, que resultaron ineficaces.

(\*) En el caso de las islas Aland, administradas en 1919 por Finlandia, se suscitó un conflicto debido al deseo de sus habitantes de quedar integrados al territorio de Suecia. Inglaterra llevó la cuestión ante el Consejo quien se consideró competente para entender en el caso. A la luz de los informes recogidos, el Consejo expresó su opinión en el sentido de que las islas pertenecían a Finlandia pero que este país debía dar garantías a los habitantes. Además sugirió que quedasen neutralizadas y no fuesen fortificadas. Sobre esta base se llegó al Tratado del 2-I-1921.

(\*\*) Mediación Kissinger en medio oriente; que llevó al Acuerdo de Ginebra

del 4-IX-1978, y en el caso del África del Sur, Namibia y Rhodesia, que dio lugar a la apertura de la Conferencia sobre Rhodesia el 28-X-1978. En el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, la delegación suiza presentó un "Proyecto de Convención para instituir un sistema europeo de arreglo pacífico de controversias", C.S.C.E./II/B/1., en el que se contempla la posibilidad de recurrir a la mediación para revisar los fundamentos en que se basó un laudo arbitral, entendiéndose que en ese tipo de controversias su solución ha de encontrarse conciliando los intereses recíprocos.

(<sup>10</sup>) Ver la opinión de Nicolás Politis, citada en J. P. Cot, op. cit., pp. 43-51. "C."

(<sup>11</sup>) Tratado del 11-3-1909 entre E.E.U.U. y Canadá instituyendo una Comisión Mixta Internacional; Tratados Knox, 3-VIII-1911, entre E.E.U.U. y Gran Bretaña y E.E.U.U. y Francia previendo la constitución de Comisiones "ad-hoc" ante un concreto diferendo y las reglas procesales que las regirían; Tratados Bryan, concluidos a partir de 1913 a instancias del Secretario de Estado americano con otros Estados americanos y europeos por los que se creaban Comisiones de tipo permanente. A pesar de que algunos de estos tratados entraron en vigor, hasta el presente no han sido aplicados. En el marco europeo es necesario referirse a los Acuerdos de Locarno, 16-X-1925, en los que la conciliación se inserta en una serie de instrumentos destinados a garantizar la paz.

(<sup>12</sup>) Tratado para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos ("Tratado Gendra, 3-V-1923) que organiza un complejo procedimiento para la constitución de Comisiones de Investigación (la Argentina no es parte); Convención General de Conciliación Interamericana, 5-3-1928, que le da tal carácter a la Comisión de Investigación del Tratado Gendra (la Argentina no es parte); Tratado Antidético de No-agresión y de conciliación (Pacto Saavedra Lamas, 10-X-1933) en el que se prevé el recurso de las partes a Tribunales o Cortes Supremas de Justicia de los ordenamientos internos con el carácter de Comisión de Conciliación (la Argentina es parte); Tratado relativo a la prevención de controversias (23-III-1938) que propone la creación de Comisiones Mixtas Permanentes encargadas de eliminar las causas de los diferendos futuros entre las Partes (la Argentina no es parte); Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá, 30-IV-1948) dedica un capítulo al procedimiento de investigación y conciliación (la Argentina no es parte).

(<sup>13</sup>) J. P. Cot, op. cit., pp. 194-186.

(<sup>14</sup>) Conf., C.I.J., caso "Ambatielos", 12-III-1953, en el que el Tribunal expresa que es un principio bien establecido en derecho internacional el de que un Estado no está obligado a someter sus diferendos al arbitraje sin su consentimiento.

(<sup>15</sup>) En algunos casos se determina el derecho a aplicar; en otros, se incluyen cláusulas de amigable composición según las cuales el árbitro puede inspirarse en hechos, en equidad, o en toda circunstancia que lo conduzca a adoptar soluciones transaccionales. Es posible, también, que las partes le soliciten que establezca reglas para conductas futuras, delegando en el árbitro —por esta vía— su facultad de crear derecho.

(<sup>16</sup>) Principio de la relatividad de la cosa juzgada de derecho interno; conf. art. 81 de la Primera Convención de La Haya de 1957.

(<sup>17</sup>) Corte de las Comunidades Europeas; Corte Europea de Derechos Humanos; entre otras.

#### LISTA DE ABREVIATURAS

C.I.J.	Corte Internacional de Justicia
C.P.J.I.	Corte Permanente de Justicia Internacional
C.S.C.E.	Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
O.E.A.	Organización de Estados Americanos
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas
R.C.A.D.I.	Revueil des Cours de l'Académie de Droit International

Buenos Aires, junio de 1983



## TEORIAS MONETARIAS NO TRADICIONALES

*Dr. Armando V. Lago*

Hemos desarrollado en clase las dos teorías más conocidas, es decir la teoría cuantitativa sobre el valor de la moneda y la del metalismo. Es conveniente que también investiguemos sobre otras teorías de menor trascendencia que los mencionados que tratan de explicar el valor de la moneda, a saber:

**Teoría Estatista:** En general ha encontrado eco en los países autoritarios, donde el Estado es considerado como el valor social supremo; es decir, que está por sobre los individuos. Sostiene esta teoría que el valor de una moneda está dado por aquel que le confiere el Estado.

No se trata de una idea nueva, pues para algunos su origen se debe a una interpretación deformada de Aristóteles hecha por sus seguidores de la Edad Media, al creer que este Ateniese decía "ley"; cuando estaba en realidad expresando "costumbre".

Esta teoría se vio revitalizada a partir de 1906 como consecuencia de la enérgica defensa que hizo de ella el economista alemán Dr. Knapp. Esta teoría constituye la antípoda de la metalista del patrón oro, para quienes no se debe a que el Estado imprime su timbre sobre una pieza de oro para que ella sea aceptada por los ciudadanos. Su valor viene de que los ciudadanos tienen confianza en el oro, de ahí que el Estado se adhiera a ese metal. Este argumento no deja de ser un arma de doble filo, ya que se podría sostener igualmente que es porque el Estado pone su sello sobre un papel, porque éste adquiere gran valor aunque no tenga atisbo alguno de ser convertido en oro. Es cierto que para los metalistas, el papel moneda no es una verdadera moneda. Ello se debe a que ambas teorías se refieren a sujetos distintos. ¿Podríamos decir entonces que la tesis estatista es fundada? No creemos que lo sea, pues el Estado es incapaz por sí de conferir valor a un signo monetario si con esta acción unilateral no coincide con una necesidad manifiesta de la mayoría de los ciudadanos, los que deberán confirmar su confianza hacia esa moneda.

Se pueden aportar numerosos ejemplos en apoyo de esta tesis. Así observamos que en la vecina República del Uruguay, en 1875, el Gobierno no pudo imprimir una moneda billete pese a la sanción de leyes, decretos y reglamentaciones que dictaron al efecto. La población prefirió desenvolverse dentro del intercambio metálico; la plata en este caso, por ser éste el metal que más abundaba. El público la consideraba como su moneda y no admitía otra para sus transacciones. El Estado nada pudo hacer para cambiar esa preferencia. Otro tanto ocurrió en Perú en 1880, cuando el gobierno no pudo imponer una nueva moneda, el "inca" por la descon-

fianza que tenía el público sobre el abuso que podía cometer el Gobierno en su emisión. Fue así que éste debió capitular y retirar de la circulación, pocos meses después, la moneda que había creado. Tampoco pudo hacerlo el Gobierno alemán, en 1923, cuando la hiperinflación. En realidad, no necesitamos remontar tan lejos en el tiempo para observar esta tendencia, pues la misma se aprecia en mantener el valor de nuestro peso al no poder el Gobierno frenar la continua devaluación de nuestro signo monetario se va convirtiendo en una especie de moneda interina donde el público en lo posible trata de deshacerse de ella, ya sea comprando bienes o atesorando en otras monedas y oro. El valor de la moneda no depende enteramente de la voluntad del Gobierno, pues no es siempre necesario que el Estado la consagre para que una moneda sea buena. Así observamos cómo durante la última Guerra Mundial, en algunos países de Europa, la moneda corriente era el paquete de cigarrillos.

### La teoría marginalista

Fue expuesta por el economista austriaco F. von Wieser en 1909, para lo cual hizo extensiva a la moneda la teoría marginalista de la escuela de Viena. En el fondo no es más que un afortunado complemento de la teoría cuantitativa. Sus postulaciones se pueden resumir en:

a) El valor de la moneda no depende del volumen en circulación, sino de la renta disponible para gastos de una población. Por consiguiente, las fluctuaciones del ingreso son las determinantes del valor de la moneda.

b) El valor de la moneda depende de la importancia que el individuo otorga a la última unidad monetaria que dispone de su renta.

Por ejemplo, si una persona dispone de un ingreso (Y) de \$ 1 millón que le permite vivir ajustadamente, el valor que le otorga a la última porción de su renta es muy importante. Pero si su ingreso pasara de \$ 1 a \$ 2 millones, el valor conferido a la última porción será menos importante y las compras las podrá hacer a un precio más elevado. En otros

términos:  $P = \frac{Y}{Q}$  en el lugar de  $P = \frac{M}{Q}$  de la teoría cuantitativa.

El factor causal es así atribuido, en esta teoría cuantitativa innovada, al ingreso y no a la moneda. Es cierto que la moneda aumenta en volumen si el ingreso aumenta, pero el incremento en los precios no se produce sino cuando el mayor volumen monetario provoca una elevación en el nivel de los ingresos.

c) El gran mérito de la teoría marginalista del valor de la moneda es el haber demostrado claramente la importancia primordial de los diferentes canales a través de los cuales serán orientados los nuevos flujos monetarios:

- Si una masa monetaria es creada en un momento determinado en la que se orientan hacia los económicamente más débiles, el crecimiento de la demanda resultará equivalente a la importancia del nuevo ingreso y se hará manifiesta únicamente sobre el mercado de bienes de consumo.
- Si el nuevo flujo monetario se orienta hacia una capa de la población de altos ingresos, una parte de esa renta será atesorada, otra ahorrada; es decir, invertida y, en fin, una parte menor será gastada en bienes de consumo.

- Si el nuevo flujo monetario se inyecta en el canal de la producción, una parte servirá para cancelar créditos bancarios, lo cual representa la anulación de una masa de moneda ideal o bancaria; por lo que ningún nuevo ingreso será distribuido. Según el momento de la coyuntura, es posible que otra porción de la moneda creada se consagre al crecimiento económico, a un mayor aporte productivo o a la inversión. El efecto de este accionar se verá reflejado en una distribución del ingreso que se volcará sobre el mercado de los bienes de consumo (debido a los salarios del personal contratado para la mayor producción).

Keynes supo sacar un gran provecho de esta teoría al profundizarla analíticamente y exponer su teoría cuantitativa.

La falla que presenta la teoría marginalista, y que Keynes supo corregir, es que parte de la hipótesis de un aumento del ingreso y luego el de la moneda, para lo cual supone siempre que la cantidad de mercaderías disponibles es constante, lo cual no es observable en todos los casos.

Si bien el aumento de ingresos constituye un estímulo a la producción, es la interacción de la demanda y la oferta la que se manifiesta por un alza en el precio en período de alta coyuntura, y por un alza en el empleo, a precios estables, en período de baja coyuntura, que es básicamente la propuesta keynesiana del cuantitativismo.

### Teoría Psicológica

Fue debida al francés Albert Aftalión, quien al estudiar en profundidad la historia monetaria de su tiempo (1920-50) cuando trató de explicar la inflación,

Explicaba a ésta como una consecuencia de una variable exógena que constituían las reacciones psicológicas, con lo cual modificaba postulaciones de la teoría marginalista; para él la importancia de la última unidad monetaria no depende de la satisfacción que ella le procura efectivamente a quien la detenta, sino que la importancia de la misma proviene de la expectativa de la satisfacción que ella le procura.

De esta forma introduce una modificación a la teoría de von Wieser por la que explica que la suba de precio no se debe en realidad a un aumento en el ingreso. Así, agrega en la hiperinflación alemana de 1923, a partir de octubre de ese año los precios comenzaron a subir de una manera vertiginosa. Se podrá medir este aumento no sólo día a día, sino de hora a hora, y es evidente que el aumento del ingreso no puede variar de una hora a otra. Si las compras de hora en hora se hacían en cantidades cada vez más importantes, harían aumentar el precio y los motivos no pueden ser explicados por los postulados de la teoría marginalista. Otro tanto originó cuando, al tratarse de superar la crisis económica de los Estados Unidos de Norteamérica, se devaluó el dólar, en enero de 1934, lo cual se hizo acompañado de sostenidas medidas inflacionistas, tal como una extraordinaria expansión del crédito, políticas de grandes obras públicas, suba de salarios; pese a lo cual sólo aumentaron levemente los precios (debido a la capacidad ociosa de la industria que se trataba de reactivar), en tanto que los ingresos estaban aumentando en forma ininterrumpida.

Para Aftalión, la explicación mecanicista de la teoría marginalista resulta insuficiente, pues adolece de una explicación de contenido cualita-

tivo, antes que cuantitativo. El explica esta falla aportando la idea del carácter psicológico en las reacciones del público. Podemos observar en el ejemplo de la Alemania de 1933, que los ciudadanos de ese país habían constatado que cada vez que la cotización del marco sufría una nueva depreciación en el mercado de cambios, repercutía inmediatamente en los precios internos que experimentaban alzas correlativas. De ahí que el ciudadano común, cuando constata la depreciación del marco, aceleraba el proceso interno del aumento en los precios desprendiéndose de sus tenencias de moneda para cambiarlas contra cualquier bien real.

Este proceso generaba un círculo vicioso, por el que al subir más los precios provocaban reajustes consiguientes a los tipos de cambios.

Resultan significativas las palabras de Aftalión al decir: "Cuando una larga experiencia enseña que el aumento en los cambios extranjeros termina por inducir un aumento en los precios de las mercaderías, hace que no se espere más para que se desarrolle la serie de acciones y reacciones que, en los demás países, provocan los movimientos entre los cambios y los precios. Inmediatamente, debido a las exigencias de unos y los temores o la resignación de otros, se ata el efecto a la causa. De ahí que sea directamente el alza de precios el que provoca la depreciación exterior".

Según la teoría, es decisiva, en la evolución del fenómeno, la confianza que le inspira al público quien en ese momento tome las riendas en el manejo (en el Gobierno) de la coyuntura. Si le tiene confianza a la persona a cargo del Ministerio de Economía, creerá que la coyuntura será controlada, con lo que se frenará el desordenado accionar de la desconfianza que precipita el aumento de los precios. Proyectando estas apreciaciones, en estos días de la situación argentina, se deducirá que la poca confianza del público provoca que el ingreso aumente poco o nada, a la vez que los precios continúan su carrera ascendente.

Completa su teoría Aftalión sosteniendo que, de sus observaciones, extrae que la explicación del valor de la moneda está dada por los factores cualitativos, que reposan fundamentalmente en las previsiones sobre el valor futuro de la moneda.

Para von Wieser, los factores intervinientes eran puramente cuantitativos, en tanto que para Aftalión se hacen evidente en los fenómenos monetarios la influencia que ejercen las previsiones y la realidad circundante; separa de este modo del estudio de la moneda su enfoque (científico), al otorgar importancia al aspecto humano de este fenómeno económico. La reacción económica del individuo, inducida por la ansiedad, tiene generalmente el efecto de acelerar y de amplificar el acontecimiento que teme y ante el peligro de una depreciación de la moneda, busca deshacerse de ella; en otros términos, la demanda de los bienes económicos tiende a aumentar, al tiempo que la oferta de los mismos tiende a disminuir por las mismas razones.

Los precios suben y la moneda se deprecia en los hechos, luego de haber sido ésta devaluada según las previsiones y las decisiones de cada uno de los individuos.

Inversamente, si se sospecha una valorización de la moneda, se retendrá a través del ahorro o el atesoramiento, en realidad, se contrae la demanda, en tanto que la oferta permanece constante. Los precios bajan como consecuencia; lo cual equivale a decir que la moneda experimenta

una "revaluación". Esta influencia en la psicología colectiva en la vida económica es muy importante, por lo que todas las enseñanzas y todas las experiencias deben ser tomadas en cuenta. Corresponde reconocer que la teoría cuantitativa tal como la formuló Keynes, no podría verificarse o aplicarse en condiciones en que prevalearan los factores psicológicos señalados por Aftalión (pérdida de confianza en la autoridad gubernamental, situación política mundial; riesgo de guerra o disturbios, temores sobre el curso de la coyuntura económica, o sobre la tendencia de la cotización de la moneda) desde que perturbarán el valor de la moneda, independientemente de los factores cuantitativos que se consideraran.

En conclusión, se puede decir que las distintas teorías sobre el valor de la moneda no depende del valor que ella tenga en si misma, sea ésta metálica o papel, ni en la voluntad del Gobierno, sino en la posibilidad que se le presenta de poder llenar sus funciones de intermediación.

Sus posibilidades dependen de la cantidad y la velocidad de circulación; es decir, de su adaptación a la masa de bienes reales y servicios sobre los que ella asume la función de transmisión.

Ella depende del mismo modo de los factores psicológicos que no se derivan de la coyuntura económica y monetaria, pero que tienen una influencia determinante en el desenvolvimiento de la vida económica.



## CONSIDERACIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS QUE HACEN AL PATRÓN ORO

Dr. Cayetano A. Licciardo

### Antecedentes

En el siglo pasado y a principios del actual era difícil encontrar a algún economista que no sostuviera la superioridad de los metales preciosos como patrón-monetario o como moneda. Esta fe en las bondades del oro fue la consecuencia de dos hechos históricos:

- La experiencia del banquero inglés John Law, que se instaló en París a fines del siglo XVIII y que terminó en un desastre nacional, y
- La experiencia de la Revolución Francesa, donde se depreció la moneda en siete años en el 99 %.

A partir de 1929 se comienza a atacar al patrón oro, por considerárselo responsable de la gran crisis mundial, y ante la experiencia de Alemania bajo la dirección del financiero Dr. H. Schacht, que hizo reflexionar a los economistas. Pese a que ese país se había desvinculado del oro, pues basó su moneda en el trabajo del pueblo alemán, registró hasta la guerra una constante expansión económica. En vez de provocar el derrumbe del marco alemán y que sobreviniera el desorden monetario, como se presagiaba, hizo posible la concreción del primer milagro alemán, pues:

- Se eliminó rápidamente la desocupación, que alcanzaba a seis millones en 1933.
- Creció ininterrumpidamente el ingreso de la población.
- Se levantaron obras públicas de una dimensión desconocida, sin recurrir al financiamiento por los canales clásicos del impuesto y el empréstito.
- La cotización del marco se mantuvo estable en el mercado de cambios, consolidándose respecto a otras monedas conocidas, que se apoyaban en el respaldo oro.

Alemania se había convertido, en medio de la crisis mundial, en el único país con una economía próspera.

Entre economistas de los países que se habían mantenido fieles a la tradición del patrón oro, sólo John Maynard Keynes se alzó contra esa concepción. El escribía en 1942 en la "Reforma Monetaria":

"El patrón oro es una reliquia bárbara." Se tardó mucho en comprender esta advertencia de Keynes (que se había inspirado en la experiencia alemana), y aún hoy los defensores del patrón oro no son pocos y están más activos que nunca.

Si bien el oro ha desaparecido como moneda nacional y sólo sirve como patrón en la compensación de pagos internacionales, existe en el ánimo de algunos economistas la esperanza de restablecer un día al oro como patrón monetario, pues sostienen que la situación inflacionista dominante en los países torna pesimistas las perspectivas para el mundo libre, ofreciendo como alternativa la vuelta al patrón oro.

Veamos cuáles son los argumentos que los metalistas invocan en favor de su tesis:

a) La moneda sana debe tener un valor intrínseco.

Para que una moneda se considere buena debe contener algún valor en sí misma y no sólo concretarse a cumplir una función de cambio. El oro es aceptado universalmente, en tanto que la moneda papel no inspira tal confianza.

#### **Crítica a esta tesis**

Parece ser que en esta apreciación se están mezclando las dos funciones que tiene una moneda. Por una parte, constituye una reserva de valor y, por la otra, es una medida de valor en el intercambio. Como reserva de valor el oro parece tener ventajas sobre el papel moneda. Ello no se debe a su valor intrínseco, sino a que ha presentado mayor estabilidad en el transcurso del tiempo. Es la estabilidad de la moneda que parece ser la condición necesaria a su función de reserva de valor. Se tendrá plena confianza en una moneda estable, ya sea ésta metálica o no. Para ello no basta más que recordar la estabilidad y confianza en el marco alemán entre 1933 y 1940, pese a que se había desvinculado del oro, lo cual no ocurría en ese entonces con otras monedas ligadas al oro como el franco francés, cuya cotización bajaba continuamente. La dificultad radica en que la confianza es un componente psicológico que es difícil restaurar. Es el transcurso del tiempo, como ocurre con el buen vino, en el que una moneda se mantenga invariable, lo cual la transforma en un verdadero tabú. Puede que las arcas del Tesoro en Suiza estuvieran vacías, y la gente no tiene por qué saberlo, pero el franco suizo seguirá manteniendo su vigencia. Pero si corriera la especie entre el público local y extranjero de que se agotaron esas reservas, el franco suizo caerá inmediatamente. La causa no será monetaria, sino puramente psicológica.

Luego podemos cuestionarnos: ¿será lícito que sobre un elemento psicológico que hace a la confianza en el oro como reserva de valor se edifique una teoría y una política monetaria, que aparecerá así ligada a un tabú? Ella no tendría ningún punto en común con la actual concepción económica que es el de la racionalización, es decir la previsión y el crecimiento controlado. El valor intrínseco del oro no agrega más a una moneda que la confianza que le inspira la misma a cada uno de sus tenedores:

b) el oro es el mejor patrón.

Se dice que no se puede medir sin comparar, y no se puede com-

parar si no se conoce la magnitud de lo que sirva de patrón, ya sea éste una cantidad de bienes, o un sólo bien. La ventaja que ofrece el patrón oro es precisamente que se puede fijar una cantidad del metal amarillo con la que se puede comparar cada una de las cosas. Para los metalistas el papel moneda y la moneda ideal no son más que simples certificados de dinero, pero no constituyen un patrón de valor.

#### **Críticas a esta tesis**

¿Cómo se puede sostener que el valor del oro es estable? Cualquier medida física como el metro o el gramo, se establecen en forma fehaciente en cantidades objetivas e inmutables tal como el meridiano terráqueo o el agua destilada para el gramo. Para determinar el valor no se puede proceder así porque el surge del curso del intercambio entre los miembros de una sociedad humana y el patrón que se fije, ya sea el oro o un centavo, no escapará a la ley de la oferta y la demanda con las fluctuaciones resultantes en el precio; no es admisible que el valor de un bien económico, cualquiera fuera, pueda permanecer inmutable. Por otra parte, la oferta de todo bien está sujeta a las modificaciones que se derivan del avance tecnológico y la extracción del oro es un bien que sigue la técnica industrial.

Se llega a la conclusión de que el problema de encontrar un patrón de valor constante es insoluble.

c) el oro es la única moneda-mercancía que goza de la confianza general.

Como moneda y como metal el oro es aceptado por todos, a través del tiempo y en cualquier país, lo cual no puede decirse de las diferentes papel monedas que han existido.

#### **Críticas a esta tesis**

Parece que esa confianza universal en el oro se basa en que es una moneda internacional, confirmado por acuerdos entre estados. Pero observamos que se ha venido modificando ese principio cambiándolo por moneda de cuenta sin valor intrínseco y no por ello dejan de ser aceptadas.

Se alega que el oro tiene demanda universal. Pero ¿esta demanda es producto de que se trata de una mercadería o porque es una moneda internacional? Es evidente que el atesoramiento de oro en las arcas oficiales tiene buena parte de la responsabilidad en su calidad de moneda internacional. La prueba está en que la gente no acepta actualmente la plata para atesoramiento o ahorro, toda vez que fue desechada como moneda. Al parecer hay una confusión entre causa y efecto cuando se pretende que el oro es una buena moneda internacional porque uno la conserva.

d) la rareza del oro nos garantiza contra la inflación y contra la depreciación.

La superioridad del oro sobre el papel es la misma que establece la naturaleza sobre el hombre. La naturaleza es ciega, pero es imparcial. Por lo que, agregan, es preferible la falta de visión que el apasionamiento partidista.

#### **Críticas a esta tesis**

De todas las argumentaciones en favor del patrón oro, esta parece ser la menos consistente y la más peligrosa. Analicemos los distintos puntos de esta tesis:

— el oro es una buena moneda porque es raro:

La cantidad de moneda debe estar en función de las necesidades cambiantes de la economía. Las necesidades varían y se acrecientan en una economía dinámica y en progreso y se contraen en una economía en regresión, con desocupación y recesión. La política monetaria sana indica que el gobierno debe proporcionar siempre la cantidad de moneda que se ajuste a las necesidades reales de la economía.

La teoría metalista constriñe la evolución de la economía mundial a las posibilidades de extracción de los yacimientos auríferos de Sud Africa, los Urales u otro lugar.

Es justamente por el hecho de que el oro sea raro que no puede producirse en la medida que requieren las necesidades de la economía. De ahí que no constituye una buena moneda.

— no habría inflación si en vez de papel moneda irrestricta, el Estado se ajustara a sus tenencias de oro

Si en un momento dado, en un mercado, circula más dinero del que exige la economía se desatará la inflación, se trate de moneda papel o de oro. Veamos al respecto los siguientes ejemplos históricos.

En 1944, la Argentina quiso pagar con oro el saldo deficitario de su balance de pagos con Suiza, pero el Banco Nacional de ese país lo rechazó alegando que ya tenía suficiente oro en sus áreas como para recibir más, lo que podría constituir un peligro inflacionista.

Otro tanto podemos deducir del inveterado temor que existe de que el oro ruso invada las economías occidentales lo cual agravaría el impulso inflacionistas que actualmente se registra.

En conclusión, podemos decir que la rareza del oro hace a su valor mercancía, y ella no responde a una decisión económica racional, sino del hecho aleatorio de descubrimientos geológicos completamente extraños a la vida económica.

— los gobiernos pueden emitir papel moneda, pero no crear oro

Esto es incuestionable. Pero los metalistas se equivocan, al creer que una ley monetaria es capaz de frenar al poder arbitral de un gobierno que pudiera hacer demagogia. ¿Se puede admitir razonablemente de que exista gobierno alguno capaz de mantenerse inmutable ante una ley monetaria, si sintiera la necesidad de cambiarla o de ignorarla?

e) el patrón oro asegura la permanencia en la estabilidad de los cambios.

El tipo de cambio que rige entre las monedas de los distintos países que descansan en el patrón oro es estable. Ello se debe al estrecho margen que da los "puntos del oro" más allá de los cuales no puede haber variación posible. El punto del oro depende del contenido metálico de cada moneda incrementado, o disminuido, por los gastos de transporte y seguro del oro enviado al país extranjero. Sin el rigor que establece el intercambio a través del oro, sufrirían fluctuaciones erráticas las cotizaciones de los cambios, sin limitaciones posibles.

El mecanismo de la estabilidad cambiaria dentro de los límites del punto del oro es exacto y funcionó entre los países antes de 1914. Pero, cuando un país se beneficiaba con la entrada del oro, debía aceptar como consecuencia, el alza de los precios internos por el juego de la teoría cuantitativa, en tanto que los países deficitarios sufrían una baja. De esta forma se equilibraba la balanza comercial, pues podían exportar más los deficitarios y menos los que presentaban superávit. Para que ello ocurra, debemos admitir que la flexibilidad de los precios internos debe acomodarse a los movimientos del oro. La rigidez de los salarios y la diferenciación de productos que hoy predominan en los mercados, impide todo automatismo por más que así lo deseen los metalistas. Además, dudamos que la demanda exterior tenga una elasticidad suficiente como para que se incremente lo necesario, en caso de baja de los precios internos, como para restablecer el equilibrio de la balanza comercial. La concurrencia monopolista que prevalece actualmente en el mundo económico nos confirma nuestra duda de que ello pueda ser posible.

(1) el patrón oro asegura en todo momento la equitativa distribución del oro.

Esa repartición, si es que ella se efectúa realmente como acabamos de ver, se hará en detrimento de un crecimiento armonioso. Es cierto que el oro se verá repartido entre los estados, pero ello ocurrirá luego de una serie de crisis y depresiones seguidas de recuperaciones e inflaciones.

Esas crisis que fueron soportadas durante un siglo y medio deben ser evitadas a toda costa. Tal es lo que se hizo durante la última guerra y después de ella donde los países prefirieron que el oro se acumulara en el Tesoro Norteamericano antes que desorganizar sus economías nacionales. Luego el movimiento se revirtió y en todos los casos se trató de evitar que ese fenómeno se proyectara con toda su intensidad sobre las economías, procurándose así que se produjeran las menores perturbaciones posibles.

Finalmente, se nos ocurre que ningún argumento de los metalistas puede ser retenido por lo que no hay razón valedera para que el oro, que desde ya ha desaparecido en las monedas nacionales, permanezca indefinidamente como moneda de compensación internacional. Debemos reconocer empero que este problema es muy discutible y las opiniones aún se mantienen muy divididas.



## LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Mónica Pinto

### I. SU APARICION EN LA ESCENA INTERNACIONAL

Resultado de un largo proceso evolutivo, de maduración de la sociedad interestadual, la noción de organización internacional como nueva forma de relación va consolidándose a través de los tiempos. Su creación, obra de los Estados, responde a necesidades de la vida internacional: a un anhelo general de paz y desarrollo de las relaciones pacíficas —objetivo amplio, general— y a necesidades concretas y limitadas; cronológicamente, las que responden al último tipo de propósito serán las primeras en ser creadas (1).

La organización intergubernamental surge a partir del desarrollo de una institución clásica del derecho internacional cual es la conferencia de Estados que, siendo en principio convocada esporádicamente, sin temario convenido de antemano ni lugar de reunión prefijado, evoluciona adquiriendo periodicidad y siendo dotada de una secretaría, órgano administrativo permanente. A partir del Congreso de Viena de 1815 la conferencia adquiere notable relieve, aunque en la realidad sólo traduce la permanencia de las grandes potencias en un contexto cerrado y conservador como la Santa Alianza, el Concierto Europeo. En los últimos años del siglo XIX y en los primeros del XX, las conferencias de La Haya de 1899 y 1907 (2) cobran inusitada importancia. No obstante la diferencia sustancial en los objetivos —la celebración de tratados sobre determinadas materias para la una, el logro de determinados propósitos para la otra— la conferencia internacional constituye el punto de partida de la noción de organización internacional.

En el ámbito americano, el pensamiento bolivariano originó el movimiento panamericanista cuya génesis se remonta al año 1826, en que se firma el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua. A las reuniones esporádicas, sin periodicidad señalable, que llevan a cabo los representantes de los nuevos Estados hispanoamericanos hasta 1889, sucede un período de grandes conferencias continentales, de las que surge la "Unión Internacional de Repúblicas Americanas" —Primer Conferencia Panamericana, Washington, 1889-1890—, que en 1910 se transforma en la "Unión Panamericana", antecedente inmediato de la O.E.A.

Hasta fines de la Primera Guerra Mundial, los pasos más logrados hacia la institucionalización son los señalados por las comisiones internacio-

nales para la regulación de la navegación de los ríos internacionales (\*), las organizaciones para la prestación y el control de cierto tipo de servicios por parte de las potencias en sus colonias y las denominadas uniones administrativas que, con el objeto de facilitar los contactos e intercambios comerciales, cubren distintas áreas, extendiendo el servicio público más allá de las fronteras de lo nacional (\*).

Finalizado el primer conflicto mundial, en 1919, se crea la Sociedad de Naciones, primera organización internacional de vocación universal con objetivos generales. De vida efímera; falsamente universal por la exclusión de los ex enemigos, el no ingreso de los Estados Unidos y la incorporación tardía de la Unión Soviética; frecuentemente paralizada por un mecanismo de votación por unanimidad; manifestando impotencia ante explosivas situaciones internacionales como la anexión de Etiopía por Italia, la instalación del Manchukuo por el Japón, entre otras; ofreciendo la posibilidad de retiro a sus miembros; la S.D.N. no resultó ser una organización eficaz; ello no obstante, marcó el hito a partir del cual la sociedad internacional buscó formas más perfectas de institucionalización. La idea fue continuada y otras organizaciones vieron la luz: Organización Internacional del Trabajo, Organización de Aviación Civil Internacional, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, luego denominado Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

Durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, las grandes potencias toman a su cargo la tarea de la reconstrucción que se concreta formalmente el 25 de junio de 1945 con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, una de las principales expresiones de la estructura que adoptan las relaciones internacionales en el siglo XX (\*). Al objetivo único de la S.D.N. —garantizar la paz y la seguridad en las relaciones internacionales—, el art. 1º de la Carta de la ONU agrega otros propósitos igualmente importantes: el fomento de las relaciones de amistad basadas en el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, la realización de la cooperación internacional, metas amplias y generales que sólo se puede intentar conseguir mediante acciones parciales tendientes al logro de propósitos más específicos. A estos efectos se crea toda una serie de organizaciones internacionales de vocación universal, los organismos especializados a los que alude la Carta, que integran la "Familia de las Naciones Unidas".

A nivel regional, de conformidad con el capítulo VIII de la Carta, se crean organizaciones con objetivos generales como la Liga de Estados Árabes, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Organización de la Unidad Africana.

La cooperación en lo económico se traduce también en estructuras institucionales, como es el caso de la Organización Europea de Cooperación Económica luego transformada en la Organización de Cooperación y Desarrollo Europeo. En una etapa posterior, en algunos contextos, a la simple delegación de competencias sucede la transferencia de las mismas por parte de los Estados en favor de la organización, la cooperación se transforma en estos casos en integración: las Comunidades Europeas, el Mercado Común Centroamericano, el Pacto de Cartagena, la Comunidad del Caribe, entre otros.

El crecimiento cuantitativo y cualitativo de las organizaciones intergubernamentales ha hecho que desarrollen rasgos propios, que las diferen-

ción de los Estados, y que ocupen un indiscutido lugar en las relaciones internacionales.

## **2. CRITERIOS JURIDICOS DE LA NOCIÓN "ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL"**

Formalmente, la génesis de toda organización internacional es un tratado celebrado entre Estados cuyas características se ajustan a las descritas en los art. 2.1.a y 5 de la Convención de Viena de 1989 sobre el Derecho de los Tratados.

La institucionalización de una actividad implica la permanencia de ciertas funciones, esto es una continuidad de acción indispensable para el logro de los objetivos propuestos. La estructura orgánica con que se dota a estos entes es el elemento que hace posible que los órganos puedan reunirse toda vez que ello sea necesario y sin grandes demoras.

La voluntad propia, es decir la calidad de ente distinto de los Estados que la componen, es probablemente el rasgo más característico de la organización intergubernamental como sujeto de derecho. Este criterio se encuentra en estrecha vinculación con los aspectos relativos a la imputación de conductas y a los sistemas de votación (\*). La voluntad jurídica de la organización no es la suma de las voluntades de los entes que la componen sino que sólo es imputable a la institución. La significación política de esa voluntad depende en gran medida del mecanismo de votación que se aplique: la técnica de la deliberación mayoritaria, cualquiera sea su forma de expresión, coadyuva a subrayar la calidad de ente distinto de la organización; el principio de la unanimidad, por el contrario, acentúa la subyacencia de los Estados.

Con relación a las posibilidades de acción de la organización intergubernamental y a los medios de que dispone para ello se recurre a la noción de competencia, entendida como facultad de hacer. Las competencias de la organización se definen con relación a los propósitos para cuyo logro han sido creadas.

Con arreglo a lo expuesto, una organización internacional es un ente creado y formado por Estados, establecido formalmente por medio de un tratado internacional, para el logro de determinados fines de interés internacional, a cuyo efecto está dotado de una estructura orgánica parcialmente permanente y de ciertas competencias, que desarrolla una acción independiente de la de los Estados que la componen, toda vez que expresa una voluntad que le es propia (\*).

## **3. DISTINTOS TIPOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

Tal como sucede cuando se encara cualquier tipo de clasificación, la correspondiente a las organizaciones internacionales puede ser muy variada, ya que depende del punto de vista que se adopta.

Según su objeto, las organizaciones pueden subsumirse en dos grandes categorías: las de objetivo general —relaciones pacíficas y solución de controversias internacionales—, como la ONU y la OEA, y las de objetivo especial, limitado a un área específica en lo económico, lo técnico, lo social, lo humanitario, etc., como la C.E.E., el Fondo Monetario Internacional, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Organización Mundial de la Salud.

Por su vocación son universales, cuando todos los Estados pueden formar parte de ellas, como es el caso de la ONU y los organismos especializados o regionales, cuando sólo algunos Estados las componen y la limitación es generalmente, territorial, como sucede en la OEA, la Liga Árabe, la CEE.

Los procedimientos de admisión de los miembros constituyen otro criterio de clasificación: por simple admisión, v.g. lo que sucede con los miembros de las NU respecto de los organismos especializados, por la reunión de ciertos requisitos como establece el art. 4º de la Carta de la ONU, por la reunión de ciertos requisitos y la apreciación discrecional de la oportunidad de la admisión, tal el caso en el Consejo de Europa.

Los párrafos precedentes no agotan en forma alguna los criterios existentes, ya que de la libre combinación de los mismos surgen otras pautas para la clasificación.

#### 4. SU PERSONALIDAD EN LOS DERECHOS INTERNOS

Generalmente los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales establecen que las mismas serán consideradas personas jurídicas en los territorios de los Estados miembros (\*). Este tipo de cláusula tiene por objeto comprometer a los Estados que las integran a establecer en sus ordenamientos jurídicos nacionales la calidad de sujeto de derecho de las organizaciones. Teniendo en cuenta que las instituciones intergubernamentales no se constituyen bajo el imperio de una ley nacional, sino por un acuerdo de voluntades estatales (\*\*), disposiciones de esta índole se presentan como necesarias toda vez que las codificaciones internas precisan los requisitos a cumplimentar por parte de los entes constituidos al amparo de ellas para gozar de subjetividad.

La personalidad de las organizaciones internacionales en el ámbito de los derechos internos de sus Estados miembros resulta indispensable a los fines del desenvolvimiento interno de la institución; como sujeto de derecho podrá adquirir los bienes muebles e inmuebles que necesite, operar con bancos, trabar relaciones comerciales, es decir que la organización actuará también *jure negotii*. Su capacidad jurídica en cada derecho nacional es plena, esto es que dispone de los mismos derechos y asume las mismas obligaciones que todas las demás personas morales de su tipo de acuerdo a ese ordenamiento. A este respecto conviene destacar que se admite que las enumeraciones que efectúan ciertos tratados con relación a los actos que estas instituciones pueden llevar a cabo, v.g. Tratado C.E.E., art. 211, no deben entenderse como limitativas.

Los Estados miembros reconocen esta personalidad al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado constitutivo de la organización; incluso pueden reconocerla terceros en virtud del derecho internacional privado; así, por ejemplo, varios Estados reconocen la personalidad jurídica que otros Estados otorgan a ciertos entes en su propia legislación (\*\*).

#### 5. PERSONALIDAD JURIDICA INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

##### a). La opinión consultiva de la C.I.J. sobre "Reparación de Daños"

El 11 de abril de 1949 la Corte Internacional de Justicia dio respuesta a una opinión consultiva que le fuera solicitada por la Asamblea Gene-

ral de la ONU en virtud de una resolución adoptada por ese órgano plenario el 3 de diciembre de 1948 y motivada por el asesinato de uno de los agentes de la organización —el conde Folke Bernadotte, enviado a Palestina como mediador en el conflicto árabe-israelí, hecho éste que originara el planteo de cuestiones relativas a la capacidad del ente para reclamar internacionalmente al gobierno responsable por la reparación de los daños sufridos por la NU y por la víctima o sus derecho habientes (11). Lo expresado por el tribunal internacional en esa oportunidad ha sido objeto de abundante literatura, toda la cual considera que se trata de un "leading-case" en materia de personalidad de las organizaciones.

Las preguntas formuladas a la C.I.J. (12) plantean la problemática de la personalidad jurídica internacional de la ONU, tema al que la Carta no hace expresa referencia (13).

Esta opinión consultiva de la Corte de La Haya adquiere una importancia considerable debido a que sienta determinadas pautas a los fines de establecer un método y criterios relativos a la personalidad internacional de las organizaciones intergubernamentales.

Al admitir que los sujetos no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos (14), el tribunal sostiene que la noción de subjetividad internacional se aplica a distintas realidades sociológicas y que el concepto de capacidad carece de un contenido único. Es dable, pues, entender que, siendo los Estados los sujetos primarios del orden jurídico internacional, las organizaciones son sujetos derivados en la medida en que son creadas por los primeros; ergo, a los efectos de la determinación de la personalidad jurídica internacional de un ente ha menester dejar de lado toda referencia al Estado (15).

No verificándose homogeneidad en los sujetos ni, en principio, en las capacidades, no resulta posible deducir la personalidad jurídica internacional, motivo por el cual la Corte emplea el método inductivo. Del análisis de las capacidades de que goza la organización, la C.I.J. induce la personalidad como juicio a posteriori. El gran aporte del tribunal al tema que tratamos consiste, precisamente, en la elección del método; todas las corrientes doctrinarias que se desarrollan a partir de 1948, aún aquellas que niegan la personalidad de estos entes, coinciden en la inducción de la personalidad.

En la búsqueda de indicadores de personalidad, la C.I.J. releva disposiciones de la Carta que, analizadas en conjunto, permiten suponer que la organización ha sido dotada en gran medida de capacidad jurídica internacional. Las pautas señaladas hacen referencia a la estructura orgánica de la institución (16), a la misión que le ha sido asignada y que la caracteriza como una organización política que actúa por medios políticos, a las relaciones entre la organización y los miembros, subrayando especialmente la obligación de éstos de prestarle asistencia, de aceptar y aplicar las decisiones del Consejo de Seguridad, la posibilidad de la Asamblea General de dirigirles recomendaciones, a la personalidad de que goza en el territorio de cada uno de los Estados miembros. Asimismo, en la óptica de la C.I.J., la práctica de la celebración de acuerdos por parte de la organización confirma que se trata de un ente situado frente a sus miembros, pudiendo, llegado el caso, recordarles ciertas obligaciones. Del examen efectuado surge que la Organización es una persona internacional, lo que no significa en modo alguno que se la identifique con un Estado o con un super-Estado, sino que se trata de un sujeto de derecho internacional

con capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y de prevalerse de tales derechos por medio de una reclamación internacional (17).

De la interpretación funcional de la Carta se deriva que la personalidad jurídica internacional de la organización es una consecuencia necesaria de sus funciones, deberes y derechos, para cuyo debido ejercicio la atribución de tal personalidad efectuada por los Estados creadores resulta indispensable.

La ONU goza de las competencias que se encuentran explícitas en su tratado constitutivo y de competencias que surgen implícitas de la letra de las disposiciones normativas en la medida en que son necesarias para el logro de los propósitos queridos. Es, pues, la función la que califica la competencia, se trata de una competencia funcional; doctrinariamente esto es lo que postula la teoría de los poderes implícitos a la que el tribunal adhiere expresando que los derechos y deberes de un ente como la ONU dependen de los propósitos y de las funciones asignados en su carta constitutiva y desarrollados en la práctica (18).

Los efectos jurídicos de la personalidad de la organización respecto de sus miembros son destacados por la C.I.J. al sostener que, producida una falta, la institución debe encontrarse en condiciones de solicitar al Estado responsable que repare el perjuicio causado; por esta vía la Organización reafirma su derecho a garantizar el respeto de los compromisos contraídos a su respecto (19).

Al referirse a la posición de la ONU vis-à-vis de los Estados no-miembros, la Corte de La Haya expresa que cincuenta Estados, que representan una gran mayoría de la comunidad internacional (20), han creado un ente dotado de personalidad objetiva y no simplemente de una personalidad por ellos reconocida y de la capacidad necesaria para presentar reclamaciones internacionales (21).

#### b) Teoría de los poderes implícitos

Ante la imposibilidad de que los tratados constitutivos regulen todos los detalles de la vida de una organización intergubernamental y con el objeto de evitar la paralización de la actividad institucional debido a la rigidez constitucional, el derecho internacional ofrece como respuesta a la realidad la teoría de los poderes implícitos que, en última instancia, consagra la existencia de un derecho consuetudinario propio de las organizaciones internacionales.

Partiendo de la base que a los tratados constitutivos de las instituciones de especie les son aplicables las normas generales consagradas por el derecho internacional en materia de interpretación de tratados (22), la regla de la especialidad se conjuga con el principio del efecto útil (23). Por efecto de esta combinación, las organizaciones internacionales gozan de poderes delegados y de poderes implícitos, no expresamente mencionados en el tratado constitutivo, en la medida en que estos últimos son necesarios para el cumplimiento de sus fines y cuando en ausencia de los mismos las disposiciones estatutarias resultarían carentes de todo efecto (24).

A esta orientación responde lo manifestado por la C.I.J. con relación a la "Reparación de daños sufridos al servicio de las NU" en el sentido de que para el cumplimiento de sus fines los Estados miembros han dotado

a la Organización de competencias que, si no se encuentran expresamente enunciadas en la Carta, son, por una consecuencia necesaria, a ella conferidas en tanto que resultan esenciales para el ejercicio de sus funciones<sup>(17)</sup>. Pese a las opiniones disidentes de algunos magistrados<sup>(18)</sup>, el criterio de la Corte fue reiterado en oportunidad de las opiniones consultivas sobre el Régimen Internacional del Sudoeste africano<sup>(19)</sup> y sobre los Efectos de los Fallos del Tribunal Administrativo de las NU que acuerdan indemnización<sup>(20)</sup>.

La teoría de los poderes implícitos es la base de sustentación de la noción de capacidad funcional, capacidad para realizar todos los actos necesarios a los efectos de sus funciones, que obedece a una interpretación finalista de los tratados constitutivos y no es posible más que en presencia de una práctica favorable<sup>(21)</sup>. De donde se sigue que toda referencia a la constitución de una organización internacional implica una referencia a su derecho consuetudinario. El ejercicio de competencias por parte de la institución —uso—, unido a la convicción de que tales actos constituyen legítimo ejercicio de derechos —*opinio juris*—, genera un costumbre internacional que es el sustrato jurídico de la competencia de la organización para desarrollar tal actividad<sup>(22)</sup>.

En este contexto se inscriben, entre otros, el desplazamiento del tratamiento de las cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales del Consejo de Seguridad a la Asamblea General en virtud de la resolución Unión Pro Paz, A/RES/377 (V); el criterio según el cual sólo se impide la adopción de una resolución de fondo en el Consejo de Seguridad por medio del voto negativo de un miembro permanente, lo que no sucede cuando dicho miembro está ausente o se abstiene<sup>(23)</sup>; las operaciones para el mantenimiento de la paz surgen a través de un proceso de interpretación evolutiva de la Carta y fueron reconocidas por la C.I.J. como establecidas en cumplimiento de los propósitos de la Organización<sup>(24)</sup>.

En los esquemas cerrados de tipo integracionista se desarrolló la teoría del tratado-marco ("*traité-cadre*") que postula que los tratados constitutivos establezcan las directivas para el logro de los fines, realicen la esencial atribución de poderes y estructuran los órganos encargados de llevar a cabo la tarea, permitiendo que su adaptación a las nuevas circunstancias —cambios contextuales— sea efectuada mediante la producción jurídica de los órganos de la institución<sup>(25)</sup>.

En definitiva, esta teoría sostiene que las organizaciones ejercen todas las competencias necesarias —no útiles— para el logro de sus objetivos en el entendimiento de que la práctica creará precedentes que se transformarán en uso propio de la organización que al adquirir ribetes de obligatoriedad engendrará una norma consuetudinaria que, como norma jurídica positiva, fundamentará la actuación del ente.

### c) Personalidad Objetiva

En la ya mencionada opinión consultiva de 1949, la C.I.J. conceptuó a la ONU como un ente dotado de personalidad objetiva y no simplemente de una personalidad reconocida por sus miembros. Es dable pues asumir que el juego de los elementos personalidad objetiva-reconocimiento efectuado por la Corte comporta la afirmación de que el tratado internacional que está en la génesis de estos entes crea una situación jurídica objetiva que, en principio, se impondría a terceros.

Ello podría suponer un cuestionamiento al principio *pacta tertiis nec nocent* *secus proposit*, considerado norma de derecho internacional general, hoy codificado en el art. 34 de la Convención de Viena de 1989 sobre el derecho de los tratados.

La aplicabilidad de la citada convención a las cartas constitutivas de las organizaciones internacionales ya ha sido mencionada en este trabajo, por lo que, prima facie, el principio del efecto relativo de los tratados resulta en un todo aplicable a su respecto.

En ocasión de la codificación y desarrollo progresivo de las normas internacionales en materia de tratados, al abordar el tema de los tratados y los terceros Estados, los informes presentados ante la Comisión de Derecho Internacional por los relatores especiales contemplaban situaciones particulares en las que los tratados podían producir efectos respecto de terceros sin por ello violar el principio del *pacta tertiis* <sup>(4)</sup>. En una de estas hipótesis se hizo referencia al deber de los Estados de reconocer y respetar las situaciones de hecho y de derecho establecidas en tratados legítimos y válidos <sup>(5)</sup>.

Resulta pues que los tratados constitutivos de las instituciones objeto de estudios establecen una situación jurídica objetiva, crean un nuevo sujeto de derecho internacional, que los terceros deben respetar en virtud de una norma consuetudinaria internacional que les impone el deber de abstenerse de obstaculizar esta situación creada conforme a derecho y no porque constituyan una excepción al principio del efecto relativo de los tratados.

## **6. EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

La práctica internacional no demuestra la existencia de un reconocimiento de las organizaciones intergubernamentales como acto formal, análogo al reconocimiento de Estados <sup>(6)</sup>, aunque se manifiestan conductas que a este respecto podrían interpretarse como algo parecido al reconocimiento <sup>(7)</sup>.

Admitida la personalidad objetiva de estos entes, no ha lugar un acto de reconocimiento de naturaleza atributiva.

En la actualidad, la generalidad de la doctrina admite que la naturaleza del acto de reconocimiento de Estados es meramente declarativa; el sujeto que reconoce constata una existencia objetiva, admitiendo por ese medio que la misma le es oponible y manifiesta su intención de relacionarse. Los mismos principios serían entonces aplicables a las organizaciones. Las competencias reales y concretas con las que una institución de este tipo es investida por un tratado y el ejercicio efectivo que de ellas haga la autorizan a gozar de personalidad. Parece entonces incuestionable que la existencia precede a la ciencia. Todo acto jurídico posee en sí mismo un valor objetivo, lo cual no significa que produzca efectos *erga omnes*. Toda la organización internacional goza de una personalidad objetiva pero, a los efectos de la oponibilidad de esa personalidad respecto de terceros, se hace necesario un reconocimiento por parte de éstos <sup>(8)</sup>.

Tradicionalmente se sostiene que el acto de reconocimiento puede ser expreso o tácito. Generalmente, en su aplicación a nuestro objeto de estudio, se tratará de reconocimientos tácitos aunque ello no excluye

los expresos. Así, en 1946, la ONU y el Consejo Federal Suizo concluyeron un acuerdo provisorio sobre los privilegios e inmunidades de la organización en cuyo art. 1º Suiza reconoció la personalidad jurídica internacional de la ONU (\*\*). Tácitamente el reconocimiento puede emerger de variadas situaciones: el envío de misiones de observación, la celebración de tratados bilaterales, la presentación de una solicitud de admisión como miembro.

Aun cuando un Estado no se pronuncie respecto de la existencia y personalidad internacional de una organización intergubernamental, ésta goza de derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional general. En este estado de cosas, lógico resulta, a nuestro entender, adizgar que la institución del reconocimiento no subestima ni sobreestima la personalidad jurídica objetiva de una organización internacional. No existe un derecho al reconocimiento ni una obligación de reconocer, de donde que en alguna ocasión se manifestara que el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de una organización intergubernamental por parte de terceros y otras organizaciones es un acto de buena voluntad de estos últimos (\*\*), opinión discutible pero que refleja la discrecionalidad del acto.

## CITAS

\* Prof. Adj. (i) Derecho Internacional Público - UBA.

(1) Véase Paul Reuter, *Institutions Internationales* (París: P.U.F., 1967), pp. 183 y *agtes.*

(2) La Conferencia de La Haya de 1893 reúne no sólo a Estados europeos sino también a los EEUU., Japón, México, Persia, China, Turquía, Siam; en la de 1907 participan aproximadamente cuarenta y cinco Estados, entre los que se cuenta un elevado número de latinoamericanos.

(3) Las primeras comisiones internacionales para la regulación de la navegación de los ríos internacionales fueron creadas como consecuencia del Tratado de París del 30-V-1814 y del de Viena de 1815.

(4) Como consecuencia de la Convención de París del 17-V-1858 se crea la Unión Telegráfica Universal que luego se transforma en la Unión Internacional de Telecomunicaciones; la Oficina Central de Transportes; la Comisión Internacional de Correos que en 1874 se transforma en la Unión General de Correos y en 1878 en la Unión Postal Universal; el Instituto Agrícola Internacional (1906); entre otras.

(5) Charles Chaumont, *L'ONU.* (París: P.U.F., 1971), p. 5.

(6) Véase, R. J. Dupuy, "Le droit des relations entre les organisations internationales", 160 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (en adelante, RDCADI)*, 1969, pp. 437-389 en p. 543; Pierre Pescatore, "Les relations extérieures des Communautés Européennes (Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales)", 163 *RDCADI*, 1961, pp. 1-244 en p. 23.

(7) Véase Chaumont, *op-cit.*, p. 5; Reuter, *op-cit.*, p. 181 y "Principes de Droit International Public", 163 *RDCADI*, 1963, pp. 625-656 en p. 535 y *agtes.*

(8) v. g. ONU art. 104; OEA art. 136; FMI art. 9; UNESCO art. 12; CECA art. 6.

(9) Véase C. M. Jenks "The Legal Personality of International Organizations", 22 *British Yearbook of International Law*, 1945, pp. 267-275 en pp. 268-70.

(10) I. Seidl-Hohenveldern, "The Legal Personality of International and Supranational Organizations", 21 *Revue Egyptienne de Droit International* 1965, pp. 35-75 en p. 62 y *agtes.*

(11) C. I. J. *Recueil* 1948, p. 174.

(12) *Ibid.*, p. 175.

(11) La C. I. J. consideró que el art. 104 de la Carta de las NU circunscribe la personalidad jurídica de la organización al área de los derechos nacionales de los Estados miembros.

(12) C. I. J. Recueil 1946, p. 178.

(13) Hasta esta opinión consultiva, la tendencia predominante consistía en la identidad personalidad jurídica internacional-Estado.

(14) C. I. J. Recueil 1946, p. 178.

(15) *Ibid.*, p. 178.

(16) *Ibid.*, p. 180.

(17) *Ibid.*, p. 184.

(18) Cabe destacar que en 1946, cincuenta Estados podían válidamente ser considerados como mayoría en el seno de las NU. Las consecuencias del posterior movimiento de descolonización relativizarían esta apreciación al triplicar el número de miembros de la organización.

(19) C. I. J. Recueil 1946, p. 183.

(20) Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, art. 5, 21, 22 y 23, Doc. A/CONF. 62/27.

(21) El principio del efecto útil —*ut res magis valeat quam pereat*— adquiere el carácter de norma general en la jurisprudencia internacional a partir del caso de las Zonas Francas de la Alta Saboya y el País de Gex, Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Nº 22, p. 13:

"...en caso de duda, las cláusulas de un compromiso... deben, si ello no implica violentar sus términos, ser interpretadas de manera de permitir a dichas cláusulas desplegar sus efectos útiles".

Lá jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas también lo ha consagrado: C. J. C. E. Recueil II, affaire 8/58, 19/11/58. En doctrina, véase, H. Gutiérrez Posse, "La maxime ut res magis valeat quam pereat. (Interpretation en fonction de l'effet utile). Les interprétations extensives et restrictives", 23 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1972, pp. 229-254; R. J. Dupuy, *loc-cit.*, p. 533 y sgtes.; R. L. Bindschedler, "La délimitation des compétences des Nations Unies", 108 RDCADI, 1963, pp. 306-423 en pp. 328-322; J. Rudaus, "Les communautés Européennes", en Académie de Droit International de La Haye, Colloque 1971: Aspects Juridiques de l'Intégration Economique (Leyden: Sijthoff, 1972), pp. 287-278 en p. 292.

(22) Bindschedler, *loc-cit.*, p. 327.

(23) C. I. J. Recueil 1946, p. 179.

(24) *Ibid.*, pp. 198-204 y 217-219.

(25) C. I. J. Recueil 1950, p. 128.

(26) C. I. J. Recueil 1954, p. 47.

(27) P. Reuter, *op-cit.*, pp. 266-267.

(28) Seidl-Hohenveldern, *loc-cit.*, p. 39.

(29) Práctica inaugurada en ocasión del estallido del conflicto de Corea en momentos en que la URSS no se hacía representar en el Consejo de Seguridad a modo de protesta porque China estaba representada por el gobierno de China Nacionalista.

(30) Opinión Consultiva sobre Ciertos Gastos de las Naciones Unidas, C. I. J. Recueil 1952, pp. 167, 173, 180.

(31) J. Rudaus, *loc-cit.*, p. 183; F. Orrego Vicuña, "Contemporary International Law in the Economic Integration of Latin America" en Académie de Droit International de La Haye, Colloque 1971: Aspects Juridiques de l'Intégration Economique (Leyden: Sijthoff, 1972), pp. 161-186 en pp. 168 y sgtes.

(32) Anuario de la C.D.I. 1968, vol. II, doc. A/CN. 4/120; Anuario de la C.D.I. 1964, vol. I, doc. A/CN. 4/167.

(11) Anuario de la C.D.I., 1968, vol. II, doc. A/CN. 4/130.

(12) Max Sorensen, "Principes de Droit International Public", 101 RDCADI, 1968, pp. 1-25; Hans Elix, "Contemporary Aspects of Recognition", 130 RDCADI, 1970, pp. 507-524 en p. 521.

(13) Sir Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", 92 RDCADI, 1957, pp. 1-222 en pp. 32-33.

(14) E. J. Dupuy, *loc-cit.*, pp. 532, 535 y *agtes.*

(15) § UNTS p. 184.

(16) Manuel Cacerova, *Una Integración equitativa: Rol del derecho en el Acuerdo de Cartagena*, Santiago: C.P.U., 1973, p. 87.



## LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Alberto M. Tenzillo

### — I —

Para abordar el estudio del tema del epígrafe, es menester partir del conocimiento de su trascendencia práctica.

A dichos fines, a su vez, se requiere tener en claro las diferencias existentes entre los regímenes del derecho internacional público (DIP) y del derecho internacional privado (DIPr). Mientras para el primero el tema reside en la nacionalidad, para el segundo la cuestión es en realidad definir el o los ordenamientos jurídicos que han de ser aplicables a una determinada persona jurídica, lo cual ha llevado a buena parte de la doctrina privatista a omitir la referencia al carácter de "nacional"; nuestro ordenamiento interno, por su parte, tiene ya una afosa tradición en ese sentido.

Discernido este aspecto, cabe volver sobre la primera cuestión: cuál es la utilidad del concepto "nacionalidad" aplicado a una persona de existencia ideal, en el campo del DIP? La respuesta se halla principalmente en cuestiones vinculadas estrechamente a controversias, pues las aplicaciones se observan mayoritariamente en el terreno de la protección diplomática, y de los conflictos bélicos (disposiciones sobre propiedad enemiga).

También se acostumbra hacer referencia a la nacionalidad en tratados, por lo general de índole comercial, en que se confieren derechos a los nacionales de las partes. En forma análoga, ocurre con disposiciones de derecho interno. Empero, en estos casos es bastante frecuente que se proporcionen elementos para discernir la nacionalidad, lo cual puede restarles importancia a los fines de la detección de normas generales.

Por ello, la preocupación del estudioso debe centrarse principalmente en los dos primeros temas, en los que la ausencia de provisiones especiales nos llevará a recurrir al derecho que menciona el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y su doctrina.

### — II —

El enfoque doctrinario del tema que nos ocupa revela la existencia de tres teorías principales, dentro de las cuales cabe distinguir algunas matices.

La teoría de la incorporación asigna a una persona de existencia ideal la nacionalidad del ordenamiento en virtud del cual ha sido creada, encontrando su raíz —huelga decirlo— en la ficción savigliana.

La teoría organicista de Kierke, por su parte, sirve de fundamento a quienes prefieren asignar la nacionalidad en función del domicilio de la persona. Naturalmente, ello puede acarrear la ulterior discusión acerca del criterio domiciliario, pues algunos se inclinarán por la sede de la ad-

ministración, y otros por la ubicación del establecimiento principal, aunque podría afirmarse que los primeros son mayoría.

De todas formas, no faltará quien sostenga que en un más que apreciable número de ordenamientos, el domicilio condiciona el lugar de creación, como con buen criterio apuntó en una conferencia en 1931 W. E. Becket, haciendo referencia al caso inglés, y a varios Estados europeos. Ello ocurre, también, en nuestra ley de sociedades 19.550.

La tercera postura que encontramos es la llamada teoría del control, que asimila la nacionalidad de la persona jurídica a la de quienes detentan el poder en la misma. Hakam Nial distingue, acertadamente, entre el control y el interés, ya que el primero podría no coincidir exactamente con el segundo en virtud del voto plural que pueden tener las acciones.

Pero más allá de ello —en cierta medida un detalle— la teoría del control requiere una mayor precisión, pues no en todos los casos se identifica nacionalidad de la persona jurídica con la nacionalidad de sus controlantes, sino con la residencia de estos últimos. Ejemplo de ello han sido las disposiciones sobre propiedad enemiga adoptadas durante la Guerra del Atlántico Sur por la recuperación de nuestros archipiélagos ausles (Ley 22.591, B.O. 21May82).

En este punto de nuestra exposición, y antes de pasar al análisis de la práctica y jurisprudencia internacionales, cabría hacer referencia a la aplicabilidad de la doctrina del vínculo genuino —derivada del fallo en el caso *Nottebohm*— al tema que nos ocupa.

Acerca de este aspecto, debe señalarse que, aunque la mayoría de la Corte Internacional de Justicia lo haya considerado inaplicable, contraria es la posición asumida por Fitzmaurice, Jessup, Gross y Sorensen.

Tampoco se pierda de vista que, en definitiva, la teoría del control podría comportar la asunción del criterio del vínculo efectivo hasta sus últimas consecuencias.

### — III —

Ante la ausencia de disposiciones vertidas en tratados que contengan previsiones de alcance general sobre la materia, corresponde echar mano de las normas de carácter consuetudinario, a cuyo fin se hace menester el análisis de la práctica de los Estados.

La misma no nos permite detectar la existencia de reglas generales. Sólo podemos llegar a ciertos lineamientos no demasiado definidos.

Va de suyo que la mayor preocupación acerca de la nacionalidad de las personas jurídicas existirá en aquellos países exportadores de capital. Ello es, por otra parte, un hecho empíricamente verificable.

En los Estados Unidos de América, el criterio ha sido asignar la nacionalidad en función de la teoría de la incorporación, para brindar protección diplomática exclusivamente a aquellas entidades controladas por estadounidenses, o donde los nacionales de aquel país tengan intereses más o menos significativos. Debe observarse que, en estos casos, la distinción entre los accionistas nacionales de los EE.UU. y la compañía por ellos controlada, carece de la nitidez que desearíamos. Empero, en virtud del decisorio in re *Barcelona Traction*, deberíamos admitir que —en principio— la protección se confiere a la persona jurídica (aunque existen casos en que claramente ocurrió lo contrario).

Además, se preguntará el lector cuál es el objetivo, entonces, de asig-

nar nacionalidad por la incorporación: la respuesta debe buscarse en los derechos que un sinnúmero de tratados conceden a nacionales de los Estados Unidos. Las compañías fundadas en su territorio pueden gozarios con independencia de ser controladas por extrajeros.

Es en estos mismos lineamientos que se inscribe el Tratado de Roma de 1957, conforme el cual a ciertos fines quedan asimiladas a los nacionales de los países miembros las sociedades constituidas de conformidad a la legislación de un Estado miembro, y que posean al mismo tiempo su sede social, administración central o principal establecimiento en el interior de la Comunidad Económica Europea.

Empero, en algunas oportunidades corresponden obligaciones y no sólo derechos a las compañías nacionales; tal es el caso de la Export Administration Act de 1980, que califica como nacional de los Estados Unidos a una compañía donde los accionistas norteamericanos cuenten con más del 25% del capital. Otros países exportadores de capitales han criticado severamente este criterio para la asignación de nacionalidad (Reino Unido).

Francia ha aplicado en general la teoría de la sede social para conferir su nacionalidad a las sociedades. Gran Bretaña, por su parte, se inclina más bien por la de la incorporación. Sin embargo, no han faltado oportunidades en que ambos Estados aplicaran la teoría del control, sea en actos de derecho interno, o en tratados internacionales.

Desde el punto de vista de los países importadores de capital, la solución al problema es totalmente inversa a la de los exportadores. En América Latina, la legislación sobre inversiones extranjeras, que otorga derechos y obligaciones a los inversores no nacionales, adopta en forma prácticamente uniforme diversas modalidades de la teoría del control.

Lo hasta aquí expuesto se ha referido, exclusivamente, al acontecer en tiempos de paz. Si pasamos a los días de conflicto armado, la teoría del control surge en forma invariable como parámetro para considerar a una determinada corporación, nave, etc., como de propiedad enemiga. Del mismísimo Tratado de Versalles surgen elementos contundentes para sustentar dicha afirmación.

#### —IV—

Un somero análisis de la jurisprudencia internacional permite confirmar los criterios antes enunciados.

Así, mientras en el caso "Ruden y Cia." se considera poco importante la cuestión de la nacionalidad de la firma, de "Interhandel" se deduce que, por más que se adopte la teoría de la incorporación, el control es quien define la condición de propiedad enemiga. Claro está, llevando la investigación teórica hasta sus últimas consecuencias, podríamos observar que el ser de "propiedad enemiga" no significa lo mismo que poseer la "nacionalidad enemiga". En particular, si se tiene en cuenta que en el primer caso se habla de una atribución de un objeto, y en el segundo de una atribución que cabe a un sujeto.

Sin embargo, esa digresión comportaría a mi criterio un exceso de rigorismo que terminaría por confundir conceptos que han sido elaborados con una finalidad eminentemente práctica, como son los relativos a la nacionalidad de las personas de existencia ideal.

En otras oportunidades se ha aplicado, igualmente, la teoría del control, aunque con fundamentos no siempre homogéneos. Más aún, en el

célebre caso de la jurisprudencia inglesa "Daimler Co. c/Continental Rubber", citado usualmente como el principal expositor de la teoría del control, ésta se aplica en consideración de la propiedad enemiga, pero se asume una posición negativa frente al concepto de la nacionalidad de las personas jurídicas.

En el caso de la reclamación Rumano-Americana, por su parte, Estados Unidos intentó aplicar la teoría del "disregard" para fundar su legitimación, pero sin éxito.

En cambio, el mismo Estado reclamó en otras oportunidades —éxitosamente en el punto— alegando la nacionalidad no de la sociedad, sino de accionistas norteamericanos (The Delagoa Bay Railroad, El Triunfo Co.). Sobre el valor de estos casos, véase lo expuesto en III, pág. 3.

Pero más allá de la evidente heterodoxia que con respecto al tema que nos ocupa evidencian los fallos citados, probablemente el caso más célebre en la materia sea el relativamente reciente decisivo de la Corte Internacional de Justicia in re "Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd."

Como es sabido, se trataba de una compañía constituida en Canadá, con socios mayoritariamente belgas, y que desarrollaba su objeto social en Cataluña (España), donde se decretó su quiebra.

El Gobierno de Bélgica reclamó por los daños sufridos por sus nacionales, accionistas de la compañía. La Corte, por una mayoría abrumadora, rechazó la demanda. El fundamento para ello, acerca de lo cual hubo prácticamente unanimidad entre los Jueces, fue la imposibilidad de admitir un reclamo a nombre de los accionistas, cuando el mismo estaba expedito para la compañía. Esta, a su vez, debía ser representada por el Estado de su nacionalidad. Y en este punto, que es el que en definitiva nos ocupa, la Corte Internacional de Justicia no pareció tan contundente al adoptar la teoría de la incorporación.

La lectura de las opiniones separadas deja bien a las claras que el tema —atento el planteamiento de las partes— no fue analizado pormenorizadamente, subsistiendo como interrogante uno que ya se apuntara: ¿qué hubiera pasado de exigirse un vínculo genuino con Canadá para asignar esa nacionalidad a la Barcelona Traction?

En el campo doctrinario, en 1969, David Harris consideró que dicho criterio no era en DIP aplicable a las personas morales. Entre otras cosas, sostuvo que la Corte en el caso *Nottebohm* tuvo en sus miras individuos y no compañías; asimismo, observó que entre antes y después del célebre decisivo sobre nacionalidad, los criterios de la jurisprudencia sobre las personas jurídicas fueron idénticos y adecuados a las posiciones sustentadas por las partes (C.P.J.I., caso *Wimbledon*; C.I.J., *Anglo Iranian Oil Co., Interhandel*).

A la afirmación del autor mencionado en el párrafo precedente, me permito elevar dos objeciones: por un lado, que en ninguno de los fallos que menciona existió una controversia específicamente sobre nacionalidad como en el de *Nottebohm*; por el otro, que el fallo de la *Barcelona Traction*, y en especial sus opiniones separadas (que plantean la cuestión), tienen lugar con posterioridad, en el año 1970.

De todo lo expuesto, resulta en suma que extraer una conclusión profunda y decisiva resulta en realidad harto dificultoso.

Antes bien, por el contrario, el investigador debe conformarse con afirmar que no existen reglas uniformes para el otorgamiento o imposición de nacionalidad a las personas jurídicas, razón por la cual cada Estado puede proceder aplicando los criterios que considere más aceptables, doctrina ésta que fuera sentada en punto a las personas físicas en el caso de los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos.

Ahora bien, para que esa nacionalidad sea oponible a terceros Estados, ¿es menester acreditar la existencia de un vínculo genuino entre Estado y corporación, tal como lo indicaría el fallo in re *Nottebohm*? La respuesta parece ser afirmativa, aunque sólo tímidamente.

Ello así, por cuanto si bien podemos afirmar la existencia de una norma consuetudinaria que prescribe la necesidad de algún vínculo entre el Estado y la persona jurídica (sea el haber sido creada en el mismo, tener allí su domicilio, o ser controlada por personas físicas nacionales o domiciliadas en ese Estado), ello no significa que podamos exigir a esa vinculación el fuerte vigor que se requiere para la persona física.

Por otra parte, ello no deja de parecer razonable si tenemos en cuenta la evidente diversidad entre la condición jurídica de una y otra y, además, la gran dificultad que conlleva la exigencia del vínculo genuino a ultranza. Téngase en cuenta que en la mayor parte de los casos habrá de tratarse de sociedades por acciones, con lo cual será bastante dudosa la posibilidad de acreditar el efectivo control. Ello, a su vez, provocaría una gran inseguridad en el campo de esta materia, con lo cual se conspiraría contra una de las finalidades que persigue todo ordenamiento jurídico: el brindar un esquema claro para el desenvolvimiento de las relaciones humanas.

En suma, en el presente estado de nuestra materia, debemos conformarnos con afirmar simplemente que "algún" vínculo debe existir entre un Estado y la persona jurídica a la cual le atribuya su nacionalidad. De allí en más, va de suyo que la mayor o menor intensidad de aquél será quien dirima los conflictos que puedan suscitarse ante la existencia de más de uno.

Buenos Aires, febrero/marzo de 1963.

\* Profesor adjunto (int.). Derecho Internacional Público - UBA.



## APUNTES PARA LA TEORÍA GENERAL DEL RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Alfredo M. de las Carreras

La mayoría de los tratadistas de Derecho Internacional estudian el tema del reconocimiento separando las distintas situaciones de hecho que se presentan en la comunidad internacional.

Creemos, por lo tanto, que resulta de interés buscar normas comunes de reconocimiento para cada una de esas diferentes situaciones. Al mismo tiempo, examinar si los estados y sus gobiernos tienen verdadera vocación para trasladar cuestiones de hecho al plano jurídico, puede darnos la pauta del actual desarrollo en la materia. El presente trabajo, sin embargo, tiene el carácter de mera introducción, dado que tratar el tema con la adecuada profundidad, requeriría espacio y tiempo mayores de los que disponemos.

En Derecho Internacional Público (D.I.) se entiende por reconocimiento al acto por el cual un estado, o grupo de estados, admite como legítima una situación de hecho y, como consecuencia de ello, acepta los efectos jurídicos derivados de dicho acto (1).

Para Ch. Rousseau el reconocimiento es una institución indispensable, porque permite regularizar en derecho, hechos que de otra manera no tendrían entrada en el orden jurídico. En este sentido, la compara conceptualmente con la prescripción en el derecho interno (2). La teoría del reconocimiento impide, en consecuencia, que muchos aspectos de las relaciones entre estados queden fuera de toda regulación jurídica (3). Las situaciones de hecho que interesan al reconocimiento comprenden realidades tales como: el nacimiento de nuevos estados; los cambios de gobierno al margen de las propias normas constitucionales; la insurrección; la beligerancia en las luchas civiles; la personalidad de organismos regionales o de alcance más limitado; los gobiernos en el exilio; reconocimiento como nación, etc.

La teoría del reconocimiento de tales situaciones de hecho permite estudiarlas en derecho, porque al establecer el D.I. sus condiciones y elementos esenciales, caen dentro de su ámbito jurídico.

O'Connell manifiesta, sin embargo, que no todo reconocimiento de hechos que realice un Estado tiene consecuencias jurídicas de carácter internacional. Así, la simple toma de nota no trae aparejado efecto alguno en Derecho Internacional, como tampoco el hecho de que un órgano no ejecutivo de gobierno —un juez, por ejemplo— constate hechos y admita ciertas consecuencias legales derivadas de él. Considera reconocimiento, en el sentido que nos interesa, cuando un gobierno al tomar

conocimiento de una situación de hecho hace saber su intención de aceptar todos los efectos legales que de esta actitud puedan derivarse (\*).

El hecho objeto del reconocimiento debe reunir ciertas y determinadas condiciones o elementos propios, que son establecidos por el D.I. Estas condiciones no son idénticas para cada situación. Así, por ejemplo, no se exigen las mismas para reconocer un gobierno de facto, que para reconocer un nuevo Estado; ni las que se cumplen para este último son iguales que las necesarias para reconocer a una comunidad beligerante. En algunos supuestos difieren en grado de intensidad, de manera que el dominio territorial (efectividad) no es valorado de la misma forma para calificar de gobierno a la autoridad de un nuevo Estado, que para constatar la existencia de una comunidad beligerante.

El reconocimiento de una situación de hecho; podemos decir que se reduce, en definitiva, a la constatación del cumplimiento de las condiciones propias de esa situación fáctica. Es evidente, entonces, que no debería reconocerse, por ejemplo, un nuevo estado sino cuando se encuentran presentes en los hechos sus elementos constitutivos: población, gobierno y territorio. Ni tampoco un gobierno de facto debe tenerse como legítimo representante si no es efectivo, con probabilidades de estabilidad y aptitud y disposición para cumplir con las obligaciones internacionales (\*).

Para algunos autores el acto de reconocimiento es un acto político, en cambio para otros es un acto jurídico (\*). Según se acepte uno u otro criterio, variará la posibilidad discrecional para apreciar la existencia de los elementos y condiciones que definen cada una de las situaciones a reconocer.

La doctrina clásica del D.I., hasta fines del siglo XIX, dice Rousseau, consideraba que el reconocimiento era obra de la omnipotente voluntad soberana de los Estados. Le atribuía un carácter esencialmente político y, por lo tanto, individual, unilateral y discrecional. Los autores contemporáneos, cada vez más, se inclinan por aceptar al reconocimiento como un acto jurídico, porque el Estado, argumentan, debe limitarse a constatar la existencia de los hechos que generan la situación a reconocer. Una vez comprobados los mismos, no le quedará otra posibilidad que reconocer el hecho. El reconocimiento pasa a ser un acto obligatorio (\*). La diferencia entre ambos criterios es fundamental, como que están separados por las distintas naturalezas del derecho y la política.

En realidad, no siempre, ni todos los Estados admiten como cabalmente existentes o cumplidos los requisitos exigidos para cada una de las situaciones de hecho. Sorensen se pregunta a este respecto, por vía de ejemplo: "¿Cuándo ha logrado un gobierno la autoridad efectiva sobre el territorio en el cual pretende ejercerla?".

Es en el margen de apreciación o comprobación donde el criterio político puede ser usado. No resulta extraño comprobar que frente a una misma situación unos Estados niegan el conocimiento, mientras otros lo otorgan. En oportunidades se ha retrasado, y en otras se ha reconocido prematuramente, según el criterio que se quiso adoptar en la emergencia. En definitiva, los mismos hechos fueron interpretados de manera opuesta.

No ha sido extraño observar, por ejemplo, el desigual comportamiento de los Estados para apreciar el ejercicio efectivo de la autoridad de un gobierno de facto. Mientras que para unos aparecía sobradamente cum-

plido el requisito, para otros no. Alemania e Italia, por ejemplo, reconocieron al gobierno del general Franco al comienzo de la guerra civil, en noviembre de 1936, y tres años después, hacia el final de la guerra, lo reconocieron Francia e Inglaterra.

Es la falta de un criterio objetivo, o de un organismo central encargado de juzgar el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Derecho Internacional lo que da lugar a la discrecionalidad.

La divergencia de apreciaciones frente a una misma situación induce, por el momento, a aceptar el acto de reconocimiento como una determinación política (\*), o cuanto menos de carácter mixto (\*\*). En la mayoría de las situaciones de hecho reconocidas contemporáneamente, aparecen los intereses y simpatías de los Estados por sobre las consideraciones estrictamente jurídicas (\*\*\*). No obstante, no debe caerse en la arbitrariedad, porque el reconocimiento sería ilícito. Por ejemplo, si faltase alguna de las condiciones o elementos fundamentales de la institución, como sería el caso del territorio en el reconocimiento de un nuevo Estado.

En definitiva, es en la comprobación de los supuestos para el reconocimiento donde encuentra su lugar la política (\*\*\*\*). Para Kelsen hay dos actos totalmente diferentes, ambos llamados reconocimiento. El reconocimiento jurídico es la comprobación del hecho de la existencia, por ejemplo, de un Estado; y el reconocimiento político es cuando se establecen relaciones de tipo diplomático, comerciales, políticas, etc., con el nuevo Estado.

El reconocimiento que el Derecho Internacional hace de una situación de hecho, ¿es imprescindible para que éste se transforme en derecho? Si se acepta que el acto de reconocimiento es condición necesaria para ello, podemos afirmar que el reconocimiento tiene carácter constitutivo. No hay Estado, por ejemplo, si no se lo reconoce como tal.

En cambio si el reconocimiento únicamente constata la presencia del hecho, es decir de los diferentes elementos que lo componen, el reconocimiento tiene carácter declarativo. No es constitutivo sino probatorio, como dice Ruiz Moreno.

La partida de nacimiento de la persona humana es un elemento necesario para la existencia de ésta, toda vez que existe, esté o no inscrita en el registro. La partida es probatoria del lugar y fecha de nacimiento y de su filiación. El mismo concepto, salvando la distancia, puede aplicarse al reconocimiento: es un problema de constatación, no algo imprescindible para su existencia.

La mayoría de los autores americanos sostienen que el reconocimiento es un acto meramente declarativo, en especial para reconocer nuevos Estados y nuevos gobiernos. Las opiniones están más divididas con relación a la beligerancia, insurrección, gobiernos en el exilio, etc.

Jiménez de Aréchaga manifiesta que si se acepta la teoría constitutiva "el Estado quedaría fuera del palio del D.I., exento de la protección jurídica que ese orden acuerda a los sujetos", y agrega que "no estaría constreñido a ninguna de las obligaciones y deberes que el mismo D.I. impone". Se llegaría al absurdo, razona, de que el Estado o el gobierno no reconocido podría ser objeto o autor de violaciones al D.I., sin ocurrir en ilicitud alguna (\*\*\*\*).

Oppenheim, en cambio, se mantiene en el carácter constitutivo del

acto de reconocer. La situación deviene de derecho "única y exclusivamente por medio del reconocimiento", de manera tal que si no se produce éste, no hay existencia en derecho (14).

Para Verdross, refiriéndose especialmente a los nuevos estados, dicho acto tiene doble carácter. Es declarativo por comprobación del Estado o gobierno que reconoce, y es constitutivo porque es necesario para la iniciación de las relaciones oficiales.

Para Cavaré, Kelzen admite el carácter declarativo del reconocimiento toda vez que aceptadas como reunidas las condiciones de hecho el D.I. confiere la personería (15). Verdross, sin embargo, manifiesta que para Kelzen la personalidad jurídica depende del reconocimiento, lo que le da a éste carácter constitutivo (16). Ambos autores apoyan sus afirmaciones en la misma cita.

Kelzen manifiesta que "el D.I. establece efectivamente que una comunidad, para llegar a ser Estado en el sentido de D.I., deberá ser reconocida como tal por un Estado que ya existe según el mismo derecho". Agrega que sólo después del reconocimiento se le aplica el D.I., y únicamente con relación al Estado que lo reconoce. Admite, sin embargo, que el carácter constitutivo del reconocimiento "no parece ser compatible con la práctica de los Estados que hace a una comunidad que todavía no ha sido reconocida, responsable por violaciones del D.I.", y cita el ejemplo de Gran Bretaña que reclamó a Israel por haber derribado aeronaves, cuando todavía no la había reconocido como Estado (17).

En el caso de reconocimiento de gobiernos de facto, para algunos autores y para la práctica de no pocos Estados es también meramente declarativo, porque el Estado es el único que tiene competencia para darse su propio gobierno. Los Estados deben comprobar la existencia de las condiciones que caracterizan a los gobiernos de facto. Si están presentes, reconocerlos (En contra: la doctrina Tobar, ya abandonada). Siempre hay que tener en cuenta la influencia de la política y discrecionalidad que los Estados dan a este tipo de acción.

Sørensen, examinando el tema con respecto a situaciones como gobiernos de facto, beligerancia, insurrectos y gobiernos en el exilio, participa de la opinión de que dichos reconocimientos tienen carácter constitutivo —máxime porque en la práctica se otorgan por razones políticas y discrecionales (18).

Jiménez de Aréchaga lamenta que la función de reconocer no esté centralizada ni, cuanto menos, coordinada "en un órgano que reconozca al nuevo gobierno con efecto obligatorio para todos los Estados", y agrega que "de ahí la situación paradójica y contradictoria de que una autoridad sea gobierno para unos Estados, y no lo sea para otros (19).

Cavaré le otorga carácter declarativo porque el Estado, antes de reconocer un gobierno de facto, habitualmente constata el establecimiento de una autoridad efectiva asentada sobre un territorio que administra. Distinto sería para el citado autor el caso de un gobierno en el exilio, donde el reconocimiento tiene un efecto constitutivo, creador.

Verdross considera que el reconocimiento prestado a los insurrectos es constitutivo, aunque admite que se deben comprobar los supuestos de hechos. Cita en su apoyo la Convención de La Habana de 1928 sobre Derechos y Deberes de los Estados en Caso de Guerra Civil (20).

Con relación a los gobiernos de facto y su reconocimiento existen numerosas doctrinas cuyo examen es ajeno a la extensión y propósito de este trabajo. Su estudio y análisis merece ser realizado (vgr., doctrinas Tebar, Estrada, Wilson, Betancourt, Podestá Costa, etc.).

La Carta de la Organización de Estados Americanos ha resuelto en derecho positivo esta cuestión doctrinaria, siguiendo textualmente la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de Montevideo de 1933. En efecto, su artículo 12 dice: "La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados", y el 13 agrega "El reconocimiento implica que el Estado que lo otorga, acepta la personalidad del nuevo Estado"...

El reconocimiento es un acto unilateral, porque su existencia depende de la voluntad de un solo Estado: el que reconoce el hecho. Por esa razón dice Verdross, no requiere aceptación la parte interesada, sino únicamente su recepción. La consecuencia jurídica se produce en el mismo instante de llegar la declaración a poder del destinatario (26).

El reconocimiento que efectúan varios Estados simultáneamente no le hace perder el carácter unilateral, porque es evidente que todos los Estados reconocientes se obligan sin el consentimiento del nuevo Estado que reconocen, o del gobierno de facto o comunidad beligerante que aceptan.

La distinción entre reconocimiento jurídico y político que hace Kelsen lo lleva a afirmar que el primero tiene carácter unilateral, y el segundo bilateral.

El reconocimiento puede prestarse individualmente o colectivamente, según un Estado actúe por sí solo o conjuntamente con otros. Jiménez de Aréchaga aboga por el reconocimiento colectivo, así se elimina la ilógica situación, argumenta, de que para unos Estados exista uno nuevo, y para otros no; o que un gobierno de facto sea legítimo representante para cierto número de Estados y, en cambio, otros lo desconozcan (27).

El procedimiento individual es el más comúnmente usado. El colectivo se ha empleado, en especial, para reconocer nuevos Estados en conferencias y tratados de Paz. Así, Bélgica fue reconocida por las grandes potencias del Directorio europeo en 1831; Checoslovaquia y Polonia por los Estados vencedores en la primera guerra mundial (Tratado de Versalles, 1919) (28).

Se plantea el caso, con referencia al reconocimiento de nuevos Estados y de gobiernos de facto, si el ingreso a un organismo internacional implica el reconocimiento colectivo de todos los Estados que forman parte de dicho organismo. Scelle, citado por Rousseau, manifiesta que la admisión de un Estado en la Sociedad de las Naciones equivaldría a un reconocimiento colectivo, porque sería absurdo que los Estados miembros realizaran tratados con el Estado admitido, constituyeran órganos en común, designaran agentes públicos internacionales, etc., y, al mismo tiempo, lo desconocieran como Estado, lo que equivaldría a negarle competencia para todo ello (29).

El Consejo de la Liga de las Naciones rechazó, siguiendo esta tesis, la reserva de no reconocer la independencia de Panamá que formuló Colombia al adherirse al Pacto, porque Panamá ya formaba parte de la Liga. Estonia, Letonia y Lituania no fueron admitidos en la Sociedad de las Naciones hasta no haber sido reconocidos como Estados por un nume-

roso grupo de miembros de la Liga. Las Naciones Unidas, aunque vacilantes, parecen seguir un sistema diferente: se busca una solución más política que jurídica, tendiendo a evitar la crisis de la organización. Sin embargo hay autores que aceptan que la admisión de un nuevo miembro por la Asamblea General implica el reconocimiento por parte de todos los Estados miembros. Cabe consignar que la Asamblea por resolución de diciembre de 1950 declaró que la actitud de la Asamblea referida a qué autoridad tiene títulos para representar a un Estado miembro cuando se presenta más de una, "no deberá afectar individualmente las relaciones directas de los Estados miembros con el respectivo Estado". Se tiende a limitar el efecto del reconocimiento por parte de las Naciones Unidas, en el sentido de que no implica un reconocimiento individual de cada uno de sus miembros, sino que se trata, más bien, de un reconocimiento que formula en su beneficio el organismo internacional, de relativo valor para sus miembros (21). El Estado de Israel no es reconocido por los Estados Arabes, salvo Egipto, y todos son miembros de la U.N. El gobierno chino de Pekin no es reconocido por todos los Estados miembros, aunque sus representantes ocupan uno de los sillones de los miembros permanentes. La admisión de Bielorrusia y Ucrania, como miembros de las Naciones Unidas, independientes de la U.R.S.S., no implica su reconocimiento como Estados independientes (22).

Los seguidores de Keisen se mantienen en la tesitura de que el nuevo Estado, una vez aceptado en el seno de la organización mundial, está ligado, quierase o no, con los demás Estados por medio de un tratado (la Carta de las Naciones Unidas), lo que implica su reconocimiento. Según este autor, ha habido una "transferencia a la O.N.U.", por parte de los Estados componentes de la organización, de las competencias propias para reconocer la existencia de otros Estados. Akshurat manifiesta que la conclusión de un tratado "podría constituir probablemente reconocimiento tácito si es bilateral y está sujeto a ratificación. La simple pertenencia a organizaciones internacionales no constituye reconocimiento tácito" (23).

El reconocimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando existe un pronunciamiento oficial sobre una situación de hecho, aceptándola. Los medios seguidos en la práctica internacional son variados. Rusia reconoció al gobierno de China comunista por telegrama, en cambio Gran Bretaña le remitió una nota. En general, el reconocimiento se notifica por escrito, con suficiente publicidad para enterar al resto de la comunidad internacional del paso que se ha dado. En oportunidades se ha suscripto un tratado, en una de cuyas cláusulas figura el reconocimiento. A este respecto cabe recordar el tratado de Letrán entre la Santa Sede y el Reino de Italia, en 1929, donde se reconoce a la ciudad del Vaticano, y, a su vez, Italia y la Santa Sede lo hacen recíprocamente.

La beligerancia en las guerras civiles, lo mismo que la insurrección son reconocidos, generalmente, en forma expresa. Hay que tener en cuenta la necesidad de distinguir entre ambas situaciones para evitar confusiones, ya que el reconocimiento de la insurrección implica el deseo de no reconocer —por el momento, al menos— la beligerancia. La ayuda encubierta que reciben los rebeldes de parte de gobiernos de ideas afines no implica un verdadero reconocimiento.

El reconocimiento tácito es el resultante de entablar relaciones diplomáticas, suscribir tratados de alianza, amistad, comercio, navegación, asistencia, etc., donde no se menciona la nueva situación, pero surge,

como consecuencia evidente, la aceptación de la nueva personalidad, o representación. El envío de agentes consulares o los acuerdos de protección a nacionales no implican reconocimiento tácito. Gran Bretaña y Estados Unidos enviaron este tipo de agentes antes de reconocer la independencia de algunos países sudamericanos.

Se discute si el reconocimiento debe ser en todos los casos puro y simple, o si puede condicionarse. En este último supuesto la viabilidad del reconocimiento está sujeta al respeto de las minorías, a la obligación de aceptar como legítimas las deudas contraídas por el anterior gobierno, o asumir ciertas responsabilidades con relación a bienes de sus nacionales, al respeto de los derechos humanos, al llamado a elecciones generales, etc.

Jiménez de Aréchaga manifiesta que la mayor parte de la doctrina concuerda en que no corresponde el reconocimiento "sub conditione", porque una vez constatada la existencia de los elementos que tipifican el hecho de reconocer y otorgado el reconocimiento, éste no puede ser revocado, mientras aquellos elementos se mantengan<sup>(21)</sup>. Las condiciones explícitamente hechas saber en la declaración de reconocimiento pueden únicamente, dice Cavaré, dar lugar a sanciones en caso de no cumplirse. Tal sería el caso de rompimiento de relaciones diplomáticas, suspensión de asistencia, etc.<sup>(22)</sup> (Conforme Oppenheim)<sup>(23)</sup>.

Téngase en cuenta que no puede ni debe condicionarse el reconocimiento a la existencia o no de uno de los elementos esenciales de la situación que se reconozca. El hecho existe o no. Una vez reconocida, por ejemplo, la comunidad beligerante, o un gobierno de facto, o un nuevo Estado, no puede decirse que, por la circunstancia de no haber cumplido una condición que nada tiene que ver con los elementos que hacen a la existencia de la situación de hecho, que tal situación no existe.

En los casos en que, sin lugar a dudas, el reconocimiento tiene carácter indudablemente declarativo, éste impide la existencia de condiciones<sup>(24)</sup>. Kelsen no admite condicionamiento al tener carácter jurídico el reconocimiento (op. cit.). Sin embargo, en algunas oportunidades parecería que se han incluido condiciones en el acto de reconocimiento, como cuando Estados Unidos, en 1933, reconoció al gobierno soviético, lo hizo bajo ciertas reservas con respecto a la no ingerencia en asuntos internos, a la libertad de cultos, etc. Más que condiciones de reconocimiento, fueron garantías recíprocas<sup>(25)</sup>.

En los casos de gobiernos de facto, de insurrectos y de beligerantes, lo más razonable no es imponer condiciones, sino observar la situación de hecho creada y el comportamiento de los mismos, y, recién entonces, reconocerlo o no. De otra manera se oscurece la institución que estudiamos. Cabe recordar la reticencia en reconocer el gobierno de facto surgido en nuestro país en 1943, por parte de los Estados Unidos, porque —se argüía— no seguía una política internacional acorde con los demás Estados sudamericanos (de apoyo franco a los aliados). Lo que se hizo fue no reconocerlo por un tiempo, en lugar de condicionar el reconocimiento.

La oportunidad del reconocimiento es uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta. Los Estados —ya sea que se interprete como facultad que tienen de reconocer o no situaciones de hecho, según algunos autores, o de obligatoriamente reconocer determinadas situaciones, según otros, ejercen, como hemos dicho, un grado de discreción

nalidad que ha transformado muchas veces al reconocimiento en un arma política (21). Esta discrecionalidad se acentúa en los casos especiales de reconocimiento de gobiernos de hecho, de beligerancia en las luchas civiles, y, mucho más, en los de gobiernos en el exilio, insurrectos, y de otras situaciones donde la apreciación de las condiciones de existencia de éstos es altamente dependiente de la voluntad.

El reconocimiento puede, en muchos casos, afianzar y fortalecer a quien se reconoce, o debilitar hasta extinguir la situación creada, cuando se lo niega —especialmente cuando la que así procede es una de las grandes potencias—. El problema de la oportunidad, según Oppenheim, consiste en saber en qué momento exacto debe reconocerse (22). Es prematuro cuando no están dados todos los elementos necesarios exigidos por el D.I. Resulta, entonces, evidente que estamos en presencia de una verdadera intervención ilícita en los asuntos internos o externos de otro Estado.

El gobierno presidido por el general Franco en Burgos fue reconocido por Alemania e Italia en noviembre de 1936, antes de tomar Madrid, a poco de iniciada la insurrección. Las mencionadas potencias lo tuvieron como gobierno legítimo y representativo de España cuando todavía no podía afirmarse que ejercía el control permanente de una región, ni podía afirmarse con certeza sus posibilidades de triunfo.

Fue prematuro e intervencionista el reconocimiento que hizo EE.UU. de la independencia de Panamá en 1903, cuando se separó de Colombia, ya que lo hizo a los pocos días del levantamiento y cuando ésta no había movilizado. Inglaterra declaró la guerra a Francia porque ésta reconoció la independencia de los Estados Unidos en 1778, cuando aún la suerte de las armas no estaba decidida (23).

Cuando Gran Bretaña reconoció la independencia de las ex colonias españolas en América a partir del año 1823, España protestó; pero aquella respondió que no veía posibilidad alguna de que recuperase los territorios independizados —por otra parte la lucha había cesado—. El reconocimiento del gobierno de Pekín en lugar del de Taiwan, que hiciera el presidente Nixon, de los EE.UU., resultó tardío, porque aquel administraba el territorio continental chino desde hacía tres décadas. También el gobierno de Biafra, región de Nigeria, fue reconocido por China comunista (1968) como estado independiente cuando la guerra de emancipación todavía no estaba decidida. Fue un reconocimiento prematuro y fallido, porque los insurrectos fueron derrotados. Bangladesh fue reconocido como Estado por la India, cuando Pakistán —del cual se separó— no había ni siquiera movilizado para someter a los insurrectos, también fue un reconocimiento prematuro e intervencionista.

La actitud del gobierno mexicano de no reconocer al gobierno español del general Franco durante casi cuarenta años, y, en cambio, admitir como legítimo el gobierno en el exilio, fue una actitud política fuera de todo contexto jurídico.

En D.I. la oportunidad depende de cada situación a reconocer, por ejemplo: de la derrota del gobierno que haya estado en el poder, del cese de la resistencia, del reconocimiento que, a su vez, haya prestado el Estado cuyo territorio se separó, de la resistencia activa que hubiere contra el gobierno de facto instalado, de la posibilidad de triunfo y administración de territorio por parte de los beligerantes, de la obtención

diencia de la población en los gobiernos en el exilio —como en el caso del general de Gaulle, especialmente antes de tener base territorial en las colonias francesas.

La oportunidad es, en definitiva, una cuestión de hecho en el actual desarrollo del D.I. que cada Estado la realiza a su propia discrecionalidad, no obstante que al irse acentuando la naturaleza jurídica del mismo, su obligatoriedad se hace cada vez más perentoria. Puede decirse que hay un "tempo" para efectuarla, fuera del cual se transforma en intervención indebida.

La necesidad de objetivizar el cumplimiento de las condiciones requeridas para las diferentes situaciones a reconocer ha llevado a Estados a suscribir convenciones, a tratadistas a enunciar doctrinas y a políticos a proponer soluciones, sin que ninguno de estos procedimientos haya tenido mayor aplicación ni aceptación (\*).

¿Es posible en D.I. retirar el reconocimiento? Se acepta, en general, que no, máxime por parte de aquellos autores que le reconocen carácter declarativo (\*\*). Una vez conocidos, aceptados y probados los hechos que generan el reconocimiento, no corresponde retirarlo. Sería algo así como negar lo que se afirmó como existente.

Sin embargo, hay que tener en cuenta nuevas realidades modificatorias del hecho (o de algunos de sus elementos esenciales) que motivó el reconocimiento. Así sucede, por ejemplo, cuando se constata otra situación contraria, como sería la pérdida de efectividad de un gobierno reconocido que conlleva el reconocimiento de otro (\*\*). La nueva situación implica, la mayoría de las veces, dejar de reconocer la anterior; pero más que de retiro de reconocimiento se trata de un nuevo hecho que habrá que reconocer o no.

Cuando desaparece en su totalidad el hecho que se reconoció, verigracia, la derrota de la comunidad beligerante, el reconocimiento deja de tener razón de ser. No obstante, en algunas oportunidades se ha continuado admitiendo su existencia: Inglaterra siguió aceptando a Polonia como Estado y a su gobierno exilado en Londres, como legítimo después que los alemanes y los rusos conquistaron su territorio y lo repartieron (1939). La única explicación valdadera es que la guerra continuaba y Gran Bretaña era una de las potencias garantes de Polonia. Inglaterra retiró el reconocimiento del referido gobierno polaco en el exilio después de la conferencia de Yalta (1945).

Nuestro país retiró expresamente el reconocimiento al gobierno instalado en Taiwan (Formosa) como legítimo de China, al reconocer al de Pekín (China Continental) en 1972.

El retiro del reconocimiento debe ser expreso, no debe inferirse.

El Instituto de Derecho Internacional consagró la irrevocabilidad del reconocimiento "de jure", pero admitió que quede sin efecto cuando desaparece algún elemento esencial del Estado (\*\*).

Sereni, citado por Díez de Velasco, admite la revocación del reconocimiento, cuando se prestó por arvo (\*\*).

Con el objeto de evitar —o más bien posibilitar— el reconocimiento de situaciones dudosas, se acepta el llamado reconocimiento "de facto". La falta de estabilidad o la posibilidad dudosa de triunfo, en el caso de gobiernos de facto, de incorrectos o de una comunidad beligerante, aconsejan este tipo de reconocimiento que, por tener carácter provisório,

puede ser retirado, sin que traiga consigo trastornos jurídicos de importancia.

El gobierno soviético surgido de la revolución de 1917, fue reconocido, en un primer momento, "de facto", porque desconocía las deudas contraídas en la banca internacional por el régimen zarista. Años más tarde, en 1922, luego de la conferencia de Cannes, los distintos países lo reconocieron "de iure", al arribarse a un arreglo sobre las mismas.

El reconocimiento total, completo, de pleno efecto, es llamado "de iure". La diferencia entre ambos está en el grado de intensidad de las consecuencias que estos diferentes tipos de reconocimiento implican. Así en el reconocimiento "de facto" las relaciones diplomáticas no se establecen ni se reinician, únicamente se mantienen para la protección de los intereses económicos y comerciales.

Israel fue reconocido "de facto" por muchos Estados, antes de ser aceptado plenamente (").

Para Kelsen esta distinción no tiene importancia desde el punto de vista jurídico (").

Una cuestión de interés es analizar si es obligatorio el reconocimiento.

La obligación de reconocer implica el deber que tienen los Estados de aceptar situaciones de hecho como las examinadas "ut supra". Por supuesto, los nuevos Estados, gobiernos beligerantes, etc., tendrían el derecho de ser reconocidos. Si el reconocimiento es la constatación de un hecho, producido éste de conformidad al Derecho Internacional, no habría otra posibilidad que aceptarlo.

\* Admitida la existencia de un hecho (o de varios que conformen una situación), Rousseau acepta, aunque con vacilación, que en la práctica y en la jurisprudencia "se observan orientaciones muy claras en apoyo del reconocimiento obligatorio", con especial referencia a los nuevos Estados (") (conf. Carta de la O.E.A. citada).

Cavarré manifiesta que no sería lógico ni justo negar el reconocimiento (de Estado) cuando se presentan todos sus elementos constitutivos. Acepta, sin embargo, que la política se contrapona al derecho en este aspecto y los Estados siguen más bien sus intereses que lo jurídico (").

Para Jiménez de Aréchaga, desconocer un hecho que reúne todos los elementos exigidos por el Derecho Internacional es intervenir en las cuestiones internas de otros Estados, en especial en el derecho de revolución en los casos de nuevos gobiernos y de violación del principio de igualdad e independencia de los Estados (").

Sorensen basa su opinión negativa a la obligatoriedad de reconocer porque al no tener éste carácter constitutivo no se le puede negar al nuevo Estado "el disfrute de sus derechos fundamentales al amparo del Derecho Internacional" (").

Cuanto más carácter discrecional y político se le concede al reconocimiento, menor obligatoriedad se le asignará. El caso de la beligerancia en las luchas civiles es ilustrativo porque los gobiernos extranjeros siguen cada uno, como hemos visto, pautas de su propia conveniencia.

Oppenheim opina que, cuando un gobierno sea efectivo, es decir

obedecido, y presente las demás condiciones requeridas (posibilidad de permanencia, etc.) "representa al Estado en cuestión y tiene, como tal, derecho a ser reconocido" (\*).

Estrada, ministro de RR. EE. de México, declaró en 1930, en nombre de su gobierno y con referencia a varias situaciones de gobiernos de facto, entre ellas la existente en nuestro país, "que México no se pronuncia en otorgar reconocimiento porque considera que ésta es una práctica designante" que hiere la soberanía e interviene en los asuntos internos de los Estados extranjeros al calificar sus gobiernos. Lo que debe hacerse es mantener o retirar sus agentes diplomáticos, según quiera seguir o no conservando las relaciones (\*\*).

Para Díez de Velazco "no existe dentro del Derecho Internacional general una obligación de reconocimiento de un nuevo Estado, fundado en el mero hecho de que este último existe (\*\*).

O'Connell señala que para los partidarios de la teoría constitutiva un Estado tiene el deber de reconocer un nuevo Estado cuando están reunidos en él todos sus elementos, y los que creen en el acto declarativo, no admiten la existencia de una obligación en ese sentido. Recuerda y aprueba la conclusión del Instituto de Derecho Internacional cuando declara en 1936 que el reconocimiento es un acto libre (\*\*).

Aún cuando hay autores partidarios de la existencia de un deber de reconocer que se traduce, como hemos dicho, en un derecho a ser reconocido, no resulta fácil admitirlo en las prácticas internacionales. El cumplimiento y constatación de los requisitos en cada situación de hecho no ha dado origen a un reclamo de reconocimiento por parte del nuevo Estado, el beligerante, etc. El reconocimiento ha sido prestado en la oportunidad y forma que los terceros Estados han querido hacerlo, sin que se les imponga obligatoriedad alguna.

Para Podestá Costa-Ruda, la reunión de los requisitos establecidos para el reconocimiento de los gobiernos de facto "no obliga pero lo justifica" (\*\*).

Para Ruiz Moreno "los Estados son los únicos jueces del reconocimiento y la obligatoriedad surge sólo cuando es consecuencia de una guerra para el vencido, como en los casos del Tratado de Paz de 1919" (\*\*).

Las situaciones de hecho que se presentan en la comunidad son, a veces, susceptibles de negativa de reconocimiento. Es decir que los Estados o gobiernos terceros no se limitan a reconocer o dejar de reconocer, sino que en algunas oportunidades se han negado expresamente a reconocerlas. Estas doctrinas, en definitiva, son sanciones, en muchos de los casos, contra actos contrarios al Derecho Internacional, y están, también, fuertemente influenciadas por los intereses políticos de los Estados. Su análisis escapa al propósito de este estudio, aunque admitimos que estamos en presencia de un aspecto de la teoría del reconocimiento de situaciones de hecho internacionales.

## CTEAS

\* Prof. adj. ord. a cargo de cátedra.

(\*) Aguilera Navarro, D.I.P., t.II, pág. 255. Este autor trata el tema en forma global. Verdross, Alfredo D.I.P., pág. 131. Sorensen, Max Manual de D.I.P., pp. 277 y ss. O'Connell, D.F.O. International Law for Students, pág. 49. Ruiz Moreno, Idoro D.I.P., t. I, pp. 141 y ss. Sepúlveda, César Curso de D.I.P., pp. 254 y ss.

- (\*) Rousseau, Charles D.I.P., pág. 388.
- (\*) Anzilotti, Dionisio Curso de D.I., pág. 304.
- (\*) O'Connell, D.P.O. Opus cit., pág. 48.
- (\*) Podestá Costa Las luchas civiles y el D.I., pp. 62 y ss.
- (\*) Rousseau, Ch. Op. cit., pág. 287. Kelsen Principios de D.I.P., pp. 236 y 241. Oppenheim Tratado de D.I.P., t. I, v. I, pp. 124 y 127.
- (\*) Jiménez de Aréchaga, Curso de D.I.P., t. II, pág. 313. Rousseau, Ch. Op. cit., pág. 288. Accioly, Hildebrando Tratado de D.I.P., pág. 175.
- (\*) Podestá Costa - Buda D.I.P., pág. 63.
- (\*) Rousseau, Ch. Op. cit., pág. 288.
- (\*) Cavaré Droit International Public, t. I, pág. 328.
- (\*) Verdross, A. Op. cit., pág. 168.
- (\*) Jiménez de Aréchaga Op. cit., pág. 313.
- (\*) Op. cit., pág. 133.
- (\*) Op. cit., pág. 310.
- (\*) Op. cit., pág. 162.
- (\*) Kelsen Op. cit., pp. 232 y ss.
- (\*) Op. cit., pág. 286 (con referencia al caso de rec. prematuro).
- (\*) Op. cit., pág. 327.
- (\*) Op. cit., pág. 164; ver. Jiménez de Aréchaga Op. cit., pág. 364.
- (\*) Op. cit., pág. 163.
- (\*) Op. cit., pág. 341.
- (\*) Ulloa, Alberto D.I.P., t. I, pág. 156.
- (\*) Op. cit., pág. 290.
- (\*) Seares Op. cit., pág. 291; Oppenheim Op. cit., pág. 141 y 153 n.; Verdross Op. cit., pág. 164; Podestá Costa-Buda, Op. cit., pp. 65 y 181; Kelsen Op. cit., pp. 245 y ss.; Rousseau Op. cit., pág. 280.
- (\*) Fenwick, Charles G. D.I., pág. 158.
- (\*) Kelsen Op. cit., pág. 230; Akhurst, Michael Introducción al D.I., pág. 105.
- (\*) Op. cit., t. II, pág. 346.
- (\*) Op. cit., pág. 325.
- (\*) Op. cit., pág. 156.
- (\*) Cavaré Op. cit., pág. 325.
- (\*) Oppenheim, Op. cit., pág. 127 n.
- (\*) Akhurst Op. cit., pág. 89.
- (\*) Op. cit., pág. 136.
- (\*) Sibert, Marcel Droit International Public, pág. 192 (1. part.)
- (\*) Jiménez de Aréchaga Op. cit., pp. 321 y ss.
- (\*) Ver Cavaré Op. cit., pág. 324, se formula la pregunta y busca una respuesta.
- (\*) Ver Sibert Op. cit., pág. 187, se formula la misma pregunta.
- (\*) Oppenheim Op. cit., pág. 159 y nota.

(<sup>100</sup>) Cavareé Op. cit., pág. 322; Oppenheim Op. cit., pág. 142.

(<sup>101</sup>) Op. cit., pág. 230.

(<sup>102</sup>) Op. cit., pág. 292.

(<sup>103</sup>) Op. cit., pág. 320.

(<sup>104</sup>) Op. cit., pág. 327.

(<sup>105</sup>) Op. cit., pág. 285.

(<sup>106</sup>) Op. cit., pág. 138.

(<sup>107</sup>) Ulloa Op. cit., pág. 185.

(<sup>108</sup>) Dier de Velasco Curso de D.I.P., pág. 216.

(<sup>109</sup>) Op. cit., pág. 51.

(<sup>110</sup>) Op. cit., pág. 188.

(<sup>111</sup>) Op. cit., t. I, pág. 142.



## EL REGIMEN DE LAS ISLAS SPITZBERGEN FRENTE A LAS PRETENSIONES DE EXPLOTACION DE LOS HIDROCARBUROS ANTARTICOS

DÓMINGO SABATE LICHTSCHEIN

Cuando en 1959 se convino en Washington el Tratado Antártico del 1º de diciembre de ese año, sólo se dispuso un régimen de libertad de investigación científica y de proscripción de actividades nucleares y militares; las relaciones con lo económico, y en especial con la explotación de los recursos de la naturaleza, quedaron excluidas. Ahora, sin embargo, a más de veinte años de la firma de aquel tratado, resultan muy notorias las pretensiones de determinados países en el sentido de explotar el petróleo que pudiera encontrarse en la Antártida. Ello nos trae un recuerdo relacionado con la explotación de otro recurso energético de los polos: el carbón existente en un archipiélago de la región polar septentrional.

La idea de la explotación común de las riquezas de las zonas polares no es nueva; se debe mencionar aquí la tesis sustentada por el internacionalista francés Paul Fauchille, que en el tomo I, parte segunda, de su "Tratado de Derecho Internacional Público", cuyo volumen apareció en el año 1925, proponía entregar los recursos de las dos regiones polares a la explotación conjunta de los Estados situados en los continentes que se encuentran en los hemisferios respectivos. Fauchille, que no admitía sobre aquellas regiones la soberanía territorial, es decir un poder estatal pleno y exclusivo (a esos espacios les llamó territorio glacial o polar), afirmaba que "la ocupación que los polos autorizan es una ocupación de explotación, pero no una ocupación de habitación" y que "no es a un solo Estado, es a todos los Estados que hace falta reconocer el derecho de explotarlos" (*Traité de droit international public*, t. I, 2ª parte, p. 658). Con la división de cada una de las dos regiones polares en tantas partes como continentes hay en el hemisferio con el cual se relacionan, decía Fauchille que ese era el régimen (el de la explotación conjunta) que está permitido entrever en lo que concierne a esas regiones y que una conferencia internacional tendrá la misión de establecer (op. cit. p. 659). Pero la propuesta de Fauchille no pasó de ser una atractiva especulación doctrinaria, una precursora fantasía al estilo de su compatriota Julio Verne, aunque coincida con las aspiraciones de algunos países industrializados y con la política norteamericana y soviética.

Los intereses en la explotación común de los hidrocarburos antárticos se apoyarán en el antecedente existente en la región polar del Norte para la utilización de los recursos mineros de las islas Spitzberg o Spitzbergen, llamadas también Svalbard, nombre que aparece en las sagas islandesas del siglo XII y significa "costa helada" ("Geographica - El hombre y la tierra", t. VIII, p. 462). Agregado p. 5.

Estas islas rocosas, perdidas en el Océano Glacial Ártico, este archipiélago situado entre los paralelos 78°25' y 80°50' de latitud Norte y a la distancia de 1100 kilómetros del polo septentrional ("Europa - Esplendor y belleza del viejo continente", p. 32), ha sido objeto de un interesante régimen jurídico de cooperación en la investigación científica —que pudo ser modelo para el Tratado Antártico— y de explotación de recursos naturales, particularmente del carbón. El archipiélago, ubicado entre el cabo Norte y el polo Norte, está formado por varias islas, de las cuales las principales son las denominadas Barents, Edge, Tierra del Nordeste y Spitzberg Occidental, con una superficie de 62.406 km<sup>2</sup> y una población que oscila de 3000 a 4000 habitantes; su ciudad principal es Longyearbyen, de aproximadamente 1000 habitantes ("Europa", ob. y p. cit., 1ª edic., 1977). La corriente tibia del "Gulf Stream" protege sus costas occidentales produciendo un clima menos riguroso que el correspondiente a esa latitud y facilita, en tiempo de verano, la explotación de las minas de carbón que allí existen.

La soberanía sobre estas islas fue disputada en el siglo XVII por Holanda, Gran Bretaña, Dinamarca y Noruega a causa de las ballenas que se encontraban en sus aguas, y luego también en el siglo XIX y comienzos del siglo XX por Suecia y Rusia a causa de sus ricas minas de carbón.

Por el tratado celebrado en París el 9 de febrero de 1920, al tiempo de reconocerse la soberanía de Noruega sobre aquel archipiélago, se estableció en favor de los nacionales de los Estados contratantes la explotación de todos los recursos de las islas nombradas, incluidos los recursos minerales, que eran los que más interesaban, puesto que se quería el aprovechamiento del carbón. El tratado dispuso en su art. 3º que "Los ciudadanos de todas las Altas Partes Contratantes... pueden realizar allí sin impedimento cualquier operación marítima, industrial, minera o comercial con criterio de absoluta igualdad". El art. 5º del mismo tratado dispuso que "Noruega se compromete a dar para los territorios especificados en el artículo 1º disposiciones sobre minería, las cuales ...excluirán cualquier privilegio, monopolio o favor en beneficio del Estado o los ciudadanos de cualquiera de las Altas Partes Contratantes, incluyendo Noruega..."; el mismo artículo dispuso que el proyecto de esas disposiciones sobre minería, tres meses antes de la fecha fijada para entrar en vigencia, sería comunicado por el gobierno noruego a las otras partes contratantes, quienes podrían proponer modificaciones, las que serían examinadas y decididas por una comisión compuesta por representantes de todos los contratantes, la que resolvería por mayoría.

Conforme a ello, el gobierno noruego dictó un código minero (Disposiciones sobre minería) para Spitzbergen, sancionado por decreto real del 7 de agosto de 1923, en cuyo art. 2º se dispuso que: "(1) El derecho de búsqueda y adquisición y explotación de depósitos naturales de carbón, petróleo y otros minerales y rocas que son el objeto de la explotación de minas y canteras, sujeto a la observancia de los disposiciones

de este código minero y en iguales términos con respecto a tributos, perteneciendo por otra parte, además de Estado Noruega a: (a) Todos los ciudadanos de aquellos Estados que hayan ratificado o adherido al Tratado sobre Spitzbergen. (b) Compañías que estén domiciliadas y legalmente establecidas en cualquiera de dichos estados". Se estableció así un régimen de aprovechamiento compartido del carbón, que fue extraído por compañías noruegas y soviéticas, operando también una empresa anglorusa, pero la extracción de fosfatos no mereció interés; se incluyó también en este régimen la libertad de caza y pesca como igualmente la libertad de establecer y utilizar instalaciones radiotelegráficas. El art. 5º del tratado dispuso que "Las convenciones también concluirán estableciendo las condiciones bajo las cuales puedan realizarse investigaciones científicas en dichos territorios". Se estableció con ello, como se ha dicho, un verdadero laboratorio internacional; la libertad de trabajo científico, que habría de surgir como consecuencia de este tratado, puede considerarse un antecedente histórico del Tratado Antártico.

Esta convención sobre Spitzbergen fue firmada por Noruega, Estados Unidos de América, Dinamarca, Francia, Italia, Japón, Holanda, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Nueva Zelandia, Unión Sudafricana, India y Suecia; la Unión Soviética reconoció la soberanía noruega sobre ese archipiélago en 1924 y se adhirió al tratado en 1925; también Alemania se adhirió al tratado en 1925. El art. 10 de este convenio dispuso que "Terceras Potencias serán invitadas por el Gobierno de la República Francesa a adherirse al presente Tratado debidamente ratificado. Esta adhesión se efectuará por comunicación dirigida al Gobierno francés, el que se encargará de notificar a las otras Partes Contratantes".

Fueron, como puede advertirse, en número de quince los Estados que hasta el año 1925 eran partes de aquel tratado, lo que nos sugiere una comparación con la cantidad de los signatarios del Tratado Antártico que, como se sabe, fueron en número de doce (aquí los signatarios fueron trece).

El 14 de agosto de 1925 el gobierno de Noruega tomó posesión formal del archipiélago e izó su bandera en la población o establecimiento humano principal llamado Longyearbyen. Empero, sin desconocer que a partir de este tratado se impuso en dichas islas el imperio del derecho por el reconocimiento de un poder político —la soberanía noruega— y que se realizaron importantes trabajos de cartografía, geología, hidrografía, meteorología, se instalaron balizas, radiofaros y estaciones radioeléctricas, además de constituir un interesante aporte a la cooperación económica internacional y al uso compartido de los recursos naturales, se puede sostener que el caso no tuvo la importancia económica que se esperaba y que no fue muy grande la utilización que se hiciera de esos recursos. Prácticamente sólo se explotaron los yacimientos de carbón y únicamente por las compañías de Noruega y de la Unión Soviética (en las que se mezclaron algunos integrantes ingleses y holandeses). Durante la guerra mundial las explotaciones se suspendieron y al reanudarse, luego de la contienda armada, no se incrementaron como se esperaba; las informaciones señalan que en el año 1950, al cumplirse 25 años del izamiento de la bandera de Noruega en Spitzbergen con la plena vigencia del tratado que se comenta y a los 25 años de su celebración las compañías que explotaban el carbón de las islas eran en número menor que en el año 1925. Explotando la Unión Soviética los yacimien-

tos de Barentsburg y Gramantbyen y Noruega el de Longyearbyen produjo la primera 383.072 tn. en 1964 y la segunda obtuvo 454.365 tn. en 1965 (Enciclopedia Salvat Diccionario, t. 11, p. 3.074); en los últimos años esa producción carbonífera ha oscilado alrededor de las 700.000 toneladas anuales (Geographica, t. 1, p. 343, edición 1973). Puede encontrarse la explicación de esta disminución del aprovechamiento de este recurso natural en la pérdida del interés mundial por el carbón en razón de haber sido suplantado por el petróleo como material de propulsión de los buques. Pero los graves obstáculos que presenta la explotación de los hidrocarburos antárticos no existieron aquí; éstos lo son las controversias políticas y el gran problema de la contaminación ambiental. No se tienen noticias de que en las Spitzbergen se haya producido daño importante al medio ambiente, en atención a la naturaleza del recurso explotado. Es por ello que el régimen de estas islas no puede utilizarse como argumento de los que pretenden la explotación común de los hidrocarburos antárticos.

Por encima de las implicancias políticas que el asunto presenta, este habría de ser el gran problema que nos traería la explotación de los hidrocarburos de la Antártida: la contaminación del medio ambiente. La Antártida parece ser el único lugar del planeta que permanece ajeno a la contaminación ambiental y en donde se encuentran los mayores depósitos de agua potable. No existen hasta ahora elementos que puedan otorgar seguridades de que no habrá derrames de hidrocarburos o de que los residuos de su explotación no hayan de transmitirse a la fauna o contaminar las aguas. Y no puede admitirse que el derecho internacional consienta la producción de un daño de esta clase y que, como ocurre con los llamados delitos *juris gentium*, puede decirse que afecta a toda la humanidad.

La contaminación del medio ambiente está reñida con los que se pueden considerar como elementales principios de la vida de relación internacional, que han sido recogidos en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo desde el 5 al 16 de junio de 1972. En dicha declaración, entre otras cosas, se dice que "A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra; niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera" y que "Por ignorancia o indiferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar". Y entre los principios expresados en la declaración citada debe señalarse que "Principio 1. El hombre... tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras"; que "Principio 2. Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras" y que "Principio 24. Todos los países... deben ocuparse... de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar... para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados".

Por otra parte debe recordarse que esta pretendida explotación pe-

trolera no encuadra dentro de los objetivos del Tratado Antártico que están señalados en la parte inicial de ese tratado y que expresamente se refieren a la cooperación y libertad en la investigación científica y al uso exclusivo de la Antártida para fines pacíficos, lo que se traduce en las reglas del art. 2º del tratado (que dispone la libertad de investigación científica y la cooperación hacia ese fin) y de los artículos 1º (que prohíbe toda medida de carácter militar) y 5º (que prohíbe toda explotación nuclear y la eliminación de desechos radiactivos). Dicha explotación no se incluyó en el acuerdo que constituyó el Tratado Antártico, que debe interpretarse en forma restrictiva en cuanto a renuncia de poderes políticos puesto que las partes contratantes señalaron en dicho tratado que ninguna disposición del mismo se interpretará como una renuncia a sus derechos de soberanía territorial (art. 4º, inc. 1 a). Puede agregarse que esa explotación tampoco encuadra en el molde de lo que debe ser objeto de las reuniones consultivas del Tratado Antártico ya que si bien es verdad que en el art. 9º del tratado se dispone que dichas consultas mutuas versarán "sobre asuntos de interés común relacionados con la Antártida" no se puede negar que, de acuerdo a lo convenido, esos asuntos no pueden exceder del marco de los objetivos del Tratado Antártico.

Trasladadas al ámbito de las reuniones consultivas del Tratado Antártico las pretensiones de utilización común de los hidrocarburos no han tenido éxito hasta hoy. Sucesivas reuniones consultivas se han limitado a considerar el caso, a recibir informaciones y a postergar su decisión para la reunión siguiente. Así ocurrió en la Octava, Novena y Décima reunión. En ellas han luchado las aspiraciones económicas contra las científicas, el interés que algunos estadistas consideran primordial (el aprovechamiento del petróleo) contra el interés que muchos naturalistas consideran más importante (la conservación del medio ambiente).

En la Recomendación XI-1 de la Décima Reunión Consultiva, correspondiente al punto 5 del temario de esa reunión que lleva el título de "Recomendación sobre los recursos antárticos - La cuestión de la exploración y explotación de minerales" se dijo a los gobiernos que deberían "celebrar una reunión con anterioridad a la Undécima Reunión Consultiva, preferiblemente durante el primer semestre de 1980, para considerar un régimen para los recursos minerales antárticos en cuanto atañe a sus aspectos ecológicos, políticos, tecnológicos, jurídicos y de otra índole" (punto 3.iii).

En la última reunión consultiva anterior a este trabajo, Reunión Undécima que se celebró en Buenos Aires en junio de 1981, se aprobó la Recomendación XI-1 titulada "Recursos minerales antárticos" donde se recomienda a los gobiernos que "2. Se adopte con carácter urgente, un régimen sobre recursos minerales antárticos" y que "3. Se convoque a una Reunión Consultiva Especial para: a) elaborar un régimen"; pero se dispone también que "3. El régimen deberá basarse en los principios siguientes: ...c) la protección del singular ambiente antártico y de sus ecosistemas dependientes deberá ser una consideración primordial; d) al tratar la cuestión de los recursos minerales antárticos las Partes Consultivas no deben perjudicar los intereses de toda la humanidad en la Antártida; e) las disposiciones del Artículo 4º del Tratado no deben ser afectadas por el régimen. Deberá asegurar que los principios contenidos en el Artículo 4º queden salvaguardados en la aplicación a la zona cubierta por el Tratado Antártico. 6. Cualquier acuerdo que pueda

alcanzarse sobre un régimen para la exploración y explotación de minerales en la Antártida elaborado por las Partes Consultivas deberá ser aceptable y ser sin perjuicio de aquellos Estados que han hecho valer precedentemente derechos de soberanía territorial o reclamaciones territoriales en la Antártida como también de aquellos Estados que no reconocen tales derechos o reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida ni bajo las disposiciones del Tratado Antártico hacen valer tales derechos o reclamaciones".

Es interesante recordar que el art. IV (5 4º) del Tratado Antártico dispuso que "1. Ninguna disposición del presente se interpretará: (a) como una renuncia, por cualquiera de las Partes Contratantes, a sus derechos de soberanía territorial o a las reclamaciones territoriales en la Antártida, que hubiere hecho valer precedentemente; (b) como una renuncia o menoscabo, por cualquiera de las Partes Contratantes, a cualquier fundamento de reclamación de soberanía territorial en la Antártida que pudiera tener, ya sea como resultado de sus actividades o de las de sus nacionales en la Antártida, o por cualquier otro motivo; (c) como perjudicial a la posición de cualquiera de las Partes Contratantes, en lo concerniente a su reconocimiento o no reconocimiento del derecho de soberanía territorial, de una reclamación o de un fundamento de reclamación de soberanía territorial de cualquier otro Estado en la Antártida".

En la mencionada Recomendación XI-1 se agrega que "7. El régimen deberá tener asimismo I. incluir medios para: ...c) regir los aspectos ecológicos, tecnológicos, políticos, legales y económicos de esas actividades en los casos en que sean consideradas aceptables, incluyendo: —el establecimiento, como parte importante del régimen, de normas relativas a la protección del medio ambiente antártico; y —el requisito de que las actividades relativas a recursos minerales desarrolladas conforme al régimen se ajusten a dichas normas".

Se ha recomendado que se adopte "un régimen sobre recursos minerales antárticos" y que se "convoque una Reunión Consultiva Especial" para elaborarlo, recomendación que, para tener vigencia, debe ser aprobada por todas las partes contratantes que participaran en las reuniones consultivas (art. IX, inc. 4 del Tratado Antártico) y que, por otro lado, no prejuzga adoptar la explotación común de esos recursos.

Hay que suponer sin embargo que las pretensiones de las grandes potencias interesadas en la explotación del petróleo no habrán de ser abandonadas. Y el régimen de las islas Spitzbergen acaso sea tomado como modelo no obstante la notoria diferencia del recurso en cuestión. Pero si en alguna región ha de aplicarse un régimen de explotación común de los hidrocarburos no debería ser en la Antártida.

*Domingo Sebastián Lichtschein*

Para una explicación general de los problemas de la Antártida y de la explotación de sus recursos petrolíferos, el autor se remite a su libro "Problemas argentinos de soberanía territorial", segundo edición actualizada, capítulo I, y a su trabajo titulado "Nuestra Argentina ante el problema de la explotación de los recursos petrolíferos de la Antártida" (Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación, N° 108, año 1982).

Agregado a p. 1: algunos llaman Svalbard al conjunto que forman las Spitzbergen y las denominadas Isla Blanca (Kvit Oy), Tierra del Rey Carlos, Hopen e Isla de los Osos.

## EL REGIMEN JURIDICO DE LOS HIDROCARBUROS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL

Dr. Juan Antonio Travieso

### I. Introducción

El progreso técnico trae aparejado un desarrollo de conceptos necesarios para la utilización de sus beneficios. El derecho como técnica social específica debe regular las cuestiones que fundamentan aquel postulado en el que la existencia del derecho es posterior a la sociedad. Hoy un nuevo postulado anticipa la existencia de la técnica al derecho. La norma jurídica, de esta forma, se extiende a campos que hace cien años no se imaginaban.

En la Tierra se prolongan los ámbitos regulados; en el espacio ultraterrestre también llega a la acción del hombre con su derecho. Es que "el hombre, en una medida creciente es un ser técnico" (1).

Desde René Valin, en 1870 comienza la idea de extensión de la soberanía del Estado ribereño en las tierras sumergidas, en la plataforma continental. En poco más de 100 años ha hecho irrupción una nueva institución jurídica de la mano del progreso de la técnica. Las figuras de Storni y José León Suárez se proyectan en nuestra Argentina desde las primeras décadas del siglo XX y se hacen actuales a la luz de la Convención de Ginebra de 1958 y de los esfuerzos de la III Conferencia sobre Derechos del Mar reunida desde 1973 hasta la fecha.

En el marco regional americano, E.E.UU., desde 1945 reivindica derechos en su plataforma continental, mientras otros Estados de América incorporan en sus constituciones pretensiones sobre el área (Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela).

La Argentina desde 1943 (Decreto 1886/43) extiende su soberanía sobre "el mar epicontinental"; sobre "el zócalo continental argentino" (Ley 14.708/46); sobre "la plataforma submarina" (Ley 14.773/58) y sobre el "lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio..." (Ley 17.084/67). Por encima de esa diversidad terminológica es clara la intención de someter la plataforma continental a la soberanía argentina.

Este hombre eminentemente técnico que extiende los horizontes y que utiliza el derecho necesita de la energía como base de sus proyectos. Es que "en la era industrial la energía es la sangre que da vida al sistema económico" (2), y así en la década del setenta la demanda mundial de energía casi se duplicó.

En ese orden de ideas, el petróleo tiene una importancia fundamental. En E.E.U.U. este hidrocarburo representa el 50% del consumo energético; en Europa Occidental el 60% y en Japón el 70%. Esa circunstancia lleva a afirmar que "el petróleo no es un lujo para Occidente sino una necesidad", y que "la economía industrial de Occidente en su totalidad depende actualmente del petróleo" (\*). Recordemos también la crisis mundial de 1984 producida por el alza de los precios del petróleo, con sus repercusiones políticas y económicas.

Por las razones expuestas la conformación de las normas internacionales sobre plataforma continental están en buena medida vinculadas con el petróleo pues no sólo el poderío económico sino también el militar están en el mundo contemporáneo supeditados a este combustible.

En la Argentina, según el "Programa Energético 1980/2000" de la Secretaría de Estado de Energía, la energía proveniente de los hidrocarburos (gas y petróleo) representa el 82,5% del flujo energético total. En las mismas estadísticas, la energía hidroeléctrica representa un 10,19% y la nuclear un 1,26% del flujo energético total.

En el "Programa" citado se prevé que entre 1980 y el año 2000 la participación del petróleo en la producción de energía deberá ser del 40%, cubriéndose el resto con gas, energía nuclear e hidroelectricidad. Este plan está de acuerdo con las perspectivas de agotamiento en cuyo caso debemos tener presente que también la energía solar integrará el combustible de los procesos industriales del siglo XXI.

## II. Legislación Nacional sobre Hidrocarburos en la Plataforma Continental

Con el encuadre indicado podemos ahora iniciar el examen normativo argentino relativo a esta cuestión. En el plano legislativo nacional, en la ley 14.713/58 se establece por primera vez que "los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables del Estado Nacional" (art. 1).

Si bien en la ley no se define el significado de la plataforma, su concepto puede extraerse de las normas anteriormente dictadas (Ley 14.708/46) dado el sometimiento del área a la soberanía nacional. Asimismo, en 1967 se promulgó la ley 17.094 cuya art. 2º coincide con el art. 1º de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental que la Argentina no ha ratificado. En la Ley 17.094, con precisión terminológica se extiende la soberanía al "lecho del mar y al subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de 200 metros o más allá de ese límite hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas. Allí se combina el criterio batimétrico con el de la explotabilidad.

En ese mismo año, coherentemente con la ley antes comentada, se promulga la Ley de Hidrocarburos 17.318. En el mensaje de esas normas se expone el objetivo de "eficiente aprovechamiento de los yacimientos de hidrocarburos ubicados en el territorio de la República y en su plataforma continental". En el art. 1º de la ley citada se prescribe que "Los

yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional".

Se puede advertir el adelanto en materia terminológica. Ya no se habla de "plataforma submarina" como en la Ley 14.772, sino de "plataforma continental".

El concepto normativo se extiende en el art. 10 de la Ley 17.319 cuando se indica que: "A los fines de la exploración y explotación de hidrocarburos del territorio de la República y de su plataforma continental quedan establecidas las siguientes categorías de zonas". También, el art. 14 establece que "cualquier persona civilmente capaz puede hacer reconocimientos superficiales en busca de hidrocarburos en el territorio de la República, incluyendo su plataforma continental sometiendo ese derecho a la autorización de la Autoridad de Aplicación (Secretaría de Estado de Energía y Minería - Art. 97). También es necesario mencionar el art. 23 que regula los plazos de permisos de exploración, en cuyo caso "para las exploraciones en la plataforma continental cada uno de los períodos del plazo básico podrán incrementarse en un año".

Algunos autores observan que "la Ley habla del territorio del país y de su plataforma continental, con cierta imprecisión terminológica, mediante la cual se persigue someter a la jurisdicción nacional los yacimientos de nuestro mar, en las condiciones que las circunstancias indiquen como favorables aún cuando nuestra legislación de soberanía sobre el mar no favorezca en la medida necesaria las pretensiones del Poder Ejecutivo" (\*).

Estimo que la observación no sería procedente a la luz de la Ley 17.094 dado que la plataforma continental está sometida a la soberanía nacional (\*). Por otra parte, lo dispuesto en la Ley 17.094 no hace otra cosa que repetir el concepto previsto en la Convención de Ginebra de 1958. A mayor abundamiento, el ejercicio de jurisdicciones en la plataforma continental dentro de la Ley 17.319 se entiende específicamente a los efectos de la exploración y explotación, lo que implica un enfoque distinto en materia de ejercicio jurisdiccional. Es preciso observar que en el plano legislativo y doctrinario en muchos casos se confunden los regímenes de la plataforma continental con los de sus aguas suprayacentes.

Haciendo un balance general de esta Ley de Hidrocarburos en el tema que nos ocupa, se puede afirmar que los derechos de la Argentina en la plataforma continental están suficientemente normados. Por supuesto que la ley no es auto-suficiente pues no prevé la extensión de la plataforma continental, pero ello es razonable dada la Ley 17.094 que prevé su posible extensión (criterio batimétrico y de explotabilidad).

También para la exploración y explotación de hidrocarburos se ha legislado sobre los llamados "contratos de riesgo" mediante la Ley 21.778/78, la que interesa examinar para este trabajo. En efecto, en el mensaje de la ley se remarca la importancia de "el descubrimiento y desarrollo de los yacimientos que probablemente esconde nuestra plataforma continental" y se aclara que esa situación "se nos presenta como un verdadero desafío al cual debemos responder, si no queremos ver comprometido seriamente el futuro energético del país".

A pesar del objetivo del mensaje, en el articulado de la Ley 21.778 no se insiste en el concepto de plataforma continental, institución que a

pesar de las distintas apreciaciones científicas, tiene bases geomorfológicas, jurídicas, políticas y económicas. Así entonces, en el art. 8º de la norma citada, en las obligaciones de las empresas contratistas se indica que: "En las operaciones que se cumplan en el mar..., las empresas contratistas deberán adoptar los recaudos necesarios para evitar la contaminación de las aguas y de las costas adyacentes" (inciso f).

Si bien la tarea se cumple en el mar y las consecuencias de la actividad se producen en el medio marítimo, el objeto es la exploración y explotación de la plataforma continental, prolongación del territorio. Una redacción más feliz debía considerar que en las operaciones que se cumplen en la plataforma continental se deberá evitar la contaminación de sus aguas suprayacentes.

La observación apuntada podría ser tildada de intrascendente si no se corroborara con la repetición de la misma idea en el art. 9º, inc. c) y e) de la Ley. De este modo, el art. 9º, inc. c) prescribe que: "(Los plazos para la ejecución de las tareas de exploración... no podrán excederse de 7 años cuando deban cumplirse en el mar..." y el inciso e) del mismo artículo se refiere a que "en el Supuesto de producirse el hallazgo de un yacimiento de gas en el mar..."

Nuevamente se confunde el vehículo (el mar) con el lugar y objeto específico de las tareas que es la plataforma continental. Cabe agregar que con estas imprecisiones también se conspira contra la extensión del derecho de la Argentina sobre su plataforma continental, pues la palabra "mar" se podría interpretar una auto-limitación a sólo las 200 millas del mar territorial, situación a todas luces arbitraria ante el art. 3º de la Ley 17.094.

### III. Reflexiones sobre la situación en el Derecho Internacional

Corresponde ahora un breve análisis sobre el derecho internacional atinente. En ese aspecto, creo que en el estado actual de las normas internacionales, los derechos del Estado ribereño sobre la exploración y explotación de los recursos en la plataforma continental son incontrovertibles. Las normas de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental en casi 25 años se han extendido en el mundo, por encima de sus ratificaciones.

Esas normas de Ginebra, desde 1973 hasta la fecha están siendo revisadas por medio de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, la que con fecha 30 de abril de 1982 adoptó un texto sobre el que se prevé en trabajo del Comité de Redacción del 12 de julio al 20 de agosto de 1982 (según Working Paper Nº 1 del 7-6-82). El texto fue adoptado por 130 votos a favor, 4 en contra y 17 abstenciones. Votaron en contra E.E.U.U., Venezuela, Turquía e Israel; se abstuvieron U.R.S.S., Ucrania, Checoslovaquia, R. D. Alemania, Hungría, Bulgaria, Bielorrusia, Polonia, Bélgica, Italia, España, Reino Unido, Tailandia, Luxemburgo, Mongolia, R. F. Alemania, y Países Bajos. La Argentina votó a favor.

Es difícil prever el futuro, pero es lógico inferir que aún queda largo camino por recorrer para su entrada en vigor. Entre las abstenciones votos en contra, se incluye un sector de gran peso en las relaciones internacionales, muy a pesar de los 130 votos a favor. Si esta situación

presenta en el proceso de adopción del texto es fácil suponer que las dificultades aumentarán en los próximos pasos para su entrada en vigor.

Pero, como una de las características del hombre es la de preocuparse del futuro, considero de interés revisar someramente la cuestión.

Es difícil hoy negar el derecho del Estado ribereño sobre su plataforma continental, pero la cuestión estriba en su extensión especialmente considerando que la institución del patrimonio común de la humanidad en los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional, presiona para consolidar sus derechos sobre minerales, sustancias e hidrocarburos (art. 133, inc. 1). Es necesario especificar que la zona que abarca esa institución fascinante y novedosa se extiende más allá de la Plataforma Continental y fuera de las jurisdicciones nacionales (\*).

Entonces, recurrimos al art. 76 (W. P. N° 1) que combina la geomorfología con la distancia para la definición de la plataforma continental: "hasta el borde exterior del margen continental; o bien hasta una distancia de 200 millas marinas... en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia".

En ese mismo artículo del texto adoptado se define el margen continental y se fijan las condiciones para el establecimiento del borde exterior, con distintas alternativas (ver art. 76, inc. 3, 4 a), 4, ii, b y 5).

Conviene a esta altura recordar lo expresado por Ernesto de la Guardia en lo que respecta a nuestro interés nacional: "Esta complicada fórmula (combinación del criterio geomorfológico con distancias y profundidades arbitrarias) produce el resultado de reconocer por lo que hace a la Argentina la totalidad de la extensión máxima de la Plataforma llevada hasta el borde exterior del margen continental, es decir duplicando la extensión demarcada por el límite convencional dado por la isobata de 200 metros" (\*).

Coincido con este punto de vista al contemplarse la realidad de nuestra plataforma continental, pero esta situación se contraponen en los hechos con la concesión que se realiza en el art. 82 del texto adoptado: "Pagos y contribuciones respecto a la explotación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Es decir que se contempla nuestro interés y realidad, pero hasta las 200 millas marinas, pues luego de esa distancia comienza un régimen de coparticipación que luego del 6° año de explotación va del 1% del producido incrementándose cada año en igual porcentaje y manteniéndose en el 7% luego del año duodécimo (art. 82, inc. 3). Cabe agregar un detalle importante para la Argentina pues se prevé que los Estados en desarrollo que sean importadores netos no estarán sujetos al pago indicado, lo que constituye "una muy importante salvaguardia" (\*).

De todos modos, el pago de las participaciones está sujeto a muchas condiciones, tales como la explotación más allá de las 200 millas; el logro de nuestro autoabastecimiento en hidrocarburos, y además que los Estados dueños de las tecnologías más avanzadas lo acepten, y por supuesto que entre en vigor el futuro tratado y que la Argentina lo ratifique.

Estimo que hasta que se produzcan las situaciones anotadas, la Argentina tiene las normas de la Ley 17.694 que en el concepto general de plataforma continental son copia textual de la Convención de Ginebra de 1958 que verdaderamente ha cristalizado en un instrumento multila-

teral una serie de normas que se han consolidado desde la Proclama Truman de 1945 (1). Más aún, cumpliéndose todas las condiciones antes señaladas, la Argentina quedaría con el 93% de su producido y el porcentaje del 7% se afecta a fines que constituyen un ejercicio de los principios de solidaridad que deben informar al nuevo derecho internacional.

En ese orden de ideas, corresponde una reflexión sobre los procesos de profundos cambios en el Derecho Internacional, especialmente en las instituciones que presionan, los intereses diversos de los Estados sin litoral, los geográficamente desaventajados, los desarrollados y los subdesarrollados. Estoy de acuerdo con que: "ese proceso ha de verificarse en forma evolutiva y no revolucionaria, a través de negociaciones que serán sin duda prolongadas pero que habrán de conducir a una comprensión recíproca y creciente de las necesidades y problemas de cada una. En otras palabras, ese proceso habrá de desarrollarse de conformidad con el derecho internacional, que como todo ordenamiento jurídico está destinado a preservar el orden en el cambio y asegurar el cambio en el orden" (2).

#### IV. Bases para la acción

Para preservar el "orden en el cambio y asegurar el cambio en el orden", Argentina debe precisar en su legislación sus derechos en la plataforma continental. Tratándose de una terminología internacionalmente unificada y de índole técnica, es preciso conceder valor a los términos empleados. Recordemos la confusión que cita Dann (3) de aquella persona que a su bodega la llamaba biblioteca, en cuyo caso sólo los que accedían esa semántica podían conocer el alcance de la palabra.

Asimismo, es preciso combinar la tarea con economistas que por medio de los estudios prospectivos necesarios estudian las necesidades, planes y proyectos del país. De esos análisis, el jurista debe nutrirse para encarar los cambios que exige el futuro.

Además se debe coordinar con el político que es el que domina la acción y coordina la teoría con la práctica. Recordamos lo que decía el maestro Leonardo: "La teoría es el capitano e la practica sono i soldati".

Allí entonces encontraremos al jurista que con su labor no debe demoler sino construir pautas con continuidad y paciencia, coordinando el interés nacional con el internacional. De esa forma evitará lo que sucedió "cuando el pueblo hebreo en el Sinaí no quiso esperar la ley divina, construyó en su impaciencia un vellocino de oro, consiguiendo de esta suerte que se hicieran pedazos las Tablas de la Ley" (4).

#### CITAS

(1) Ortega y Gasset, "El mito del hombre atlante la técnica", Revista de Occidente - Colección El Arquero - 1974.

(2) Nixon R. M. "La verdadera guerra...", pág. 87. Edita. Planeta, Barcelona. 1969.

(3) Nixon, R. M. *Ibidem* pág. 1112/118.

(\*) Figretti, Eduardo A. "El nuevo Régimen legal de los hidrocarburos líquidos y gaseosos", ADLA XXVII-B, pág. 1486.

(\*) Rey Caro, Ernesto. "Argentina y los aspectos actuales del Derecho del Mar" en Estudios de Derecho Internacional - Córdoba, 1982. Ver también "Piratería de Armas, Frida, "Argentina y el Derecho del Mar" en "El derecho del Mar en evolución..." compilado por Ralph Zaklin, pág. 278; Fondo de Cultura Económica, México.

(\*) Travieso, Juan Antonio. "El patrimonio común de la humanidad en el nuevo orden internacional", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1981 - II.

(\*) Ernesto de la Guardia, "La Argentina y la Conferencia sobre el Derecho del Mar" - Boletín del Centro Naval N° 738, pág. 341.

(\*) Ernesto de la Guardia - Ibidem.

(\*) Ruda, José M. "Convenciones sobre los Derechos del Mar", Revista Lecciones y Ensayos N° 21-22, pág. 183.

(\*) Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Contribución de América Latina al Derecho Internacional Contemporáneo" en Simposio Los Cambios en la sociedad Latinoamericana, Ibero - Club Bonn - Enero 1980.

(\*) Danz, E. "La interpretación de los negocios jurídicos", Madrid, 1984.

(\*) Savigny, "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", Edueval, Valparaíso, pág. 122, año 1978.



## LA CIENCIA POLITICA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Jorge A. Aja Espil

Durante la segunda semana del mes de agosto tuvo lugar, en Río de Janeiro, la realización del XII Congreso Mundial de Ciencia Política, organizado por la Asociación Internacional de Ciencia Política. Nacida ésta en el año 1949, con el patrocinio de la UNESCO y con el carácter de "organización internacional no gubernamental", tiene por finalidad promover los estudios de ciencia política en el ámbito internacional.

Desde que se celebró el primer congreso mundial en París, se viene repitiendo el acontecimiento cada tres años y el acasado ahora, en Río de Janeiro, es el primero celebrado en un país de los llamados en desarrollo.

El acto fue abierto por el Presidente del Brasil, Joao Figueredo, quien en su discurso elogió la labor del científico político, calificándolo como verdadero maestro de la democracia, y expresó su esperanza de que el suceso lograra una positiva contribución para ayudar a vencer, dentro de un régimen de libertad y justicia, las dificultades que en el mundo actual enfrentan tanto gobernantes como gobernados.

### La influencia de la Ciencia Política en la vida política

Respondiendo a un cierto escepticismo sobre la eficacia de la Ciencia Política en la conducción de las crisis en la búsqueda de soluciones a los problemas políticos prácticos, el profesor Karl Deutsch, titular de la cátedra de La Paz Internacional de la Universidad de Harvard, dio una explicación ingeniosa sobre lo que denominó relación "médico-paciente", como paralela a la relación "científico político-hombre político". Al señalar que los gobernantes no están obligados a seguir los consejos de aquellos especialistas conocidos comúnmente como politicólogos, el Profesor Deutsch recordó a la audiencia que fumar es peligroso y, sin embargo, mucha gente continúa haciéndolo aunque sabe que el médico está en lo cierto cuando lo prohíbe. Felizmente, así como cada día avanza más la influencia de la medicina sobre el profano, también el politicólogo de cabecera, es decir el científico político, es requerido para guiar al "homo politicus" —en traducción poco académica, el dirigente político—, anticipándole las reacciones de la vida colectiva.

Nada más habría que decir para poner de relieve la importancia que Deutsch da a esta especialidad científica pero, para completar el pensamiento de éste, vale la pena agregar un par de precisiones. La primera, según Deutsch, consiste en las graves consecuencias a que puede llevar el prescindir de los sabios consejos de los cultores de la ciencia política, tal cual se puso de manifiesto en la ocasión en que el Presidente Nixon decidió llevar adelante la guerra de Vietnam, contra la abierta opinión del ochenta por ciento de los especialistas miembros de la Asociación de Ciencia Política de los Estados Unidos. Y la segunda, en que así como hay un dicho que advierte que los médicos pueden enterrar sus errores, lo mismo puede decirse de los politólogos cuando aconsejan equivocadamente. Solo que, fatalmente, en este último caso se necesitarán cementerios mucho mayores cuando erran el camino verdadero.

### A la búsqueda de un nuevo orden internacional

Fue éste uno de los temas prioritarios en el referido Congreso. Su tratamiento se hizo sobre la base de un trabajo presentado por los profesores Helio Jaguaribe y Richard Merritt, cuyo título, idéntico a la proposición, indica bien a las claras el dilema con que se enfrentan los politólogos en el campo de las relaciones internacionales. Por un lado, buscar definir las transformaciones fundamentales por las que está pasando el mundo contemporáneo, y, por el otro, procurar configurar un nuevo orden internacional, inspirado en la solidaridad y dirigido a lograr la cooperación para el desarrollo de los países enmarcados en el esquema Norte-Sur.

Los estudiosos de la Ciencia Política encuentran mucha similitud entre el actual sistema internacional y el que regía en las sociedades nacionales inmediatamente después de la revolución industrial. Desde que ambos sistemas enfrentaron iguales problemas, derivados de la desigualdad social y política y de la concentración económica, también análogos deberían ser los diagnósticos así como las terapéuticas aplicables.

Los mencionados profesores hacen girar la problemática de este tema en torno de la llamada "asimetría internacional", a la que culpan de la creciente inestabilidad del mundo actual. Las cada día mayores desigualdades, tanto en el campo político como en el económico, que caracterizan el escenario internacional, originan nuevas formas de dependencia sustitutivas del antiguo colonialismo. En otras palabras, se ha reemplazado la política económica colonial por la política de influencia colonial, la que busca imponer, incluso, un nuevo estilo de vida a los países en desarrollo.

Diseñar, pues, nuevas relaciones simétricas entre los Estados significa tanto como operar una transformación en las raíces mismas del sistema internacional, lo que inevitablemente traería aparejado un peligro para la paz y la seguridad, edificadas sobre el andamiaje impuesto por las grandes potencias en la Carta de las Naciones Unidas.

En la formulación de nuevos modelos, que enfrenten las crecientes asimetrías entre las naciones ricas del Norte y las pobres del Sur, el debate se orientó a dos vertientes diferentes: al "nuevo orden económico internacional" y al "nuevo orden internacional de información".

No resisto la tentación de recordar los pensamientos, en voz alta,

de mis dos vecinos en el auditorio de la conferencia. El de la derecha, un politicólogo español de rancia inspiración histórica, musitó: "nada nuevo bajo el sol...; ya Felipe V, en 1720, impuso el llamado "nuevo régimen económico", con el sistema de buques de registro que podían comerciar libremente con puertos a su elección...". A su vez, el de la izquierda, un barbudo irlandés, quizá sociólogo de la literatura, susurró: "la expresión nuevo orden tiene viejo cuño y no siempre estuvo en la boca de algún estadista o de un dictador...; fue el bardo Alfred Lord Tennyson uno de los primeros en utilizarla: "the old order changeth yielding place to new".

### El neo-mercantilismo y el neo-liberalismo

El agitado cambio de ideas sobre el "nuevo orden económico internacional", señalado como el camino sin escollos para el logro de una paz estable y próspera de las naciones, sirvió para la presentación de una tesis de la que es autor el Profesor Harold Jacobson, de la Universidad de Michigan. Descreído sobre las bondades del nuevo orden, este politicólogo norteamericano apunta al posible retrocedimiento de una economía internacional, egoísta y cruel, que sólo contemple los beneficios de los países industrializados, sin tener en cuenta conceptos de solidaridad y bienestar.

El viejo capitalismo de la libre competencia, ha ido cediendo paso a nuevas formas de imperialismo que restringen la libertad de movimiento de los países emergentes y aquí ubica Jacobson la tendencia que denomina "neo-mercantilismo", en contraposición al liberalismo. Según este profesor de Michigan, la economía internacional tiende a fragmentarse en bloques más o menos independientes unos de otros, en cada uno de los cuales se insertarían países periféricos —o sea países en desarrollo— vinculados a un país central que no sería otro que la potencia regional más próxima. En este esquema geopolítico, cada bloque regional estaría organizado de modo tal que garantizara la seguridad económica y militar de los países periféricos, aunque condenando a éstos a la tradicional permuta de sus materias primas por los productos industrializados.

Debe señalarse que la orientación bloquista, que tuvo gran auge a partir de la postguerra, siempre se apoyó en organizaciones de tipo mafioso, asentadas sobre unidades políticas constituidas a nivel continental y con objetivos económicos y militares. De aquí que el desarrollo que hace el profesor Jacobson no parece novedoso, pero en todo caso sí una buena hipótesis de trabajo.

Avanzando en la línea del "neo-mercantilismo", otro participante en el Congreso, el Profesor Jeff Frieden del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Columbia, diseñó el siguiente cuadro de posibles bloques: Europa Occidental, abarcando África y una parte del Sudeste Asiático; Japón, englobando Formosa, Corea y China; Estados Unidos, extendiendo su órbita al Canadá, México, Venezuela, América Central y el Caribe. Como puede apreciarse, el interrogante quedaría para el resto de América del Sur y la India.

La alternativa para este nuevo orden internacional, según el Profesor Jacobson, estaría en el perfeccionamiento del "actual orden interna-

cional", orientándolo a un "neo-liberalismo" volcado a una integración universal con salvaguardias para los intereses nacionales.

### **La solidaridad latinoamericana y la retórica**

En el panel dedicado a las relaciones internacionales en América Latina, atrajo la atención de la concurrencia el ex Canciller chileno Gabriel Valdés, quien bregó por una solidaridad latinoamericana no exclusivamente retórica. Como ejemplo de una acción concreta, sugirió que Argentina, Brasil y México, cuyas obligaciones con el exterior andan por las alturas de los 200.000 millones de dólares, formasen un frente común para exigir, en conjunto, la renegociación de sus deudas externas.

"¿Por qué sería un absurdo formar un club de deudores, si existe un club de acreedores de París?", se preguntó el ex Canciller, agregando que se lograría un cartel con un poder de negociación superior al de la OPEP. Según aquel, se está frente a un problema estructural de la economía mundial que podría ser discutido, conjuntamente, entre los acreedores que están siempre unidos y los deudores que están siempre desunidos. Al fin y al cabo, los centros financieros que han cercado a los países en desarrollo fuertemente endeudados, también están envueltos en el problema que asedia a éstos, lo que prueba que hay intereses comunes entre acreedores y deudores.

Aunque la tesis expuesta por el ex Canciller chileno no es de su autoría, ya que tuvo anteriores patronos como el ex presidente de México, Luis Echeverría, y el ex presidente de Venezuela, Andrés Pérez, es quizá la primera vez que se desarrolla en forma articulada y en un congreso de estudiosos de la Política.

Considerando que América Latina tiene las más ricas posibilidades aún frente a los protagonistas mayores, Valdés propuso una unión de los países latinoamericanos para todos los fines, inclusive para la fabricación de equipos militares cuyo objetivo sería garantizar la autonomía de la región.

Como contraste, el colombiano Fernando Cereda Ulloa arrojó una nota de pesimismo sobre los planes de fortalecimiento para la región latinoamericana, analizando lo que llamó el fracaso del Grupo Andino y que atribuyó a una falta de tradición de pensamiento político orientado a las relaciones internacionales.

En este panel latinoamericano no faltó, naturalmente, la disonancia de algún político, es decir lo contrario de un politólogo, cuya excesiva elocuencia probó como Latinoamérica continúa inmersa en una falsa retórica.

### **La guerra de las Malvinas**

Fue éste un tema que despertó especial interés y que se mantuvo latente en las motivaciones de los participantes. El propio presidente del XII Congreso Mundial, el prestigioso profesor brasileño Cândido Mendes, denunció en términos severos lo que llamó la mistificación del diálogo Norte-Sur a partir de la crisis de las Malvinas.

También el profesor Celso Lafer, bien conocido y buen conocedor de nuestro país, lo abordó desde el ángulo de la diplomacia brasileña. Sostuvo que después de la crisis se ha producido una momentánea y particular forma de paz en el Atlántico Sur. Paz, porque tiene como nota típica la ausencia de guerra; inestable, porque no resulta de una confianza recíproca; vulnerable, porque la controversia está agravada por la alineación de los Estados Unidos con la Gran Bretaña.

En cuanto a la dirección de la diplomacia brasileña, en ocasión del conflicto, Lafer señaló que fue una feliz combinación de la "ratio" de la moderación con la "voluntas" de la transformación. En efecto, por una parte, en un esfuerzo diplomático de pacificación, Itamarati no entró a examinar con óptica severa la calificación jurídica del uso de la fuerza hecha por la Argentina; y por otra, buscó circunscribir los efectos negativos que el conflicto creaba a través de las sanciones económicas, porque éstas eran medidas que no sólo afectaban a aquel país sino que eran contrarias a los intereses de Brasil y América Latina, alcanzando también al Tercer Mundo en cuanto significan un grave precedente para la relación Norte-Sur.

A guisa de colofón, diré que el encuentro de cerca de dos mil políticos en el corto plazo de una semana, quedará más como un espectáculo cultural que como un suceso académico. Empero, el tratamiento abierto de problemas acuciantes de nuestro mundo contemporáneo y el intercambio de experiencias nacionales, hacen del XII Congreso Mundial de Ciencia Política una verdadera levadura intelectual que permitirá valorar las reivindicaciones de una sociedad dinámica frente a un Estado anquilosado.



**CONFLICTO ENTRE TRATADO Y LEY POSTERIOR CONTRARIA.  
LA POSICION DE LOS ESTADOS INTEGRANTES DE LA COMUNIDAD  
ECONOMICA EUROPEA**

**Dr. Roberto M. Malkasian**

**Introducción**

La cuestión que aquí se analizará forma parte de un tema clásicamente conflictivo del derecho internacional: las relaciones existentes entre éste y el derecho interno de cada Estado.

El problema, a nivel teórico, ha sido enmarcado por dos puntos de vista opuestos conocidos en doctrina como "monismo" y "dualismo", que se diferencian entre sí, básicamente, según se entienda que entre el derecho internacional y el derecho interno existe o no relación sistemática alguna.

En este breve estudio, se ha optado por circunscribir el conflicto en el caso sobre el cual más evidente se hace la tensión entre el problema de la jerarquía de las normas y el principio de la preeminencia de la norma posterior sobre la anterior. Tal es la situación de una ley cuyas disposiciones contradicen las de un tratado adoptado con anterioridad a aquella.

Se ha limitado también el ámbito geográfico del análisis al de los Estados que conforman la Comunidad Económica Europea porque ofrecen en sus respectivas constituciones una variada gama de reglas acerca de esta cuestión, y porque tanto el derecho que surgió de las disposiciones del Tratado de Roma de 1957 como el derivado de éste, sirvió de catalizador para que las partes del tratado precisaran el alcance de sus cláusulas constitucionales pertinentes y determinaran o completaran jurisprudencialmente la interpretación de las mismas.

Previamente, y a efectos de facilitar la eventual comparación que se desee efectuar respecto del sistema argentino, resulta útil recordar que la Constitución de la República establece en su artículo 87, inc. 19) que corresponde al Congreso "aprobar o desechar los tratados con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica..." Ello implica la necesidad de la sanción de una ley de aprobación que permitirá efectuar al Poder Ejecutivo los pasos necesarios para demostrar internacionalmente que se ha cumplido con el requisito de la ratificación.

En cuanto al problema de la jerarquía, la Corte Suprema de la Nación no efectúa distinción alguna entre tratado y ley, sino que considera a am-

bos "ley suprema de la Nación", sosteniendo que "no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno..." ('). En consecuencia, en caso de conflicto entre un tratado en vigor y una ley posterior, la norma a aplicarse será la sancionada en último término.

El fenómeno comunitario en la Europa occidental de posguerra que culmina con la adopción del Tratado de Roma en 1957, se inicia en 1951 con la firma, en París, del tratado que instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.) ('). Al año siguiente, los representantes de los seis países miembros de la C.E.C.A. firman el tratado creador de la Comunidad Europea de Defensa (C.E.D.). El órgano ejecutivo, en el primer caso, se llamó Alta Autoridad y tenía la facultad de emitir decisiones directamente aplicables en los Estados miembros; el correspondiente a la C.E.D. se llamó Comisariado y sus resoluciones, en un campo más restringido, también gozaban de aplicabilidad directa en el territorio de los Estados parte (').

Es en esta época, pues, que se inicia toda una serie de debates tanto a nivel jurídico como político acerca de las relaciones entre el incipiente derecho comunitario y las Constituciones nacionales que a veces llevan, como en el caso de los Países Bajos, a reformar su Constitución en 1953 y 1956 o a plantear la necesidad de reformas tal como ocurrió con Francia y Bélgica. Las cartas fundamentales de la República Federal Alemana (1949) e Italia (1947) contenían normas que hacían, a primera vista, innecesaria una revisión.

Las vías de solución que se desprenden del análisis de los conflictos planteados en estos países pueden ser agrupados del siguiente modo:

1º) El reconocimiento de la primacía del derecho internacional sobre la ley interna posterior, fundado en la Constitución misma;

2º) Ese mismo reconocimiento, fundado en la especificidad del derecho internacional;

3º) La primacía del derecho internacional convencional, fundada en su propia naturaleza (').

#### **1) El reconocimiento de la primacía del derecho internacional sobre la ley interna posterior, fundado en la Constitución misma**

Esta es la posición adoptada por la jurisprudencia francesa, a partir de un memorable fallo de la Cámara de Apelaciones de París el 7 de julio de 1973 en el caso "Administration des Douanes c/Société Jacques Vabre et S.A.R.L. Jean Weigel", fallo confirmado por la Corte de Casación el 24 de mayo de 1975 (').

Un breve análisis del mismo servirá para ilustrar mejor el enfoque jurídico adoptado por la Corte mencionada en último término.

Hechos: La sociedad "Cafes J. Vabre" importó de los Países Bajos a Francia, café soluble entre el 5-1-57 y el 5-7-71. El despacho a plaza fue efectuado por la sociedad "Weigel", comisionista de aduana. Esta última sociedad, con fondos provistos por el importador, pagó a la Administración

de Aduanas la tasa de consumo interna prevista por el Código de Aduanas francés, adoptado por ley del 14 de diciembre de 1966. Ambas sociedades pretenden que se violó el art. 35 del Tratado de Roma de 1957, puesto que el producto importado había sido sometido a una imposición superior a la aplicada a los cafés solubles fabricados en Francia en base a un tipo de café conocido como "café verde" (\*). Por lo tanto, la sociedad Weigel pretende la restitución de la tasa pagada y "Cafes J. Vabre" la indemnización del perjuicio sufrido en razón de la privación de los fondos vertidos.

**Derecho:** En enero de 1971, el Tribunal de 1ª instancia del 1er. distrito de París hizo lugar a la demanda, fundando su decisión en un nuevo principio: el de la primacía del Tratado sobre una ley posterior (\*). A consecuencia de ello, la Administración de Aduanas se encontraba obligada a oblar 6.000.000 de francos (en aquel entonces, cerca de US\$ 1.200.000).

La Cámara de Apelaciones confirmó en 1973 la sentencia anterior y la Administración de Aduanas recurrió entonces a la Corte de Casación, ante la cual planteó seis agravios, de los que aquí interesan el segundo, tercero y cuarto.

Antes de proseguir con el análisis, resulta indispensable transcribir la norma de la Constitución francesa de 1958, norma invocada por las tres instancias que actuaron en este asunto.

Se trata del art. 55, que prescribe: "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte" (\*).

Volviendo al caso, el segundo agravio de la Administración de Aduanas consistía en que el juez no puede descartar la aplicación de una ley bajo pretexto de que sería inconstitucional porque habría un tratado anterior que se opone a aquella. La Corte de Casación lo desestimó, y basándose en el texto del art. 35 de la Constitución declaró que un virtud de éste el Tratado de Roma tiene una autoridad superior a las leyes y que instituye un orden jurídico propio, integrado al de los Estados miembros; que en razón de esta especificidad, el ordenamiento jurídico que ha creado es directamente aplicable a los nacionales de esos Estados y se impone a sus jurisdicciones.

El tercer agravio estaba fundado en que la aplicación del art. 55 de la Constitución quedaba sujeta a reciprocidad y que el juez de 1ª instancia no había investigado si los Países Bajos habían satisfecho esa condición. Frente a ello, la Corte de Casación sostuvo que el incumplimiento de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea a sus obligaciones no depende de la falta de reciprocidad, puesto que producido el incumplimiento, el art. 170 del Tratado de Roma permite a cualquier Estado miembro recurrir ante el órgano jurisdiccional creado por el Tratado —la Corte de Justicia Europea— "...si estima que otro Estado miembro ha faltado a una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente tratado..." (\*) sin sujetar ese recurso a condición alguna. En consecuencia, desestimó este agravio.

Finalmente, el cuarto agravio invocaba el derecho comunitario mismo: sostenía la recurrente que la tasa no era discriminatoria dado que en el caso de autos se trataba de dos productos diferentes: café verde y extractos

solubles de café, mientras que para la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea, para que exista discriminación los productos deben relevar "de la misma clasificación fiscal, aduanera o estadística" (fallos del 4 de abril de 1968).

La Corte de Casación desestimó también este agravio, recurriendo nuevamente al Tratado de Roma y haciendo notar que el 2º párrafo del art. 95 prohíbe la percepción interna que grava a un producto importado en forma superior al nacional, producto que sin ser similar, compete con este (") ya que, considera la Corte, es el caso que se da en autos.

Como puede observarse, la Corte de Casación resuelve la cuestión apelando no sólo a la Constitución, sino también al Tratado de Roma. Sin embargo, sería un error dejar de subrayar que la base principal del desarrollo jurídico de su razonamiento está centrada en el art. 55 de la Constitución francesa, sin el cual hubiese tenido que recurrir a alguna vía ajena al texto mismo de su ley fundamental, tal como sucedió con algunos de los casos que se estudiarán más adelante.

## II) El reconocimiento de la primacía del derecho internacional sobre la ley interna posterior, fundado en la especificidad del derecho internacional

Tanto el texto constitucional de la República Federal Alemana de 1949 como el de Italia (1947) contienen normas de recepción del derecho internacional general. La Constitución alemana, en su art. 25, establece que "las reglas generales del derecho internacional público forman parte integrante del derecho federal. Priman sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal" (").

Por su lado la carta fundamental de Italia reconoce que "el orden jurídico italiano se conforma a las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas" (art. 10) (").

Las "reglas generales" a las que en forma definitiva ambas Constituciones otorgan preeminencia son la costumbre y los principios generales del derecho, con lo cual no se resuelve la cuestión de saber cuál es la actitud a tomar frente a un tratado en contradicción con una ley posterior, sobre todo porque la mayoría de los tribunales de ambos países se resistió a que la regla "pacta sunt servanda" deba ser considerada como base suficiente para hacer prevalecer un tratado sobre una ley posterior contraria.

Las instancias jurisdiccionales superiores de la R.F.A. e Italia debieron enfrentarse al problema cuando se les plantearon casos concretos de conflicto en relación con el Tratado de Roma. La tesis utilizada para proclamar la primacía de este Tratado sobre la ley interna posterior fue la de la especificidad del derecho por él establecido (").

La tesis de la especificidad, explica el profesor Jean V. Louis, de quien el autor de este estudio fue alumno en la Universidad Libre de Bruselas, fue adoptada por la Corte de Justicia de las Comunidades europeas

a partir de la sentencia dictada en autos "Costa c/ENEL" el 15 de julio de 1964.

La Corte afirmó la primacía del derecho derivado del Tratado de Roma sobre los derechos nacionales, en base a que el Tratado implica una limitación de la soberanía de esos Estados miembros, y la correspondiente atribución de poderes a una Comunidad creada para durar ilimitadamente. En su decisión, la Corte pone especial énfasis en el contenido del art. 189, apartado 2º del Tratado de Roma, que proclama el carácter obligatorio de los "reglamentos" dictados en su consecuencia y la eficacia directa de éstos sobre el territorio de todo Estado miembro (14). Esta disposición, dice la Corte, sería privada de su alcance si un Estado tuviera la facultad de dictar una ley posterior al "reglamento" privando en consecuencia a éste, de toda eficacia.

El razonamiento está basado en el efecto útil del Tratado. Si los Estados han otorgado poderes a la Comunidad no permitirían el funcionamiento del sistema si se reservaran el derecho de adoptar, unilateralmente, una disposición que contradiga la atribución de poderes efectuada (15).

Dentro de este mismo grupo podría incluirse a Dinamarca, sobre todo por la similitud de las normas de su Constitución referidas al derecho internacional con las de la República Federal Alemana.

La nueva Constitución de Grecia, en vigor desde el 11 de junio de 1975, si bien incluye una norma de incorporación del derecho internacional tanto general como convencional, no ofrece una respuesta clara a la cuestión de la preeminencia entre tratado y ley posterior contraria.

El inciso 1º) de su artículo 28 establece que las normas generalmente reconocidas del derecho internacional, así como las convenciones internacionales, desde el momento en que son sancionadas por ley y devienen operativas conforme a las condiciones establecidas por ellas, pasan a ser parte integrante del derecho interno griego y prevalecerán sobre cualquier disposición en contrario de la ley. Las normas del derecho internacional y de las convenciones internacionales serán aplicables a los extranjeros únicamente bajo condición de reciprocidad.

Como puede observarse, la aplicabilidad del derecho internacional figura sujeta a varias condiciones: a) que sus normas sean operativas y no programáticas; b) que esas mismas normas reciban sanción legislativa interna; c) que respecto de los extranjeros queda sujeta a reciprocidad.

Por otra parte, si bien dispone que el derecho internacional prevalecerá sobre cualquier norma contraria de la ley, no se desprende de su texto que esa preeminencia deba regir también para las leyes posteriores. Además, dado que integra la norma internacional al derecho interno griego, podría sostenerse "a priori" que la jerarquización de aquella no impedirá la aplicación de la ley posterior contraria.

Atento el carácter relativamente reciente de su adopción habrá que esperar la respuesta que respecto de su alcance e interpretación ofrezca la jurisprudencia de los tribunales griegos.

### III) La primacía del derecho internacional convencional sobre una ley nacional posterior, fundada en la naturaleza de aquel

Este principio fue establecido en la sentencia que el 27 de mayo de 1971 pronunció la Corte de Casación de Bélgica en el asunto "Fromagerie Franco-Suisse 'Le Ski' c/Etat belge" (14). Bélgica, al igual que Luxemburgo, no posee en su constitución disposición alguna que regule el status del derecho internacional respecto del nacional (15).

En el caso mencionado la Corte de Casación acuñó una serie de conceptos que por su claridad merecen destacarse. En relación al alcance de la ratificación de los tratados exigida por el artículo 68, párrafo 2º de la Constitución, sostuvo que el asentimiento de las Cámaras, incluso si es dado bajo la forma de una ley, no significa para el poder legislativo el ejercicio de una función normativa. Declaró también que el conflicto existente entre una norma establecida por un tratado y una norma establecida por una ley posterior, no es un conflicto entre dos leyes.

En cuanto a la precedencia en el tiempo, estableció la Corte de Casación que la regla según la cual una ley deroga la anterior en la medida en que la contradice, no es de aplicación en el caso de oposición entre un tratado y una ley.

Reconoció finalmente, que cuando el conflicto existe entre una norma de derecho interno y una norma de derecho internacional que tiene efectos directos en el orden jurídico interno, la regla establecida por el tratado debe prevalecer, y que la preeminencia de ésta resulta de la naturaleza misma del derecho internacional convencional.

Mediante este pronunciamiento, pues, la Corte de Casación belga consagró en forma rotunda la primacía del derecho internacional convencional sobre la ley interna posterior, siempre y cuando las disposiciones de aquel tengan un efecto directo en el derecho belga; esto implica que el tratado del caso deberá ser operativo y no programático.

Una situación similar se da en los Países Bajos, con la diferencia que lo establecido en Bélgica por la jurisprudencia se encuentra dispuesto en una norma de la Constitución holandesa, norma que también acentúa el carácter de aplicabilidad directa que debe tener el tratado. El art. 68 de la Constitución mencionada afirma que las disposiciones legales en vigor en el interior del reino no son aplicables si su aplicación no es compatible con una disposición de un acuerdo que tenga fuerza obligatoria para todos, concluido sea anteriormente, sea posteriormente a la entrada en vigor de las disposiciones mencionadas en primer término (16).

El caso del Reino Unido parece ser totalmente atípico. Amén de la falta de una Constitución escrita, la cuestión de la jerarquía de normas y la eventual preeminencia de unas sobre otras aparece como un problema no sólo de difícil solución, sino también de difícil planteo. La razón de ello está en la existencia de un esquema político-legal que está basado por una parte en el principio de la soberanía del Parlamento, y por otra en el hecho que los jueces británicos se han considerado siempre ligados solamente por la ley de su Parlamento; éste a su vez no puede comprometer al que lo sucede, con la cual se crea un circuito cuya única

salida parece llevar a la regla de que la norma posterior deroga la anterior, sea cual sea el carácter de ésta.

## Conclusión

Se observa en los textos constitucionales de la mayoría de los Estados miembros del Tratado de Roma la existencia de cláusulas que tienden a dificultar o a condicionar fuertemente la aplicación y orden jerárquico de las normas del derecho internacional.

Las obligaciones contraídas por esos mismos Estados en virtud del Tratado mencionado, forzaron a las instancias máximas de sus órganos jurisdiccionales a interpretar sus cartas fundamentales de modo tal que no hicieran imposible el fin propuesto por la norma común. Las vías de solución en las que se basaron dependieron de factores tales como la existencia o no en las Constituciones de normas de recepción, clasificación jerárquica o sistemas de preeminencia. Pesaron en mucho también en la resolución de los conflictos elementos extraconstitucionales tales como la especificidad y la naturaleza misma del derecho internacional, con lo que la evolución jurisprudencial no estuvo limitada al marco del Tratado de Roma y el complejo sistema normativo de él derivado, sino que se extendió al derecho internacional mismo.

De todos modos es de desear la incorporación en las Constituciones nacionales de normas uniformes sobre la jerarquía y preeminencia del derecho internacional sobre las leyes internas incluso posteriores, no sólo con el fin de lograr una mayor seguridad jurídica frente a normas comunes surgidas de instrumentos multilaterales, sino también porque, a no dudarlo, será una de las formas más efectivas de contribuir a la evolución del derecho internacional y al logro de sus fines más nobles.

## NOTAS

(1) C.S.J. "S. A. Martín y Cia. Ltda. c/Administración Gral. de Puertos s/ repetición de pago" (Fallos: 327-29). En igual sentido "Esso S. A. Petrolera Argentina c/Nación Argentina s/repetición" (Fallos: 331-7).

(2) Los Estados parte fueron Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Francia, Italia y Alemania.

(3) La C.E.D. no terminó de concretarse debido a la negativa de la Asamblea Nacional de Francia a ratificar el tratado constitutivo de aquello.

(4) Louis, Jean Victor "Organisations Européennes", Presses Universitaires de Bruxelles, 1978, p. 114 y 402.

(5) El art. 96 del Tratado de Roma establece que "Ningún Estado miembro somete directa o indirectamente los productos de otros Estados miembros a imposiciones internas de cualquier naturaleza que sean, superiores a aquellas que someten directa o indirectamente los productos nacionales similares.

Además, ningún Estado miembro somete los productos de otros Estados miembros a imposiciones internas de naturaleza tal que protejan indirectamente otras producciones..." Texto traducido de "Traité instituant les Communautés européennes", C.E.A., Luxembourg 1973/74.

(6) Existía, en realidad, otro precedente pero en materia penal. La preeminencia de un reglamento dictado en el marco del Tratado de Roma sobre una ley interna, fue reconocida por la sentencia del 22 de Octubre 1970 por la sala criminal de la Corte de Casación (Journal des Tribunaux, 1971, p. 25).

(7) Texto traducido del repertorio publicado por Maurice Duverger en "Constitutions et Documents Politiques", Presses Universitaires de France, París, 1978, p. 393.

(10) Ver texto en nota Nº 8.

(11) Texto traducido de Duverger, Op. cit., p. 484.

(12) Mem., p. 534.

(13) La Corte Constitucional alemana, en un fallo del 27 de Junio 1974 y la Corte de Casación de Italia en su sentencia del 8 de octubre 1973; la Corte Constitucional de este mismo Estado en la sentencia del 27 de diciembre de 1973. Sin embargo la Corte Constitucional Italiana en su decisión del 22 de octubre de 1973 introdujo una importante limitación a la facultad de los jueces. Resolvió que éstos no pueden descartar la aplicación de las leyes sin haberlas sometido, previamente, al control de constitucionalidad. Esta decisión, que significa un lamentable retroceso en la evolución jurisprudencial italiana, se debe, según el profesor Jean Baulouin de la Universidad de París, a la obstinación de las autoridades de Italia en introducir el derecho comunitario dentro del ordenamiento jurídico nacional, retornando las normas de aquel por la vía de actos internos sea legislativos o reglamentarios.

(14) El art. 189 del Tratado de Roma dice: "Para el cumplimiento de su misión y en las condiciones previstas en el presente tratado, el Consejo de la Comisión estatuyen reglamentos pirectivos, adoptan decisiones y formulan recomendaciones u opiniones.

El reglamento tiene un alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos, y es directamente aplicable en todo Estado miembro.

La directiva liga a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios.

La decisión es obligatorio en todos sus elementos para los destinatarios que designa.

Las recomendaciones y opiniones no obligan".

Texto traducido de "Traité instituant..." citado "ut supra".

(15) Louis, Jean Victor, Op. cit., p. 113.

(16) Journal des Tribunaux, 1971, p. 488 y sig.

(17) En Luxemburgo existe una larga tradición jurisprudencial que reconoce la primacía del derecho internacional sobre la ley, incluso posterior, impuesta desde 1860 por su Corte Suprema de Justicia. A tal punto se encontraba solidificado ese concepto que cuando se efectuó la revisión de la Constitución, en 1958, no se consideró necesario incorporar norma alguna al respecto.

(18) Esta norma constitucional es fruto de las reformas adoptadas en el año 1953 y 1959.

## EL IMPACTO TECNOLÓGICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

*Dra. Silvia Maureen Williams*

Los progresos de la ciencia y de la técnica están modelando el concepto moderno de soberanía - I. Ruiz Moreno.

### I. Observaciones generales

Uno de los temas más debatidos durante la 60ª Conferencia de la International Law Association celebrada recientemente en Montreal<sup>(1)</sup> fue relativo a las interpretaciones conflictivas dadas a los principios rectores de los llamados "derechos nuevos", es decir, aquellos derechos tan marcadamente influenciados por los progresos tecnológicos. Este problema constituyó la nota recurrente en las distintas comisiones internacionales reunidas en esa oportunidad<sup>(2)</sup>.

No cabe duda que el Derecho Internacional contemporáneo se encuentra en crisis —una crisis de identidad al decir de algunos autores— originada en gran medida por las serias fisuras que dividen a los miembros de la comunidad internacional. Esta falta de armonía no había alcanzado nunca la magnitud del presente. Hoy día el enfrentamiento es dramático, sea en el campo del poder político, militar o económico, en materia de recursos naturales y tecnología, de perspectivas en general y muchos otros ejemplos.

Hay quienes, tomando como punto de partida el Derecho Internacional del Mar, la Organización de las Naciones Unidas y la paulatina emergencia de un Derecho nuevo dentro de las comunidades europeas, concluyen afirmando que existe un significativo progreso en el establecimiento de un nuevo orden económico internacional lo cual implica un verdadero desafío a "la flexibilidad, adaptabilidad y relevancia del Derecho Internacional"<sup>(3)</sup>.

Otro grupo de autores ven en el impacto de la tecnología sobre el Derecho un resurgimiento de la "vieja confrontación jurídica entre la soberanía de los Estados y los intereses de la comunidad" afirmando, en consecuencia, que el Derecho Internacional ha respondido al avance de la ciencia y de la técnica de dos maneras diferentes: mientras que en el campo de las telecomunicaciones por satélite, por ejemplo, ha demostrado un alto grado de eficiencia en el establecimiento de normas

jurídicas para regir los modernos sistemas, en otras áreas más políticas, como en lo concerniente al control de armamentos "las nuevas tecnologías colocan a las armas progresivamente fuera de control" (\*). Con respecto a los recursos naturales y su administración, las opiniones son un tanto más optimistas mencionándose la emergencia de un orden público internacional aplicado a la noción de patrimonio común de la humanidad, particularmente con respecto a los fondos marinos y al espacio ultraterrestre, la luna y otros cuerpos celestes (incluidos los recursos de los miasmas). Se ha puesto especial énfasis en la necesidad de una distribución equitativa de tecnología y recursos, considerándose la importancia de la misión del Derecho Internacional en la formulación de principios e interpretación y aplicación de los mismos sobre la base de la cooperación internacional como presupuesto necesario en estas actividades.

Es menester, empero, poner sumo cuidado en evitar que lo que puede ser una legítima aspiración para conseguir soluciones más equitativas dentro de un nuevo orden económico internacional se transforme en un arma peligrosa en manos de algunos miembros de la comunidad internacional para afirmar que "nada de lo anterior es válido" (\*), en virtud de que los países nacidos a la vida independiente en los últimos años no tenían ni discernimiento, ni intención, ni libertad para suscribir los convenios internacionales que actualmente nos rigen. Razonando de este modo, se llega al extremo de considerar inválido el pacto que establece la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (\*) pero, paradójicamente, se sigue perteneciendo a las organizaciones internacionales creadas por esos pactos. Esto constituye, como se observara en la 59ª Conferencia celebrada por la International Law Association en Belgrado (1960), un esfuerzo egoísta tendiente a servirse de los beneficios del Derecho Internacional pero desconociendo sus obligaciones (\*). Los países en cuestión están olvidando un principio indiscutible y es que, toda nueva entidad que ingresa a la familia de naciones, debe aceptar el orden jurídico existente tal como lo encuentra. Proclamar lo contrario no es sino avalar la doctrina de la soberanía absoluta, cuestionada ya desde los días de Francisco de Vitoria e inadmisible en el mundo de hoy.

Frente a tan incierto y complejo panorama se ha señalado con todo realismo que el Derecho Internacional debe ser visto como un sistema jurídico intermedio entre, por una parte, la ausencia de Derecho y, por otra, los distintos sistemas jurídicos internos (\*). Sería conveniente, pues, que los internacionalistas tengan en cuenta que es, precisamente, este Derecho, de naturaleza intermedia, el que estudian, el que enseñan y el que practican y ejercen. Menos atractivo y carismático, este enfoque realista del Derecho Internacional adquiere, por el contrario, un mayor grado de credibilidad. Y perdida ésta, como bien sabemos, no es empresa fácil volver a crear.

## II. La 59ª Conferencia de la International Law Association (Montreal, 1962) y el impacto tecnológico

Especial interés revistió, en la referida Conferencia de Montreal, el estudio de los conflictos de interpretación relacionados a conceptos relativamente nuevos, tales como el de patrimonio común de la humanidad, cuyo contenido y alcances fueron analizados exhaustivamente en su

aplicación a los fondos marinos y al espacio ultraterrestre, incluida la luna y sus recursos.

Como claramente lo han demostrado los debates en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no resulta fácil lograr consenso general sobre dicha noción. Como sea que fuere, podemos ya distinguir algunos elementos sobre los cuales parece existir acuerdo, a saber: (a) que las áreas que constituyen un patrimonio común de la humanidad no son susceptibles de apropiación, (b) que dichas áreas requieren un sistema de administración en el que participen todos los Estados, (c) que el concepto en cuestión implica compartir en forma activa los beneficios derivados de la exploración y utilización de esas áreas y (d) que tales áreas sean utilizadas para fines pacíficos exclusivamente (\*).

Uno de los antecedentes más importantes de la noción contemporánea del patrimonio común de la humanidad se remonta a la obra de Santo Tomás de Aquino, donde algunos autores advierten un esbozo de esta idea (\*\*). Siglos más tarde se destaca la figura de Francisco de Vitoria (\*\*). Y en la era actual —particularmente en la década de los años sesenta— esta idea, en su aplicación a los nuevos campos de la actividad humana, influenció sensiblemente a los juristas especializados en fondos marinos. Es una afirmación generalizada que dicha fórmula comenzó a emplearse por iniciativa de la Delegación Permanente de Malta ante las Naciones Unidas, dentro del ámbito de los fondos marinos, a partir del 18 de agosto de 1967.

Es preciso, sin embargo, formular algunas aclaraciones al respecto. Si examinamos los archivos de la Biblioteca del Palacio de las Naciones en Ginebra, comprobaremos que fue en la Comisión del Espacio Ultraterrestre, y no en la de Fondos Marinos, donde la expresión "patrimonio común de la humanidad" fuera utilizada y explicada por vez primera. A la luz del documento A/AC.106/C.2/SR/75 (textos español, inglés y francés) puede verse que fue en la sesión del 19 de junio de 1967 que la delegación argentina llamó la atención de la asamblea sobre los cuatro pilares fundamentales en que se basaba el Tratado del Espacio Ultraterrestre, el cual había quedado abierto a la firma el 27 de enero de ese año. Uno de esos pilares, señaló la delegación argentina, era la existencia de un patrimonio común de la humanidad. Esta fórmula fue receptada de inmediato por los juristas dedicados a la elaboración de normas relativas a los fondos marinos como aparece en la Nota Verbal de la Delegación de Malta mencionada antes (\*\*)— y en la actualidad su aplicación se extiende de manera creciente a vastas áreas donde los intereses nacionales están cediendo posiciones ante el interés superior de la humanidad considerada como un todo (\*\*).

En la Conferencia de Montreal de 1963, el presidente y relator de la Comisión de Derecho Espacial, Prof. D. Goehhuis (Países Bajos), planteó a los miembros de la misma un cuestionario destinado a esclarecer las interpretaciones disidentes de los principios rectores del Acuerdo sobre la Luna de 1979, así como con respecto a los principios básicos para la elaboración de un proyecto de convenio sobre solución de controversias en distintos campos del Derecho del Espacio, y fundamentalmente en materia de telecomunicaciones por satélite. En lo que concierne al primero de los temas y, específicamente, en torno al concepto de

patrimonio común de la humanidad, el cuestionario de la International Law Association incluyó los siguientes puntos:

(a) Significado y contenido del artículo XI (1) del Acuerdo sobre la Luna según el cual la Luna y sus recursos son el patrimonio común de la humanidad. Se estuvo en general de acuerdo en que este concepto —cuyo alcance no debe verse como idéntico al contenido en la Declaración de las Naciones Unidas de 1970 relativa a los Fondos Marinos<sup>(14)</sup>— habría de ser efectivizado dentro del marco de las Naciones Unidas. Se consideró que si el Derecho Internacional lograba tal fin, el principio del patrimonio común de la humanidad desempeñaría un papel de suma importancia en el diálogo entre países desarrollados y en vías de desarrollo con respecto a los nuevos campos de la actividad del hombre.

(b) Posibilidad de los Estados Partes de comenzar la explotación de los recursos naturales de la Luna antes del establecimiento del régimen internacional dispuesto por el artículo XI (5). No hubo prácticamente dudas en cuanto a la existencia de esta posibilidad entendiéndose que ese derecho de explotación existía ya antes del Acuerdo sobre la Luna. Uno de los ejemplos más típicos de explotación del espacio exterior, en sentido estricto, es la utilización de la órbita geostacionaria para los sistemas comerciales de comunicaciones por satélites.

(c) Si el objetivo primordial de ese régimen internacional —o sea el logro de una participación activa de los Estados en los beneficios obtenidos de esos recursos— habría de impedir el desarrollo de actividades económicas en esas áreas con anterioridad a la puesta en marcha de dicho régimen. A esta pregunta, estrechamente vinculada con la anterior y que dió lugar a serias divergencias de opinión dentro de los Estados Unidos de América, la mayoría de los miembros de la Comisión respondió de manera negativa. En otras palabras, que no era posible, conforme a los términos del artículo XI del Acuerdo sobre la Luna, hablar de la existencia de una moratoria de facto con respecto al comienzo de la explotación de los recursos antes del establecimiento del régimen internacional.

Hubo consenso casi general en la Conferencia de Montreal sobre la conveniencia de ratificar este Acuerdo puesto que —a pesar de algunas disposiciones oscuras y ciertos defectos— consagra una serie de principios jurídicos, políticos y morales los cuales —si observados en buena fe— habrán de tener una influencia saludable en las relaciones internacionales en estos campos<sup>(15)</sup>.

Hecha esta reseña, analizaremos ahora, en más detalle, el aspecto jurídico de estos nuevos conceptos en el marco de los textos internacionales del espacio ultraterrestre.

### III. El derecho Internacional antes y después del Tratado del Espacio de 1967 y del Acuerdo sobre la Luna de 1979

#### 1. Naturaleza jurídica del espacio ultraterrestre y de la Luna.

(a) De conformidad con el Derecho Internacional Consuetudinario.

En ausencia de normas de derecho convencional resulta aplicable el bien conocido principio de la costumbre internacional según el cual una

res nullius es susceptible de apropiación por medio de ocupación efectiva. Este principio sería de aplicación a la Luna y otros cuerpos celestes pero no al espacio ultraterrestre, considerado en sentido estricto, dado que éste —tanto por su naturaleza como por analogía con el alta mar— no puede ser objeto de reclamos de soberanía al no existir un punto de referencia en tierra firme. En consecuencia, mientras que, antes del Tratado del Espacio de 1967 (<sup>1</sup>), la Luna y otros cuerpos celestes constituían res nullius y estaban, por tanto, sujetos a apropiación sobre la base de una ocupación efectiva, el espacio ultraterrestre, *sensu stricto*, no revestía el mismo carácter dado que —en virtud de la costumbre internacional— los principios de no apropiación y libre acceso tenían plena vigencia tanto antes del Tratado de 1967 como en el estado actual del Derecho Internacional. Fue siempre, en consecuencia, una res extra commercium.

(b) De conformidad con el Derecho Convencional.

El Tratado del Espacio de 1967 —en vigencia desde el 10 de octubre de ese año y que fuera ratificado por la Argentina por decreto-ley 17.989/68— contiene en su artículo II una norma de desarrollo progresivo al disponer que:

"El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera."

Por lo tanto, este artículo ha dejado sin efecto la posibilidad de adquirir soberanía sobre la Luna y otros cuerpos celestes. En consecuencia, la naturaleza jurídica del espacio ultraterrestre *sensu stricto* —como ha sido dicho más arriba— no ha quedado alterada por la vigencia del tratado del Espacio. Por el contrario, la naturaleza jurídica de la Luna y otros cuerpos celestes se ha transformado de res nullius en res extra commercium.

A primera vista, el término "apropiación" utilizado en ese artículo es suficientemente claro: vale decir, se refiere a apropiación en materia de Derecho internacional. Sin embargo, a poco que se analice se concluye que va mucho más allá, abarcando, asimismo, toda otra posibilidad de apropiación. Como lo ha observado el Profesor Bin Cheng, al no haber jurisdicción territorial no puede existir la propiedad privada con respecto a partes del espacio ultraterrestre o de otros cuerpos celestes, lo cual presupone la existencia de una soberanía territorial que permita conferir tales títulos (<sup>2</sup>).

Signe, pues, que además de estar prohibida la apropiación nacional lo está igualmente la apropiación de conformidad con el derecho privado.

Es oportuno señalar que entre los juristas que examinaron estos problemas en el momento de producirse el primer descenso tripulado en la Luna, se ha considerado a ésta como una frontera de poder entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, así como un área de competencia para control de sus posibles usos. El Profesor Fawcett observó, por ejemplo, la existencia de ciertos objetivos principales con respecto a las misiones a la Luna: (1) la obtención de nuevos conocimientos, (2) la imagen de poder, (3) la defensa nacional y (4) los beneficios tecnológicos emergentes, tanto militares como no militares (<sup>3</sup>). Sea como fuere, la URSS abandonó la idea de descensos en la Luna, por lo menos en un futuro inmediato.

(c) De conformidad con el Acuerdo sobre la Luna.

El Acuerdo sobre la Luna <sup>(12)</sup> —que quedara abierto a la firma el 18 de diciembre de 1979, luego de diez años de trabajosa elaboración y de serios esfuerzos para evitar el fracaso— incorpora en el párrafo 2 del art. XI el principio consagrado en el artículo II del Tratado de 1967. Además el principio de la no apropiación es desarrollado con más detalle. La naturaleza jurídica de la Luna y sus recursos naturales es claramente establecida en el párrafo 1 de ese artículo:

"La Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad, conforme a lo enunciado en las disposiciones del presente Acuerdo y en particular en el párrafo 5 del presente artículo."

Esto debe leerse juntamente con el párrafo 5 del artículo 11:

"Los Estados Partes en el presente Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable. Esta disposición se aplicará de conformidad con el artículo XVIII del presente Acuerdo."

Aun cuando, como dijéramos antes, la no apropiación dentro de los textos internacionales del espacio se utiliza con referencia al Derecho Internacional, la posibilidad de propiedad privada queda expresamente prohibida en el párrafo 3 del mencionado artículo al disponer que:

"Ni la superficie ni la subsuperficie de la Luna, ni ninguna de sus partes o recursos naturales podrán ser propiedad de ningún Estado, organización internacional intergubernamental o no gubernamental, organización nacional o entidad no gubernamental ni de ninguna persona física..."

No cabe ninguna duda que el concepto de patrimonio común de la humanidad va mucho más allá que el de *res extra commercium* siendo sus consecuencias de la mayor importancia. Se trata de áreas que no sólo en sí mismas no están sujetas a apropiación, sino cuyos frutos y recursos son considerados como pertenecientes a la humanidad <sup>(13)</sup>.

Los debates que tuvieron lugar dentro de la Comisión de las Naciones Unidas para los Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre durante la elaboración del Acuerdo sobre la Luna son de particular interés al respecto, así como los documentos de Trabajo presentados en 1973 por la Unión Soviética y la Argentina que dieron lugar a brillantes intercambios de opinión sobre la base de posiciones enfrentadas. Nuestra delegación respondió con precisión y claridad a las observaciones de la URSS según las cuales la palabra "heritage" y "succession" eran extrañas al Derecho Internacional <sup>(14)</sup>.

La Unión Soviética mantuvo su posición firmemente hasta 1978 cuando un cierto cambio —aunque muy ligero— comenzó a percibirse en Naciones Unidas al respecto. Pero fue recién en 1979 —frente al desaliento de muchas delegaciones dadas las dificultades en obtener consenso sobre aspectos cruciales del Acuerdo sobre la Luna— que la URSS demostrara una mayor flexibilidad en tal sentido <sup>(15)</sup>. Finalmente, prestó su conformidad en base a un Documento de Trabajo sometido por Austria y enmendado por Brasil, según el cual el párrafo 1 del artículo XI resultaba idéntico a la versión actual <sup>(16)</sup>.

De cualquier manera, dada la actitud de varias delegaciones fuertemente inclinadas a introducir enmiendas a este texto —lo cual representaba otro obstáculo importante para lograr consenso—, la Comisión del Espacio Ultraterrestre decidió que ciertas disposiciones de carácter fundamental serían aclaradas por medio de los llamados "Committee Understandings" (Acuerdos de Comisión). Serían, por lo tanto, acuerdos interpretativos. El primero de ellos se refiere al concepto de patrimonio común de la humanidad como veremos a continuación.

#### IV. ¿Los "Acuerdos de Comisión" pueden considerarse como reservas en el sentido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados?

Esta modalidad novedosa introducida en el Acuerdo sobre la Luna tuvo por finalidad, como se dijera antes, allanar el camino para el logro de consenso en temas tan controvertidos como complejos.

El primer "Acuerdo de Comisión" se refiere al artículo I, párrafo 1 (°), manifestándose que las disposiciones del Acuerdo sobre la Luna serán igualmente aplicables a otros cuerpos celestes dentro del sistema solar, interpretación que sería asimismo aplicable al artículo XI, párrafo 1 (°).

El segundo de los mismos se acordó con relación al párrafo 2 del artículo I (°), cuyo sentido fue limitado de manera de excluir las órbitas alrededor de la Tierra y trayectoria desde ésta a dichas órbitas (°).

Y el tercero tuvo por objeto la interpretación del artículo VII en materia de contaminación y de reservas científicas internacionales. Al respecto se acordó que en la exploración y utilización de la Luna el grado de perturbación del actual equilibrio de su medio habría de reducirse a un mínimo (°).

Alguna doctrina ha sugerido que estos "Acuerdos de Comisión" han de ser vistos como reservas hechas a un tratado, de conformidad con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Sin embargo, pensamos que esta posición no tiene gran asidero (°). Resulta por demás forzado incluir el tipo de "Acuerdos" en cuestión dentro de la definición tradicional de reservas establecidas en el artículo 2 de la nombrada Convención que establece:

"Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado."

Los "Acuerdos de Comisión" del COPUOS (°) no pretenden ni excluir ni modificar los efectos jurídicos del Acuerdo sobre la Luna sino solamente interpretar su contenido y determinar su alcance. Es justo reconocer, sin embargo, que podría existir cierta confusión en algún caso dado, como por ejemplo con respecto al segundo de tales "acuerdos" relativo a la interpretación del artículo I, párrafo 2, del Acuerdo sobre la Luna, que indudablemente significa una exclusión.

Del mismo modo, un "Acuerdo de Comisión" no consiste, según la mencionada definición de la Convención de Viena en una "declara-

ción unilateral... hecha por un Estado' sino en una clarificación o guía de interpretación acordada por los cuarenta y siete Estados miembros del COPUOS.

Y si el rasgo distintivo de un tratado es el acuerdo de voluntades, entonces la firma sujeta a condiciones o reservas implica un rechazo de la oferta inicial más una contra-oferta para la conclusión del tratado modificado por la reserva (\*\*). Mal puede, por lo tanto, este razonamiento ser aplicado a los "Acuerdos de Comisión" del COPUOS.

De cualquier manera, ha de tenerse en cuenta que, por lo general, estos "Acuerdos de Comisión" no se incluyen al distribuirse el texto del Acuerdo sobre la Luna.

Debe reconocerse, por otra parte, que la redacción del artículo 19 de la Convención de Viena no es enteramente satisfactorio:

"Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- (a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;
- (b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- (c) Que en los casos no previstos en los apartados (a) y (b), la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado".

Sería posible, tal vez, sostener que los tres "Acuerdos de Comisión" no resultan incompatibles con el objeto y fin del Acuerdo sobre la Luna pero, al mismo tiempo, es indudable que el requisito de "compatibilidad" es lo suficientemente flexible para permitir argumentaciones a favor y en contra en la mayoría de los casos, frente a una reserva dada. Sería, además, el único requisito exigible ya que las reservas no han sido prohibidas por el Acuerdo sobre la Luna.

Finalmente, es preciso recordar que al votarse el texto del Acuerdo sobre la Luna en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se hizo especial referencia a los "Acuerdos de Comisión" del COPUOS designándolos como párrafos 62, 63 y 64 lo cual, por cierto, les ha conferido mayor fuerza. De todos modos, no debe sorprender el hecho de que este apartamiento del estilo tradicional en materia de tratados pueda traer consigo más de un problema jurídico en los próximos años.

Afortunadamente, el Acuerdo sobre la Luna ha incluido una cláusula de revisión automática en su artículo 18. Para su puesta en marcha será necesaria su inclusión en el orden del día de la Asamblea General de las Naciones Unidas a partir de los diez años de entrada en vigencia del Acuerdo o bien, luego de cinco años, cuando un tercio de los Estados Partes consideren oportuno convocar una conferencia a tal fin. En ese momento quizás podría llegarse a una determinación con respecto a los "Acuerdos de Comisión". Y, puesto que los requisitos para la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la Luna no son demasiado estrictos, es posible que la revisión pueda concretarse en un futuro relativamente cercano.

#### IV. La solución de controversias

De conformidad con el artículo XIV, párrafo (°) del Acuerdo sobre la Luna, los Estados Partes reconocen que además de las disposiciones contenidas en el Tratado de 1967 y en el Convenio de Responsabilidad (°), podrán ser necesarias normas más detalladas relativas a la responsabilidad por daños causados en la Luna. No resulta difícil predecir que, con el avance vertiginoso de la técnica, muchas actividades que hasta hoy pueden parecer de ciencia-ficción pronto serán realidad. De ello se desprende que la posibilidad de controversias será infinitamente mayor. Creemos, por ende, que en el momento de revisarse el Acuerdo sobre la Luna serán necesarias modificaciones bastante drásticas con respecto al sistema de solución de controversias.

Los procedimientos en este campo están contemplados en el artículo XV del Acuerdo y, de manera más general, en el artículo II que establece que las actividades en la Luna se realizarán de conformidad con el derecho internacional, en especial la Carta de las Naciones Unidas, y teniendo en cuenta la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

En el primer párrafo del artículo XV se establece un procedimiento de consulta dentro del marco de las Naciones Unidas con respecto a los diferendos que surjan sobre el cumplimiento del Acuerdo por los Estados Partes. A tal fin, se establece un sistema de visitas a todos los vehículos espaciales, equipo e instalaciones en la Luna. En este sentido, habrán de tomarse las máximas precauciones para velar por la seguridad y evitar toda perturbación del funcionamiento normal de la instalación visitada.

El sistema de consultas se establece igualmente en el párrafo segundo del artículo XV cuando los Estados Partes tengan motivos para creer que otros Estados Partes no cumplen con las obligaciones emergentes del Acuerdo o están vulnerando los derechos de los primeros con arreglo a dicho Acuerdo. Aquí cabe repetir la crítica que en alguna oportunidad hicéramos al artículo IX del Tratado de 1967 con respecto a la elasticidad de la expresión "tenga motivos para creer", que resulta un tanto peligrosa en estos campos.

El tercer párrafo contempla la posibilidad de fracaso del sistema de consultas pero no se ha determinado la duración en el tiempo de dicha fase. En caso de dificultades para iniciar el procedimiento de consultas, o si las mismas no han arribado a resultados aceptables, cualquiera de las Partes podrá recurrir al Secretario General de las Naciones Unidas, aun sin el consentimiento de las demás Partes involucradas, con el fin de dar solución al diferendo.

También se prevé en dicho párrafo el recurso a cualquier otro medio de solución pacífica si fracasaran las consultas. Esto, naturalmente, significa acudir al artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y, como la experiencia frecuentemente lo demuestra, ello no resulta suficiente en el estado actual de desarrollo del Derecho Internacional. Vale decir que, de acuerdo al sistema de solución de controversias incorporado al Acuerdo sobre la Luna, las partes en un diferendo solamente están obligadas a buscar otros medios de solución pacífica pero no a obligatoriamente solucionar la controversia. En consecuencia, con la mera prueba

de haber cumplido con la obligación de negociar en buena fe, el artículo XV del Acuerdo sobre la Luna habrá sido observado debidamente.

Es lamentable que se haya dejado pasar una nueva oportunidad sin conseguir crear un sistema efectivo para la solución de controversias, tomando quizás como modelo el régimen del INTELSAT (\*) donde se dispone el arbitraje obligatorio para toda controversia de orden jurídico entre las Partes (que son los Estados) o entre las Partes por un lado, y la Organización del INTELSAT por el otro.

La norma de carácter general contenida en el artículo II del Acuerdo sobre la Luna, a que aludíramos antes, no ha mejorado el panorama puesto que solamente implica una remisión al artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas —que enumera los medios tradicionales de solución pacífica— y al artículo 2 de dicha Carta (párrafos 2 y 3), lo cual resulta en una obligación de negociar en buena fe pero no de dar solución al diferendo. La misión del Secretario General de las Naciones Unidas, por otra parte, es la de ayudar a las partes a lograr una solución pero carece de facultades para resolver el conflicto.

El progreso es, pues, casi inexistente en este Acuerdo con respecto a la solución de controversias. La falta de algún procedimiento obligatorio aparece anacrónica en el derecho internacional de hoy, particularmente en un área tan concreta como ésta. Claro que, ha de tenerse en cuenta también la alternativa dramática que existía en el curso de la negociación del Acuerdo: de haberse insistido en la jurisdicción obligatoria como conditio sine qua non para la adopción del texto, seguramente la integración de los bloques occidental y soviético se hubiera visto seriamente amenazada.

Para mejorar esta situación se vislumbran en este momento dos posibilidades relativamente cercanas: (a) que la puesta en marcha del artículo 18 del Acuerdo sobre la Luna, relativo a la cláusula de revisión automática, derive en el establecimiento de un sistema de solución de controversias armónico con el desarrollo actual del Derecho Internacional y (b) que el requisito indispensable de la cooperación internacional, que constituye un denominador común en estos nuevos campos, resulte —al decir de los autores contemporáneos— en un Derecho Internacional de la Coexistencia. Es responsabilidad conjunta del jurista y del político poner sus esfuerzos para el logro de tales objetivos.

Buenos Aires, 3 de diciembre de 1982.

## CITAS

\* Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad de Buenos Aires y de Derecho Aeronáutico y Espacial en la Universidad del Salvador.

(\*) La Conferencia se reunió entre el 29 de agosto y 4 de setiembre de 1982.

(\*\*) Las Comisiones internacionales trataron los siguientes temas: Zona Económica Exclusiva, Nuevo Orden Económico Internacional, Derecho Espacial, Contaminación Ambiental, Recursos Hídricos, Arbitraje Comercial Internacional, Derecho Monetario Internacional, Derecho Aeronáutico, Derecho Penal Internacional, Terrorismo Internacional, Derechos Humanos, Colisiones en el Mar, Derecho Humanitario e Inmunidad de los Estados. Asimismo se realizaron reuniones informales con respecto a la Enseñanza del Derecho Internacional donde los profesores de la materia —provenientes de todas las latitudes— cambiaron ideas y expusieron sus experiencias.

(<sup>1</sup>) K. R. Simmonds, en "International Law and the New International Economic Order", en "International Law: Teaching and Practice", pp. 67-78, Stevens & Son, 1982.

(<sup>2</sup>) J. E. S. Fawcett, "The Impact of Technology on International Law", loc. cit. en nota (<sup>1</sup>), p. 108. Asimismo S. M. Williams, "Telecomunicaciones por Satélite", Abeledo-Perrot, 1981, Bs. Aires, p. 33.

(<sup>3</sup>) M. A. Ferrer, "La Actividad Económica en el Espacio", en "Encuadre Jurídico de la Actividad Económica en el Espacio", Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, Argentina, 1982, p. 64 y 65.

(<sup>4</sup>) Ibid., p. 65.

(<sup>5</sup>) A. V. Freeman, en "Report of the Fifty-Ninth Conferencia" of the International Law Association, p. 304.

(<sup>6</sup>) Bing Cheng, "International Law: Teaching and Practice, Introduction, Epilogue and Appendix", p. XXIX, Stevens & Son, 1982.

(<sup>7</sup>) Con respecto al concepto de patrimonio común de la humanidad en su aplicación a los fondos marinos ver entre otros, R. J. Dupuy, "The Law of the sea, Leyden, 1974. En materia de Derecho Especial, D. Goodhuis, "Some Recent Trends in the Interpretation and the Implementation of the Rules of International Space Law", en Columbia Journal of Transnational Law, 1981, N° 2, p. 218 y sig.

(<sup>8</sup>) J. A. Travieso, "El Patrimonio Común de la Humanidad en el Nuevo Orden Internacional", en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1981, Tomo XLI, pp. 13-36.

(<sup>9</sup>) S. M. Williams, "Telecomunicaciones -por Satélites", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, pp. 73-3.

(<sup>10</sup>) Dec. A/4625 del 18 de agosto de 1967.

(<sup>11</sup>) Ver, p. ej., la Declaración del Amazonas del 8 de agosto de 1971 hecha por los gobiernos de Brasil y Ecuador.

(<sup>12</sup>) Resolución de la A. G. de las Naciones Unidas, Núm. 2749 (XXV) del 17 de diciembre de 1970.

(<sup>13</sup>) Las distintas opiniones pueden ser consultadas en la publicación de la International Law Association correspondiente a la Conferencia de Montreal.

(<sup>14</sup>) El título completo es: "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes".

(<sup>15</sup>) Bin Cheng, "Le Traité de 1967 sur l'Espace", Journal de Droit International, CLUNET, 1968, N° 3, p. 874.

(<sup>16</sup>) J. E. S. Fawcett, "The Politics of the Moon", en The World Today, Chatham House, 1969, p. 357.

(<sup>17</sup>) El título completo es "Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes".

(<sup>18</sup>) Bin Cheng, "The Moon Treaty", en Current Legal Problems 1980, Vol. 33, p. 213 (Stevens & Sons). Asimismo S. M. Williams, "International Law before and After the Moon Agreement", en International Relations, publ. del David Davies Memorial Institute of International Studies, Vol. VII, N° 2, Nov. 1981, p. 1170.

(<sup>19</sup>) Dec. A/AC. 105/115, del 27 de abril de 1973, pp. 24-5.

(<sup>20</sup>) Ver la publicación hecha por el 80 Congreso de los Estados Unidos, 2ª sesión, Parte 1, 1980, para el Committee on Commerce, Science and Transportation con respecto al Acuerdo sobre la Luna. Son de interés las observaciones, entre otras, de los Embajadores Jankowitch y Coors, así como la posición de las delegaciones de Australia y Brasil.

(17) *Ibidem*.

(18) Se establece allí que las disposiciones del Acuerdo relativas a la Luna se aplicarán también a otros cuerpos celestes del sistema solar distintos de la Tierra, excepto en los casos en que con respecto a alguno de esos cuerpos celestes existe en vigor normas jurídicas específicas.

(19) Doc. A/34/30 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pp. 11-2.

(20) Establece que para los fines del Acuerdo sobre la Luna las referencias a la misma incluirán las órbitas alrededor de la Luna u otras trayectorias dirigidas hacia ella o que la rodean.

(21) *Ibidem*.

(22) *Ibidem*.

(23) Ver nota (16), publicación mencionada en segundo lugar, p. 1188.

(24) Esta sigla corresponde a la Comisión de las Naciones Unidas para los Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre.

(25) G. Schwarzenberger, "Manual of International Law, Stevens & Sons, 1967, p. 147.

(26) Dice así: "Los Estados Partes reconocen que, además de las disposiciones del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, puede ser necesario hacer arreglos detallados sobre la responsabilidad por daños causados en la Luna como consecuencia de actividades más extensas en la Luna. Estos arreglos se elaborarán de conformidad con el procedimiento estipulado en el artículo XVIII del presente Acuerdo".

(27) El título completo es "Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales".

(28) Ver el artículo XVIII del Anexo C del Acuerdo del INTELSAT de 1971.

## EL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

*Dra. Margarita Susana Abraham*

### Sumario

- I - EL SECRETARIO GENERAL EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS
- II - TRYGVE LIE (1946-1952)
- III - DAG HAMMARSKJÖLD (1953-1961)
- IV - U THANT (1961-1971)
- V - KURT WALDHEIM (1972-1981)
- VI - JAVIER PEREZ DE CUELLAR (1982-1986)
- VII - BIBLIOGRAFIA

### I. EL SECRETARIO GENERAL EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

#### **Funciones políticas del secretario general**

La Secretaría, uno de los siete órganos principales de las Naciones Unidas, se compone según el art. 97 de la Carta, "de un Secretario General y del personal que requiera la Organización".

La Carta de las Naciones Unidas provee una base legal favorable para el desempeño de un rol importante por parte del Secretario General.

El art. 97 establece al Secretario General como el "más alto funcionario administrativo de la Organización". Sin embargo, la Carta asigna al Secretario General deberes y prerrogativas que permiten el ejercicio de su influencia política.

El art. 98 dispone no sólo que el Secretario General "actuará como tal en todas las sesiones" de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria", sino también que "desempeñará las demás funciones que le enco-

mienden dichos órganos". Esta disposición posibilita el desempeño de funciones de responsabilidad política.

Mientras los poderes del Secretario General según el art. 98 son delegados, según el art. 99 puede actuar independientemente. El art. 99 establece:

El Secretario General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

La mayor diferencia constitucional entre el Secretario General de las Naciones Unidas y el de la Sociedad de las Naciones se encuentra en los poderes otorgados en el art. 99 de la Carta de las Naciones Unidas.

El Secretario General de la Sociedad de las Naciones sólo estaba autorizado, por el Pacto, a tomar una medida como la estipulada en el art. 99 de la Carta a propuesta de un Miembro(arts. 11 y 15). Según el art. 11 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, en caso de guerra o amenaza de guerra, "el Secretario General convocará inmediatamente, a pedido de cualquier miembro de la Liga, a una reunión del Consejo".

Sin embargo, la Primera y la Segunda Asambleas de la Sociedad de las Naciones otorgaron al Secretario General poderes casi semejantes a los concedidos en el art. 99 de la Carta de las Naciones Unidas (Resoluciones adoptadas el 10 de diciembre de 1920 y el 4 de octubre de 1921). Estas resoluciones no son de igual peso que las disposiciones del Pacto. Además, como sólo se referían al art. 16 del Pacto, su aplicación dependía del cumplimiento del supuesto especificado en la primera parte del citado artículo: "Si cualquier miembro de la Liga recurriera a la guerra contra-riamente a las obligaciones contraídas por él de acuerdo con los artículos 12, 13 y 15..."

El art. 99 de la Carta de las Naciones Unidas es el resultado de una serie de proyectos que tendían a establecer una autoridad relativamente fuerte en el seno de la Organización.

La Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas reconoce la función política del Secretario General en la recomendación 16 de su informe final:

El Secretario General puede representar un importante papel como mediador y consejero extraoficial de muchos gobiernos e indudablemente de vez en cuando, en el ejercicio de sus funciones administrativas, será llamado para resolver cuestiones que muy bien podrían considerarse de carácter político. Además, el art. 99 de la Carta le confiere un derecho muy especial que sobrepasa toda facultad otorgada previamente al jefe de una organización internacional... No se puede indicar de antemano la manera en que se aplicará este artículo; pero la responsabilidad que le impone al Secretario General necesitará el ejercicio de las más altas dotes de criterio político, de tacto y de integridad.

#### **Elección del Secretario General**

El Pacto de la Sociedad de las Naciones establecía que "el Secretario General será nombrado por el Consejo con la aprobación de la mayoría de la Asamblea" (art. 6º).

El art. 97 de la Carta de las Naciones Unidas establece que "el Secretario General será nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad".

El voto requerido para la recomendación del Consejo de Seguridad es el señalado en el art. 27, párrafo 3 de la Carta, que otorga el derecho de veto a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad:

Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes...

La Primera Asamblea General adoptó una resolución estableciendo que en el Consejo de Seguridad es requerido el voto afirmativo de siete (actualmente nueve) miembros, computados los votos de todos los miembros permanentes. Resolución 11 (I) de 24 de enero de 1946 adoptada por unanimidad (47 votos). Doc. A/64.

La decisión de la Asamblea General que nombra al Secretario General es tomada por el voto de la mayoría simple de miembros presentes y votantes, conforme al art. 18 de la Carta.

La Asamblea General, en la citada resolución de 24 de enero de 1946, estableció que una simple mayoría de los miembros presentes y votantes será suficiente, a menos que la misma Asamblea decida sobre la necesidad de los dos tercios...

La Carta de las Naciones Unidas no establece la duración del mandato del Secretario General. En la Conferencia de San Francisco se decidió que la duración del mandato debía ser dejada para un acuerdo posterior entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. La Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas recomendó que "el primer Secretario General debía ser elegido por cinco años, pudiendo ser reelegido por otro período de cinco años".

La Asamblea General adoptó este criterio en la citada resolución de 24 de enero de 1946:

El Secretario General será nombrado por un período de cinco años y su mandato podrá ser renovado por un nuevo período de cinco años... Como la Carta no contiene ninguna estipulación al respecto, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad son libres de modificar la duración del mandato de los futuros Secretarios Generales a la luz de la experiencia...

El cargo de Secretario General fue ocupado por Trygve Lie, de Noruega (1946-1953); Dag Hammarskjöld, de Suecia (1953-1961); U Thant, de Birmania (1961-1971) y Kurt Waldheim, de Austria (1972-1981). El actual Secretario General es Javier Pérez de Cuellar, de Perú (1982-1986).

## II. TRYGVE LIE (1946-1953)

### Elección de Trygve Lie como Secretario General

Trygve Lie nació en Oslo, Noruega, el 16 de julio de 1896. Fue Secretario

del Partido Laborista de Noruega, Ministro de Justicia en 1935 y Primer Ministro de Gobierno en el exilio. Lie presidió la delegación noruega a la Conferencia de San Francisco.

Trygve Lie no estaba a la cabeza de la lista de candidatos para Secretario General de ninguna de las grandes potencias. Fue un candidato de compromiso elegido por los Estados Unidos y la Unión Soviética después que ambas bloquearon sus respectivos candidatos. La ventaja de Lie para los Estados Unidos era el ser nacional de un Estado amigo de los anglo-americanos y el ser, al mismo tiempo, aceptable para los rusos.

El Consejo de Seguridad recomendó el 29 de enero de 1946 a Trygve Lie como Secretario General. El 1º de febrero fue nombrado por la Asamblea General por 46 votos a favor, 3 en contra y 2 abstenciones. Lie asumió sus funciones el 2 de febrero de 1946.

### Trygve Lie y el cargo de Secretario General

Intervenciones de Trygve Lie para afirmar los derechos del Secretario General.

#### 1 — Caso de Irán - Consejo de Seguridad - Marzo de 1946:

Lie afirmó los derechos del Secretario General para dirigirse al Consejo de Seguridad en cuestiones sustantivas. Posteriormente el Comité de Expertos, a pedido del Secretario General, reformó las reglas de Procedimiento del Consejo de Seguridad en mayo de 1946. Esta revisión autorizó al Secretario General a efectuar manifestaciones orales y escritas al Consejo de Seguridad concerniente a cualquier cuestión que esté considerando.

#### 2 — Denuncia de Ucrania contra Grecia sobre incidentes en la frontera.

Consejo de Seguridad - Septiembre de 1946:

Lie afirmó los poderes implícitos de investigación del Secretario General derivados del art. 99. Las palabras de Lie fueron apoyadas por el discurso del representante de la Unión Soviética, Andrei Gromyko. La posición de Lie no encontró oposición en el Consejo de Seguridad. La cuestión de Corea:

La actividad del Secretario General en el caso de Corea provocó la hostilidad de la Unión Soviética, debilitando la eficacia de sus funciones.

En sus Memorias, "La Causa de la Paz", Trygve Lie señala el recibo de un llamado de Washington después de medianoche del día 24 de junio de 1950, donde se le informa que Corea del Norte había atacado la República de Corea. Pocas horas después el embajador de los Estados Unidos, Ernest Gross, requirió telefónicamente la reunión del Consejo de Seguridad.

En dicha sesión, celebrada el 25 de junio, Trygve Lie efectuó el discurso de apertura. Aún antes de que el Consejo de Seguridad discutiera oficialmente el asunto, Lie urgió la adopción de medidas de seguridad colectiva contra el agresor a pesar de que éste tenía el apoyo de una de las grandes potencias (la Unión Soviética).

Lie consideró su acción como un uso tácito del art. 99 de la Carta, aunque formalmente no lo citara, por dos razones: 1º) El Secretario

General había ordenado la preparación de la reunión del Consejo de Seguridad antes de la solicitud formal de los Estados Unidos. 2º) En el discurso de apertura en el Consejo, Lie llamó la atención de la agresión y pidió acción al Consejo de Seguridad.

En Corea, como en casos anteriores, ni la Asamblea General ni el Consejo de Seguridad solicitaron al Secretario General el ejercicio de deberes políticos. Sin embargo, después de la adopción por el Consejo de Seguridad de la resolución pidiendo a los Miembros poner hombres y material a disposición de las Naciones Unidas para ser usados en Corea, Lie solicitó a los Gobiernos Miembros información concerniente a la clase de apoyo que darían. La resolución adoptada en ausencia de la Unión Soviética no solicitaba al Secretario General tomar esa acción. Más aún, Lie continuó pidiendo a los Miembros apoyo para la acción en Corea, a pesar de la oposición de la Unión Soviética.

#### **Extensión del mandato del Secretario General. Renuncia al cargo**

En octubre 11 de 1950 el Consejo de Seguridad consideraba la reelección del Secretario General. Estados Unidos amenazó vetar la elección de cualquier otro candidato mientras la Unión Soviética propuso a Zygmunt Modzelewski. Yugoslavia propuso la reelección de Trygve Lie. La propuesta soviética fue rechazada por cuatro votos afirmativos y seis abstenciones. La propuesta yugoslava recibió nueve votos afirmativos, una abstención y un voto negativo (Unión Soviética), lo que constituyó un veto.

\* Ante la imposibilidad del Consejo de Seguridad de recomendar un candidato, la Asamblea General adoptó una resolución propuesta por Estados Unidos, extendiendo el mandato del Secretario General por 3 años, resolución 482 (V) adoptada por 46 votos a favor, 5 en contra y 8 abstenciones, de 1º de noviembre de 1950.

La resolución adoptada sin la recomendación del Consejo de Seguridad fue motivada, según el criterio de la Asamblea General, en la "necesidad de asegurar el ininterrumpido ejercicio de las funciones otorgadas por la Carta al Secretario General".

Con posterioridad a la extensión del mandato, la Unión Soviética, social y oficialmente, ignoró a Trygve Lie como Secretario General. La influencia de Lie como Secretario General declinó. Reconociendo esta realidad, Trygve Lie renunció el 10 de noviembre de 1952.

La naturaleza contradictoria de las responsabilidades del Secretario General está bien ilustrada en el caso de Trygve Lie. Para ser un vocero efectivo de los intereses de la comunidad internacional debe tomar posiciones en asuntos políticos y al mismo tiempo debe retener la confianza de las grandes potencias.

#### **II. DAG HAMMARSKJÖLD (1953-1961)**

##### **Elección de Dag Hammarskjöld como Secretario General**

Dag Hammarskjöld nació en Suecia el 29 de julio de 1905. Desde los 31

años fue Miembro del Gobierno de Suecia y Subsecretario de Finanzas en 1936. Era Ministro de Estado sin portafolio cuando le fue ofrecida la Secretaría General de las Naciones Unidas.

El Consejo de Seguridad, el 31 de marzo de 1953, por 10 votos a favor y una abstención, resolvió aprobar una propuesta de Francia que recomendaba el nombre de Dag Hammarskjöld para el cargo de Secretario General. El 7 de abril, la Asamblea General, por 57 votos a favor, 1 en contra y una abstención, nombró a Dag Hammarskjöld Secretario General de las Naciones Unidas, quien inició sus funciones el 10 de abril de 1958. De hecho se aceptó la renuncia de Trygve Løe.

Dag Hammarskjöld fue reelegido para un segundo mandato. El 26 de septiembre de 1957 el Consejo de Seguridad lo recomendó por unanimidad y la Asamblea General resolvió nombrarlo para un nuevo mandato de 5 años a partir del día 10 de abril de 1958, resolución adoptada por 80 votos y un voto anulado.

### Dag Hammarskjöld y el cargo de Secretario General

#### Primera función de mediación:

La Asamblea General solicitó al Secretario General obtener la libertad de once aviones americanos retenidos por China Roja al finalizar la guerra de Corea. Este "mandato" es el primer uso significativo del art. 98 de la Carta que habla sido letra muerta durante la administración de Løe. La exitosa negociación de Hammarskjöld estableció confianza en su habilidad y demostró a los Miembros de las Naciones Unidas la utilidad de la Secretaría General en un rol de mediación.

#### Diplomacia preventiva:

Dag Hammarskjöld entendía que el Consejo de Seguridad y la Asamblea General tenían el deber y la responsabilidad de mantener el orden en la escena internacional. No tenía el deseo de usurpar sus poderes. Sin embargo, Hammarskjöld también consideraba que si los citados órganos fracasaban, el Secretario General tenía el deber de preservar la paz internacional por todos los medios a su alcance.

Por lo tanto, Hammarskjöld veía al Secretario General como el centinela de la Carta y sus principios. Esto lo expresó claramente cuando aceptó su reelección como Secretario General por otros cinco años, en la Asamblea General el 26 de septiembre de 1957.

Hammarskjöld dio el nombre de "diplomacia preventiva" al nuevo concepto de actividad por el Secretario General. Comprendía acción diplomática por el Secretario General o un representante autorizado para prevenir que se agrave una fricción internacional y mantenerlas fuera de la agenda de los órganos de las Naciones Unidas, donde podría volverse un asunto de la guerra fría. En 1960, en la Introducción a la Memoria Anual, Dag Hammarskjöld señala nuevamente su punto de vista sobre la acción diplomática del Secretario General en un contexto más amplio de diplomacia preventiva en la cual también incluye casos como Suez y Congo.

#### Suez:

La nacionalización del Canal de Suez por Egipto en julio de 1956 dio

al Secretario General la oportunidad de utilizar su habilidad para la negociación.

Analizaremos los siguientes puntos:

- 1 — La intervención del Secretario General en el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 1956.

En esta sesión Dag Hammarskjöld ofreció una nueva interpretación del rol político del Secretario General. Es posible considerar a su discurso como una manifestación de independencia y una amenaza a los miembros de pedirle la renuncia si no querían un hombre independiente como Secretario General. Su discurso fue seguido de expresiones de confianza por los Estados Unidos, la Unión Soviética, el Reino Unido y Francia, entre otros.

- 2 — La crisis de Suez permitió una notable delegación de poderes al Secretario General por la Asamblea General:

La Asamblea general no sólo solicitó al Secretario General preparar un plan para una fuerza de emergencia sino que también fue responsabilizado para poner en práctica su creación. Más aún sus poderes sobre la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas fueron sólo sujetos en su funcionamiento a la consulta de un pequeño Comité Asesor. También fue función del Secretario General asegurar que la fuerza sería autorizada para entrar en el área de la lucha. Asimismo fue la responsabilidad de Hammarskjöld el tomar las medidas necesarias para la limpieza del Canal de Suez.

Congo:

En este caso el rol del Secretario General fue muy activo y a su vez muy controvertido.

Analizaremos dos aspectos importantes en la experiencia del Congo:

- 1 — Invocación del artículo 99 de la Carta:

El Secretario General invocando el artículo 99 de la Carta solicitó una sesión del Consejo de Seguridad al recibir dos telegramas del Gobierno del Congo pidiendo asistencia militar.

- 2 — Interpretación del mandato otorgado por el Consejo de Seguridad:

La resolución del Consejo de Seguridad de 14 de julio de 1960, Doc. S/4386 expresaba:

...autorizar al Secretario General a adoptar, en consulta con el Gobierno de la República del Congo, las medidas necesarias para prestar al Gobierno la ayuda militar que sea necesaria, hasta el momento en que, mediante los esfuerzos del gobierno congoleño, con la asistencia técnica de las Naciones Unidas, las fuerzas nacionales de seguridad estén en condiciones, en opinión de su gobierno, de cumplir plenamente con su misión.

Para la interpretación del mandato, la única guía adicional dada al Secretario General fue la aprobación, por el Consejo de Seguridad, de los principios concernientes al uso de las fuerzas de las Naciones Unidas en la operación de Egipto. La necesidad de interpretación del mandato fue más evidente cuando se produjo la sucesión de Katanga y la desintegración del gobierno central de la República del Congo.

El Secretario General se enfrentó con los siguientes problemas:

- 1º) Cómo implementar el mandato.
- 2º) A quién dar la asistencia estipulada en la decisión del Consejo de Seguridad.

La conducción de Dag Hammarskjöld de la operación del Congo llevó a la Unión Soviética a atacar al rol del Secretario General y el futuro del cargo.

#### **El plan Troika. Posición de Dag Hammarskjöld**

El Premier soviético, Nikita Khrushchev, en la sesión de la Asamblea General celebrada el 23 de setiembre de 1960, presentó la propuesta llamada "plan Troika" que tenía por objeto reemplazar al Secretario General por un comité de tres personas que representarían el bloque occidental, los Estados socialistas y los países neutrales. Los soviéticos, de acuerdo con este plan, objetaban no sólo las actividades de Dag Hammarskjöld sino la estructura básica de la Secretaría General.

Dag Hammarskjöld, en la sesión de la Asamblea General, de 3 de octubre de 1960, manifestó que permanecerá en el cargo a pesar del ataque soviético, siempre y cuando las pequeñas y medianas potencias lo deseen. Posteriormente la Asamblea General, en abril de 1961, dio un voto de confianza al Secretario General, resolución 1599 (XV), abril 15, 1961.

El éxito del llamado del Secretario General a las pequeñas y medianas potencias, es explicado por el cambio de la estructura del poder dentro de las Naciones Unidas, y la aparición de un grupo de naciones neutrales bien articulado.

Dag Hammarskjöld muere trágicamente en Rhodesia del Norte, el 17 de setiembre de 1961, cuando se dirigía a entrevistar al presidente de Katanga para negociar el cese del fuego. Su muerte fue seguida por un período de intensas negociaciones sobre el futuro de la Secretaría General.

#### **IV. U THANT (1961-1971)**

##### **Elección de U Thant como Secretario General**

U Thant nació en Pantanav, Birmania, el 22 de junio de 1909. Fue consejero personal del Primer Ministro U Nu en la Conferencia afroasiática en Bandung, Indonesia, en 1955 y Representante Permanente de Birmania en las Naciones Unidas durante los últimos cuatro años del mandato de Dag Hammarskjöld.

Elegir al sucesor de Dag Hammarskjöld llevó a las Naciones Unidas seis semanas aproximadamente.

Finalmente las grandes potencias acordaron elegir un Secretario General interino. Consideraciones geográficas y políticas influyeron en la elección de U Thant.

El 3 de noviembre de 1961 el Consejo de Seguridad recomendó por unanimidad a U Thant, y el mismo día la Asamblea General lo eligió por unanimidad (103 votos), Secretario General interino, para cumplir el

resto del mandato de Dag Hammarskjöld. Posteriormente, el 30 de noviembre de 1962, el Consejo de Seguridad, recomendó a U Thant como Secretario General por un período de 5 años, a partir del 3 de noviembre de 1961. La Asamblea General nombró a U Thant por unanimidad (109 votos).

### **U Thant y el cargo de Secretario General**

U Thant preservó el rol de alto nivel para el Secretario General que su antecesor había logrado. Durante su mandato, U Thant desempeñó el rol de intermediario en una seria cuestión, la crisis de los misiles en Cuba, que envolvía a dos grandes potencias.

#### **La crisis de Cuba:**

U Thant, con el apoyo del Consejo de Seguridad, interpuso la Secretaría General entre los Estados Unidos y la Unión Soviética durante la crisis de Cuba.

El Presidente Kennedy anunció el 22 de octubre de 1962, la existencia de misiles en Cuba y que el Gobierno de Washington había adoptado medidas de cuarentena alrededor de la isla. En la sesión del Consejo de Seguridad de 24 de octubre de 1962 U Thant anunció el envío de idénticos mensajes a Khrushchev y a Kennedy solicitando la suspensión del envío de armas y las medidas de cuarentena por un período de dos o tres semanas y urgió el inicio de las negociaciones para lograr una solución pacífica de la crisis. U Thant recibió respuestas favorables de Khrushchev y Kennedy.

La Unión Soviética y los Estados Unidos llegaron a un acuerdo. La Unión Soviética aceptó retirar los misiles de Cuba bajo apropiada observación y supervisión de las Naciones Unidas. Los Estados Unidos aceptaron retirar las medidas de cuarentena y asegurar la no invasión de Cuba. Las disposiciones de este acuerdo eran esencialmente las mismas que habían sido sugeridas por U Thant.

La actuación de las Naciones Unidas terminó oficialmente el 7 de enero de 1963 cuando la Unión Soviética y los Estados Unidos enviaron una carta expresando su apreciación por los esfuerzos del Secretario General en asistirlos para evitar la seria amenaza para la paz que surgió en Cuba.

En la crisis de Cuba, si bien fue el poderío militar de los Estados Unidos el que forzó a la Unión Soviética a sacar los misiles, el Secretario General desempeñó un valioso rol de intermediario. Las actividades de U Thant durante la crisis demostraron: 1º) que el Secretario General puede intervenir en conflictos entre las grandes potencias, al menos bajo ciertas circunstancias, sin riesgo para sí o su cargo; 2º) La relevancia de las Naciones Unidas en la colaboración entre los Estados Unidos y la Unión Soviética.

### **Reelección de U Thant**

U Thant había logrado mantener la confianza de las grandes potencias, pero limitaciones a su libertad de acción interferían en el cumplimiento de sus tareas. La Unión Soviética, por ejemplo, a menudo con el apoyo de Francia, se oponía a toda tendencia hacia el supranacionalismo. Estas dos potencias frecuentemente insistían que el Secretario General no

podía actuar en una emergencia sin el expreso consentimiento del Consejo de Seguridad.

Estas limitaciones fueron una de las quejas principales del Secretario General cuando anunció el 1º de setiembre de 1966, que no deseaba cumplir otro período.

En la conferencia de prensa del 19 de setiembre de 1966, U Thant enfatizó que el Secretario General debe tomar las iniciativas necesarias en los campos político y diplomático, iniciativas que consideraba parte esencial de las funciones del Secretario General.

El 1º de noviembre de 1966 la Asamblea General prorrogó las funciones de U Thant hasta la clausura de dicho período de sesiones. El 2 de diciembre de 1966 el Consejo de Seguridad recomendó a la Asamblea General el nombre de U Thant. La Asamblea General lo eligió por un nuevo mandato, por 120 votos y un voto anulado, hasta el 31 de diciembre de 1971.

El acuerdo entre las grandes potencias y U Thant, que lo indujo a permanecer en su puesto fue una victoria para las Naciones Unidas. No sólo evitó una difícil lucha de sucesión sino que afianzó el rol político del Secretario General.

U Thant continuó el desempeño de su autodefinido rol de "puente" entre las grandes potencias exponiéndose a criticismo o presiones.

#### Medio Oriente:

U Thant fue criticado por su decisión de retirar las Fuerzas de Emergencia de las Naciones Unidas de la frontera egipcia-israelí, en junio de 1967. Esta medida había sido solicitada por el Gobierno de la República Árabe Unida ya que F.E.N.U. establecida bajo el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, sólo podía permanecer con el acuerdo del Estado.

La acción de U Thant motivó el estudio sobre el grado de autoridad independiente del Secretario General. Podía ordenar el retiro independientemente o necesitaba la aprobación del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General. Más aún, la crisis de Medio Oriente demostró la vulnerabilidad del Secretario General. El abogar por un grado mayor de independencia podría contribuir, al mismo tiempo, a aumentar su vulnerabilidad.

#### V. KURT WALDHEIM (1972-1981)

##### Elección de Kurt Waldheim como Secretario General

Kurt Waldheim, nació cerca de Viena, Austria, el 21 de diciembre de 1918. Jurista y diplomático de carrera. De 1964 a 1968 fue Representante Permanente de Austria en las Naciones Unidas. De 1968 a 1970 fue Ministro Federal para Asuntos Exteriores de Austria en las Naciones Unidas, cargo que ocupaba cuando fue elegido Secretario General.

El 21 de diciembre de 1971 el Consejo de Seguridad recomendó a Kurt Waldheim como Secretario General, después de varias votaciones secretas sobre candidatos para el cargo. La Asamblea General lo nombró el

22 de diciembre, por aclamación por un período de 5 años a partir del 1º de enero de 1972, resolución 2903 (XXVI).

Kurt Waldheim desempeñó un segundo mandato hasta el 31 de diciembre de 1981. El 7 de diciembre de 1976 el Consejo de Seguridad recomendó su nombramiento mediante voto unánime, en una reunión privada, resolución 400 (1976). La Asamblea General lo nombró el 8 de diciembre de 1976.

Al presentar la resolución en la Asamblea General, el Presidente del Consejo de Seguridad dijo que, al hacer su recomendación, el Consejo había tenido debidamente en cuenta las notables cualidades del señor Waldheim, y su dedicación y efectividad en el servicio de la causa de las Naciones Unidas durante su primer período como Secretario General. Agregó que "la gran habilidad, la experiencia multilateral y el inalterable sentido del deber que Kurt Waldheim había mostrado constantemente, son reconocidos y apreciados por los Miembros de Nuestra Organización.

### **Kurt Waldheim y el cargo de Secretario General**

Durante su desempeño como Secretario General, Kurt Waldheim puso énfasis en la primacía de la responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En lo referente al rol del Secretario General, Kurt Waldheim observó en la Introducción a la Memoria Anual, agosto de 1972, que el Secretario General debe estar dispuesto a ayudar en toda situación cuando los órganos de las Naciones Unidas o las partes así lo requieran.

A diferencia de U Thant, Kurt Waldheim no opuso objeción al criterio de la Unión Soviética y Francia de que el Secretario General trabaje bajo la supervisión del Consejo de Seguridad en cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

La controversia sobre la autoridad del Secretario General a efectuar misiones de mediación a pedido de las partes pero sin la aprobación del Consejo, es ilustrado en el caso de Irán-Iraq en el Consejo de Seguridad, en 1974. La Unión Soviética sostuvo que en el caso de pedido por las partes de asistencia del Secretario General, "él debería acordar con el Consejo sobre la naturaleza y extensión de tal asistencia". En respuesta, varias delegaciones manifestaron que la consulta por el Secretario General con el Consejo en tales casos, era discrecional y no obligatoria.

Generalmente, las misiones de mediación emprendidas por Kurt Waldheim fueron solicitadas por el Consejo de Seguridad o la Asamblea General en casos como Chipre, Medio Oriente, Namibia, Irán-Iraq, Sahara Español.

### **Chipre:**

En el caso de Chipre, la labor del Secretario General fue intensa y continuada para responder al pedido del Consejo de Seguridad para que desempeñe el rol mediador.

Así, directamente o a través de su representante personal jugó un rol prominente en las conversaciones entre los líderes de las comunidades griegas y turcas. En su primera visita a Chipre acoró a Glafcos Clerides y Rauf Denktaş, representantes de las dos comunidades. En agosto de 1974

al finalizar las hostilidades visitó Chipre a fin de inspeccionar las Fuerzas para el Mantenimiento de la Paz y nuevamente, en forma personal acercó a Clerides y Denktash para reanudar las negociaciones y discutir problemas humanitarios.

Desde 1975, el Consejo de Seguridad encomendó al Secretario General una misión de buenos oficios. Bajo este sistema, seis ruedas de negociaciones tuvieron lugar entre los representantes de las dos comunidades bajo los auspicios del Secretario General.

En enero de 1978, Kurt Waldheim visitó Turquía, Grecia y Chipre para discutir la reapertura del proceso de negociación. Estos contactos continuaron hasta la adopción del acuerdo de diez puntos en mayo de 1979.

#### **Evaluación de su mandato, por Kurt Waldheim**

En opinión de Kurt Waldheim el cargo de Secretario General "es al mismo tiempo uno de los más fascinantes y uno de los que más sentido de frustración ocasiona". Así lo manifestó en la Asamblea General al aceptar su reelección el 8 de diciembre de 1976. Señaló también que el Secretario General tiene "grandes responsabilidades públicas, pero muy poco o ningún poder real... sus armas son la persuasión y la razón; su principal apoyo es la confianza de los Gobiernos y el deseo de la Humanidad, de paz, justicia, decoro y progreso".

Antes de abandonar el cargo, Kurt Waldheim, en su última conferencia de prensa, el 21 de diciembre de 1981, se refirió a los problemas enfrentados y a los éxitos logrados durante los diez años al frente del cargo de Secretario General.

Destacó que, "en primer lugar, y de mayor importancia, había aportado una valiosa contribución a los esfuerzos de la comunidad internacional para impedir una tercera guerra mundial..."; que "había participado personalmente en los esfuerzos para encontrar una solución al problema Norte-Sur, la cuestión de crear un nuevo orden económico internacional, iniciar las negociaciones globales, etc.". Señaló también que "había tenido muchos problemas difíciles y complejos. Verdaderos desafíos habían sido: los problemas relacionados con el Oriente Medio; la situación en Namibia; la situación en el Irán en relación con los rehenes estadounidenses... Afganistán, etc."

En opinión de Kurt Waldheim, la situación actual es una de las más peligrosas para las relaciones internacionales. Expresó que "la tensión internacional actual tenía efectos muy negativos sobre la labor de las Naciones Unidas. No se podía esperar que la Organización desempeñase una labor útil y constructiva si no existía un mínimo de confianza y cooperación entre las grandes potencias. Este era uno de los aspectos fundamentales del problema que se debía tener presente".

#### **VI. JAVIER PEREZ DE CUELLAR (1982-1986)**

##### **Elección de Javier Pérez de Cuéllar como Secretario General**

Javier Pérez de Cuéllar nació en Lima, Perú, el 19 de enero de 1920. Abogado y diplomático de carrera. Fue miembro de la delegación pe-

ruana al primer período de sesiones de la Asamblea General en 1946. En 1971 fue nombrado Representante Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, y encabezó las delegaciones de su país a todas las sesiones de la Asamblea General hasta 1975. De 1975 a 1977 fue Representante Especial del Secretario General en Chipre. Fue Representante Personal del Secretario General para la situación en Afganistán y Secretario General Adjunto de Asuntos Políticos Especiales.

El 11 de diciembre de 1981, el Consejo de Seguridad recomendó unánimemente a Javier Pérez de Cuéllar para el cargo de Secretario General, resolución 494 (1981). La Asamblea General lo nombró por aclamación el 15 de diciembre (36/137), por un período de 5 años a partir del 1° de enero de 1982.

Las votaciones en el Consejo de Seguridad habían sido iniciadas el 27 de octubre. En 16 rondas de votaciones China vetó 16 veces a la candidatura de Kurt Waldheim, a fin de apoyar a un candidato del tercer mundo. La candidatura de Salim Abdel Salim, Ministro de Relaciones Exteriores de Tanzania fue vetada reiteradamente por los Estados Unidos. La Unión Soviética brindó apoyo incondicional a Waldheim.

Ante tal situación, el Presidente del Consejo de Seguridad, embajador de Uganda, Olara Otunnu, pidió a Waldheim y a Salim que retiraran sus candidaturas para considerar a otros aspirantes. Kurt Waldheim retiró su nombre de las votaciones del Consejo de Seguridad el 3 de diciembre, y Salim A. Salim lo hizo el 8 de diciembre. Con el retiro de los dos únicos candidatos declarados, el Consejo de Seguridad pudo reunirse el 11 de diciembre en sesión privada para considerar a otros candidatos (nueve inicialmente, pero dos se retiraron de la contienda). De los siete, Javier Pérez de Cuéllar fue el único no vetado.

### **Javier Pérez de Cuéllar y el cargo de Secretario General**

Javier Pérez de Cuéllar manifestó en la Asamblea General, después de prestar juramento, el 15 de diciembre de 1981, que "su firme propósito era reactivar el papel político que correspondía al Secretario General dentro de los parámetros constitucionales de las Naciones Unidas, siempre atento a la rápida evolución de los acontecimientos" y cuidando siempre de no dejarse arrastrar por ellos".

Posteriormente se refirió a su rol, en su primer conferencia de prensa el 21 de enero de 1982. Señaló Javier Pérez de Cuéllar que "en la posición del Secretario General uno no puede fijarse prioridades porque todo depende de la situación internacional. Pero por supuesto, tengo una filosofía general acerca de mi puesto, que consiste en tratar de resolver pacíficamente todos los problemas internacionales".

#### **Islas Malvinas:**

El Secretario General efectuó esfuerzos para facilitar un acuerdo entre la Argentina y el Reino Unido respecto de las Islas Malvinas.

Javier Pérez de Cuéllar, en su declaración en el Consejo de Seguridad el 21 de mayo de 1982, informó sobre las medidas que había tomado en cumplimiento de los objetivos de la resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad.

La resolución 502 de 3 de abril de 1982 dispone:

El Consejo de Seguridad:

1. Exige la cesación inmediata de las hostilidades.
2. Exige la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas (Falkland).
3. Exhorta a los gobiernos de la Argentina y el Reino Unido a que procuren hallar una solución diplomática a sus diferencias y a que respeten plenamente los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas.

El Secretario General celebró desde el 7 al 21 de mayo, 30 reuniones con las dos partes con el objeto de ayudarles a llegar a un acuerdo similar al que había sugerido en su aide-memoire de 2 de mayo.

La Argentina y el Reino Unido presentaron al Secretario General sendos proyectos de acuerdo interino. Como del estudio de dichos textos resultaba que persistían diferencias en varios puntos, Pérez de Cuéllar entregó a las partes un segundo aide-memoire con el fin de ayudarles a superar esas diferencias.

El 26 de mayo, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 505 pidiendo al Secretario General una misión renovada de buenos Oficios a fin de negociar condiciones mutuamente aceptables de un cese del fuego.

La resolución 505 dispone:

El Consejo de Seguridad

1. Expresa su reconocimiento al Secretario General por los esfuerzos que ha desplegado para lograr un acuerdo entre las partes, asegurar la aplicación de la resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad y, de ese modo, restablecer la paz en la región.
2. Pide al Secretario General, sobre la base de la presente resolución que emprenda una misión renovada de buenos oficios teniendo en cuenta la resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad y el enfoque esbozado en la declaración del Secretario General del 21 de mayo de 1982.
3. Exhorta a las partes en el conflicto a que cooperen plenamente con el Secretario General en su misión, con vistas a la finalización de las presentes hostilidades en y en alrededor de las Islas Malvinas (Falkland).
4. Pide al Secretario General que tome contacto con las partes inmediatamente con vistas a una negociación de los términos de un cese del fuego mutuamente aceptable, incluyendo si es necesario, arreglos para el envío de observadores de las Naciones Unidas para vigilar el cumplimiento de los términos de la cesación del fuego.
5. Pide al Secretario General que presente un informe provisional al Consejo de Seguridad dentro de los siete días.

El Secretario General presentó el informe solicitado por el Consejo de Seguridad el día 2 de junio (S/13.151). Pérez de Cuéllar señaló en el mismo "que después de extensas consultas las posiciones de las partes no ofrecían en aquel momento la posibilidad de elaborar condiciones aceptables para un cese de fuego".

El Consejo de Seguridad se reunió el 2 de junio, y el día 4, una reso-

lesión no fue aprobada debido al veto del Reino Unido y de los Estados Unidos. La resolución vetada (S/15.156/Rev. 2) pedía un cese de fuego inmediato junto con el cumplimiento simultáneo de las resoluciones 502 y 505 "en su totalidad". El Reino Unido dijo que vetaba la resolución porque no vinculaba explícitamente el cese de fuego con la retirada de las tropas argentinas.

El acta de cese de fuego fue firmada por las partes en Puerto Argentino el 14 de junio de 1982, siendo recuperadas las Islas Malvinas por parte de las fuerzas británicas.

En la Memoria Anual (1982) el Secretario General señaló que "en la repentina crisis de las Islas Malvinas (Falkland Islands), a pesar de las intensas negociaciones que llevé a cabo con el apoyo total y el estímulo del Consejo de Seguridad —negociaciones encaminadas a disminuir las diferencias entre las partes—, resultó al final imposible contener un conflicto de grandes proporciones".

En noviembre de 1982, en el 37º período de sesiones, la Asamblea General adoptó una resolución en la que solicita al Secretario General una misión renovada de buenos oficios. La resolución A/37/9 adoptada el 4 de noviembre de 1982 establece:

#### La Asamblea General

1. Pide a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que reanuden las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad una solución pacífica a la disputa de soberanía referida a la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland).
2. Pide al Secretario General que, sobre la base de la presente resolución emprenda una misión renovada de buenos oficios a fin de asistir a las partes en cumplimiento de lo solicitado en el párrafo 1 supra, adoptando con tal propósito las medidas apropiadas;
3. Pide al Secretario General que presente un informe a la Asamblea General en su trigésimo octavo período de sesiones acerca de los progresos realizados en el cumplimiento de la presente resolución;
4. Decide incluir en el programa provisional de su trigésimo octavo período de sesiones el tema titulado "Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)".

#### Evaluación de las limitaciones del Secretario General, por Javier Pérez de Cuéllar

Las posibilidades y limitaciones de la actuación del Secretario General en las zonas de posible conflicto fueron puestas de manifiesto por Javier Pérez de Cuéllar en la Memoria Anual, setiembre de 1982. En su opinión "el Secretario General podría desempeñar un papel más directo en cuanto a señalar la atención del Consejo las situaciones potencialmente peligrosas, en el marco general del Artículo 99 de la Carta".... "a fin de evitar que el Consejo de Seguridad intervenga demasiado tarde en las situaciones críticas....".

Javier Pérez de Cuéllar pone así de manifiesto su criterio sobre el desempeño efectivo por parte del Secretario General de rol previsto en el artículo 99 de la Carta. Expresó que:

"Mis predecesores así lo han hecho en varias ocasiones, pero me pregunto si no ha llegado la hora de aplicar un enfoque más sistemático. Son bien conocidas la mayor parte de las zonas de posible conflicto. El Secretario General ha tratado tradicionalmente, si bien en forma oficiosa, de mantenerse atento a los problemas susceptibles de desembocar en conflicto y de hacer lo que está a su alcance para prevenirlos mediante discretas medidas diplomáticas. Los medios diplomáticos de que dispone el Secretario General son, sin embargo, sumamente limitados en sí mismos. A fin de desempeñar efectivamente el papel preventivo previsto para el Secretario General en el Artículo 99, me propongo hacer más amplia y más sistemática la capacidad de investigar los hechos en las zonas de posible conflicto. Ese propósito, naturalmente, se llevará a cabo en estrecha coordinación con el Consejo. Por su parte, el propio Consejo podría idear procedimientos más rápidos y expeditivos para enviar misiones investigadoras o de buenos oficios, observadores militares o civiles o algún tipo de presencia de las Naciones Unidas a las zonas de posible conflicto. Dichas medidas podrían impedir que empeorasen las situaciones de conflicto y tal vez también servir de verdadera ayuda a las partes en el arreglo pacífico de controversias antes de que éstas se iniciasen".

## VII. BIBLIOGRAFIA

Sidney D. Bailey. "La Secretaría de las Naciones Unidas". Editorial Diana S.A., México, 1965.

Tyrgve Lie. "La Causa de la Paz". Editorial Ahr. Barcelona, 1957.

Javier Pérez de Cuéllar. "Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización" (1962). Nueva York: Naciones Unidas, 1962.

U Thant. "Documentos para la Paz". Extractos de los escritos y discursos de U Thant, Secretario General de las Naciones Unidas, sobre asuntos de importancia mundial 1961-1970. Nueva York: Naciones Unidas, 1970.

Kurt Waldheim. "El Desafío de la Paz". Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

Profesora Adjunta (i) de Derecho Internacional Público.  
Catedra a cargo del Dr. Alfredo de las Carreras.

# LA ORGANIZACION DEL PODER EN EL PARLAMENTARISMO CLASICO

Por Fermín Pedro Ubetone

## Sumario

- Cap. I. El parlamentarismo clásico.
- Cap. II. La organización gubernamental de la III y IV República.
  - (a) Los órganos principales.
  - (b) El Parlamento
  - (c) El Ejecutivo (I): el Presidente de la República.
  - (d) El Ejecutivo (II): el Gobierno.
- Cap. III. Relaciones entre Gobierno y Parlamento.
  - (a) En general.
  - (b) La disolución anticipada en la III y IV República.
  - (c) La responsabilidad del Gobierno en la III y IV República.
  - (d) Sobre la inestabilidad de los Gobiernos en la III y IV República.
- Cap. IV. Organos judiciales: ¿Tribunales o Poder?
- Cap. V. Control de constitucionalidad de la ley.
  - (a) En general.
  - (b) El control de constitucionalidad de la ley en la III y IV República.
- Cap. VI. Síntesis final.  
Bibliografía.

## CAP. I. El parlamentarismo clásico

Usando el término en un sentido amplio, el "parlamentarismo" puede abarcar diversos modelos, con caracteres comunes pero importantes diferencias en cuanto a su dinámica política, a las relaciones entre los órganos estatales, y al centro de gravedad del sistema.

Estos modelos, o tipos de gobierno, incluidos dentro del parlamentarismo en sentido amplio, son básicamente dos: el "gobierno de gabinete" de Gran Bretaña, adoptado luego también por los Estados que habían sido dominios británicos, caracterizado por el predominio del gabinete sobre el parlamento; y el "gobierno parlamentario", en su forma clásica, originado en Francia y extendido más tarde a varios otros países de Europa continental, caracterizado por el predominio del parlamento sobre el gobierno o gabinete. Cabrían asimismo otras variedades del parlamentarismo, no claramente encuadrables en uno u otro supuesto.

Esto podría representarse así:

Parlamentarismo en sentido amplio	<ul style="list-style-type: none"><li>— Gobierno de gabinete (Modelo típico: Gran Bretaña).</li><li>— Parlamentarismo clásico (Modelo típico: Francia, III y IV Repúblicas).</li><li>— Otras variantes de parlamentarismo (Ejemplos: Constitución de Weimar, 1919; República Federal Alemana 1949; V República Francesa, 1958).</li></ul>
-----------------------------------	---

El objeto de este trabajo es exponer, de la manera más sencilla posible, el sistema de gobierno parlamentario, en la variedad que los autores han denominado "parlamentarismo clásico" o "parlamentarismo a la francesa". Su modelo original es el régimen de la III República francesa (1870-1940, según las Leyes Constitucionales de 1875) y su continuación en la IV República francesa (1948-1958).

Para facilitar la comprensión del sistema, se ha optado por realizar un "estudio de caso" referido a esa concreta experiencia francesa, sin generalizaciones ni comparaciones internacionales que podrían complicar más que ayudar.

Por ello no se tratará aquí de definir al parlamentarismo en uno u otro sentido, ni diferenciarlo del presidencialismo u otros tipos de gobierno. Cabe al respecto remitirse al marco general y a las caracterizaciones de cada sistema o tipo de gobierno desarrollados por Karl Loewenstein en su obra "Teoría de la Constitución" (1), y pasar directamente al análisis del caso estudiado.

## CAP. II. La organización gubernamental de la III y IV Repúblicas

### (a) Los órganos principales.

Dejando los tribunales para un Capítulo separado, por las razones que allí se verán, en la III y IV República, como en todo sistema parlamentario, los órganos principales (o "detentadores del poder" en la terminología de Loewenstein) son: el Parlamento y el Ejecutivo. El Ejecutivo tiene una estructura dual: un Presidente de la República por un lado, y un gobierno encabezado por un primer Ministro por el otro.

#### (b) El Parlamento.

Tanto en la III como en la IV República, el Parlamento es bicameral.

En la III República las cámaras se denominan "Cámara de Diputados" y "Senado", llamándose "Asamblea Nacional" a la reunión de ambas cámaras. Se trata de un caso de bicamariismo "paritario", en el sentido de que ambas cámaras tienen atribuciones equivalentes, que compensan la prevalencia de una en algún aspecto con la de la otra en otro aspecto. En particular ambas cámaras pueden exigir la responsabilidad del Gobierno, y ambas participan en condiciones de igualdad en la elaboración de la ley.

En la IV República las cámaras se denominan "Asamblea Nacional" y "Consejo de la República". Se trata de un bicamariismo "desigual", con notable prevalencia de la Asamblea Nacional en la elaboración de la ley, y en ser la única ante la cual es responsable el Gobierno. El consejo de la República tiene atribuciones mucho más reducidas que el Senado de la III República.

#### (c) El Ejecutivo (I): el Presidente de la República.

El Presidente de la República es designado por ambas cámaras reunidas, por un término de 7 años, y es reelegible (en la IV República una sola vez (\*)). No es responsable salvo en caso de alta traición (\*\*).

Como se ha explicado en otra ocasión, la mayoría de los constituyentes de 1875 quisieron organizar una república que permitiera con facilidad restablecer la monarquía. En consecuencia las atribuciones que otorga la Constitución de la III República al Presidente de la República son importantes (\*), a punto tal que mientras permaneciera en dicho cargo el Mariscal Mac-Mahon, designado en 1873 por 7 años, sólo él podría iniciar una reforma constitucional (\*\*).

Sin embargo, va cambiando la composición del parlamento desde el punto de vista ideológico, se producen los forcejeos entre el Presidente Mac-Mahon y el parlamento, y aquél resulta derrotado y finalmente renuncia en 1879, siendo reemplazado por Jules Grévy. A partir de ese momento el Presidente de la República se somete al parlamento, quedando el ejercicio efectivo de sus atribuciones constitucionales a cargo del Primer Ministro.

Los autores concuerdan en que a partir de ese momento quedaron en la realidad los poderes del Presidente de la República reducidos a funciones representativas y protocolares; a lo sumo le quedaba la influencia que por su prestigio personal pudiera ejercer (\*\*).

Un ex Presidente de la III República, Jean Paul Pierre Casimir-Périer, llegó a decir que "De todos los poderes que la Constitución le reconoce, 'el Presidente de la República no ejerce más que uno: la presidencia de "las solemnidades nacionales" (\*).

La IV República no introdujo modificaciones.

Esa función representativa y protocolar del Presidente de la República es la que resulta clásica en todos los regímenes parlamentarios. Por eso se habla de "Jefe de Estado" incluyendo en este término tanto a los Presidentes de las Repúblicas como a los Reyes de las monarquías, señalándose que en los regímenes parlamentarios hay un Ejecutivo "dual" integrado por un Jefe de Estado (el Rey o el Presidente) y un Jefe de Gobierno (el Primer Ministro) (\*).

No obstante, debe recordarse que le resta al Presidente de la República lo que Loewenstein llama "una única prerrogativa autónoma, la de elegir al Primer Ministro; pero aún ésta limitada, siendo su papel el de un "honrado mediador" (\*\*).

Finalmente es útil recordar un par de episodios que los autores citan como excepciones que hubo en la práctica al principio de la irresponsabilidad del Presidente de la República ante el parlamento (\*\*).

Después de la renuncia de Mac-Mahon, que lo hace para no firmar resoluciones del Gobierno que afectaban a ciertos militares, se nombra Presidente de la República a Jules Grévy, un viejo republicano de 1848, quien es reeligido al terminar su periodo en 1885 (único caso de reelección del Presidente de la República en la III República hasta 1939).

Pero en 1887 se descubre un "affaire" en el cual estaba involucrado el diputado Wilson (yerno de Grévy), quien trataba con el otorgamiento de la Legión de Honor. Aunque Grévy personalmente no estaba implicado en el asunto, los jefes parlamentarios consideraron que moralmente Grévy no podía continuar en el cargo, pusieron en minoría al Gobierno Rouvier, y los parlamentarios llamados por Grévy a formar Gobierno se negaron a aceptar el encargo, hasta obtener su dimisión el 2 de diciembre de 1887.

En 1924, las elecciones generales de renovación parlamentaria dan el triunfo al cartel de las izquierdas. Llamados a formar Gobierno sus jefes por el Presidente de la República Alexandre Millerand, se niegan a aceptar el encargo, acusando a Millerand de haber abandonado la imparcialidad que su cargo le exigía, interviniendo a favor de los partidos de derechas, siendo imposible formar un Gobierno que pudiera obtener la confianza parlamentaria, Millerand renuncia.

(d) El Ejecutivo (II): el Gobierno.

El término "Gobierno" designa en la doctrina europea al conjunto formado por el Primer Ministro y los Ministros: en ese sentido se lo utiliza en este trabajo, aunque debe constar que no es un término empleado en las Constituciones de la III y IV República. En la III República se habla del "Consejo de Ministros"; y en la IV República, del "Consejo de Ministros" o "Gabinete" (al parecer indistintamente).

La figura central del Gobierno es el "Primer Ministro", que es quien asume a partir de 1879 las funciones que la Constitución otorgaba al Presidente de la República. Tampoco es la denominación de Primer Ministro la terminología constitucional de la III y IV República. En realidad, en la Constitución de la III República no aparece esta figura; ni siquiera aparece en las leyes francesas (hasta 1934) (\*\*). En la Constitución de la IV República se le da el nombre de "Presidente del Consejo de Ministros". Aquí se utilizará la denominación de Primer Ministro por ser la más co-

riente, y para evitar posibles confusiones con el Presidente de la República.

El Gobierno es responsable ante el parlamento, y permanece en funciones mientras cuente con el apoyo ("confianza") parlamentario.

### CAP. III. Relaciones entre Gobierno y Parlamento

#### (a) En general.

Actualmente al estudiar el tema de la separación de los poderes, el énfasis se pone en el control entre los órganos gubernamentales (o "detentadores del poder").

En el sistema parlamentario hay un control recíproco entre el Gobierno y el parlamento: el parlamento puede forzar la dimisión del Gobierno; y el Gobierno puede disolver el parlamento, convocando inmediatamente a elecciones de renovación del mismo (\*).

El Gobierno debe contar con la confianza de la mayoría del parlamento desde su designación, y mantenerla luego. Se denomina "investidura" al procedimiento mediante el cual el parlamento expresa su confianza a un Gobierno recién designado, con lo cual puede iniciar su gestión.

Conservar la confianza mayoritaria del parlamento no significa que toda votación debe resultar favorable a la postura del Gobierno. La constatación formal de la confianza parlamentaria puede hacerse a iniciativa del Gobierno o del parlamento.

La "cuestión de confianza" es aquel asunto que el Gobierno califica expresamente de tal ante el parlamento antes de la votación, anticipando expresa o implícitamente que renunciará en caso de serle contraria la votación. Si el resultado es favorable para el Gobierno se llama "voto de confianza"; si es desfavorable, "voto de desconfianza" y lleva aparejada la renuncia del Gobierno.

Los miembros del parlamento pueden proponer una "moción de censura" que en caso de ser aprobada ("voto de censura") también apareja la renuncia del Gobierno.

La responsabilidad del Gobierno ante el parlamento significa que el Gobierno debe dimitir colectivamente en caso de que el parlamento emita un voto de desconfianza o un voto de censura.

La contrapartida de la responsabilidad del Gobierno ante el parlamento es la posibilidad de disolución anticipada del parlamento (o de la cámara baja). El Gobierno puede disolver el parlamento (o la cámara baja) antes del vencimiento del término de los mandatos de los miembros del parlamento, convocando inmediatamente a elecciones para renovar el cuerpo disuelto. Estas elecciones constituyen una verdadera prueba de fuerza tanto para el Gobierno como para los parlamentarios. El Gobierno puede resultar derrotado por la decisión del electorado; los parlamentarios (inclusive los miembros del Gobierno) pueden perder sus bancas en la contienda electoral.

De todos modos conviene insistir en que la disolución del parlamento no tiene por consecuencia la absorción de sus atribuciones por parte del Gobierno, sino el sometimiento de Gobierno y parlamentarios a la decisión final del electorado, es decir del Pueblo.

(b) La disolución anticipada en la III y IV República.

La disolución anticipada de la cámara baja estaba prevista tanto en la Constitución de la III República como en la de la IV (\*).

Sin embargo, durante la III República sólo tuvo lugar en una ocasión, a consecuencia de los hechos del famoso "seize mai" (18 de mayo de 1877) del Presidente Mac-Mahon en su pugna con el parlamento, "con rasgos de golpe de Estado" según Loewenstein (\*). Las elecciones subsiguientes constituyeron una grave derrota para Mac-Mahon, quien finalmente renunció el 30 de enero de 1879, afirmándose entonces definitivamente la República y el parlamentarismo. Desde entonces hasta el fin de la III República (1877-1940) no volvió el Ejecutivo a ejercer su derecho de disolución anticipada. Ese derecho se "atrofió" (\*), lo que según algunos llevó al sometimiento del Gobierno ante las cámaras (\*).

La Constitución de 1875 establecía el derecho de disolución, con un único requisito previo: la opinión conforme del Senado. La Constitución de 1946, en cambio, lo establecía, y determinaba en qué casos podía ejercerse. Dicha reglamentación lo hacía bastante difícil, por lo que en una sola ocasión fue ejercido durante la IV República: el 2 de diciembre de 1951, por el Primer Ministro Edgar Faure. El resultado de las elecciones subsiguientes también fue una derrota para el Gobierno.

Tampoco en este aspecto la IV República fue diferente de la III. El derecho de disolución prácticamente no fue ejercido.

(c) La responsabilidad del Gobierno en la III y IV República.

En la III República el Gobierno era responsable ante ambas cámaras. La Constitución establecía: "Los Ministros son solidariamente responsables ante las Cámaras de la política general del gobierno, e individualmente de sus actos personales" (\*).

Esto fue interpretado en el sentido de que cualquiera de las cámaras, separadamente, podía exigir la responsabilidad del Gobierno. Si bien en la mayoría de los casos fue la Cámara de Diputados la que lo hizo, también el Senado ejerció esa facultad.

El Senado era una cámara que no podía ser disuelta en forma anticipada, pero que tenía y ejercía la facultad de exigir la responsabilidad del Gobierno. Esto implicaba una anomalía en la lógica del sistema parlamentario, donde el derecho de disolución es la contrapartida de la responsabilidad del Gobierno y fue un factor que contribuyó a la inestabilidad de los Gobiernos en la III República. En parte por eso fue que en la IV República el Gobierno fue hecho responsable solamente ante la cámara baja: "Los Ministros son colectivamente responsables ante la Asamblea Nacional por la política general del Gabinete e individualmente de sus actos personales. Ellos no son responsables ante el Consejo de la República" (\*).

La Constitución de la III República no regulaba la cuestión de confianza. La práctica era que cualquier Ministro, al defender un proyecto ante el parlamento y en el calor del debate hacía del asunto cuestión de confianza, y ponía en juego al gobierno colectivamente. Esto fue otro factor de inestabilidad que se trató de evitar en la IV República. Se estableció un procedimiento que reservaba al Primer Ministro el planteo de la cuestión de confianza, previa deliberación del Consejo de Ministros;

y no podía votarse al respecto en la cámara sino un día después de presentada (\*). También se regulaba la moción de censura, fijando igualmente un plazo de un día desde su presentación antes de que la cámara pudiera votar (\*\*). Tanto en uno como en otro caso, la votación adversa al Gobierno, para llevar aparejada la dimisión colectiva de éste, debía ser por mayoría absoluta de los diputados de la Asamblea Nacional.

Confirman estas regulaciones que la Constitución de la IV República trató de ser una racionalización del régimen de la III República. Pero el procedimiento de la cuestión de confianza en general no se cumplió; el Primer Ministro la ha planteado en cualquier momento, sin la previa deliberación del Consejo de Ministros, y sin esperar el día de plazo, es decir volviendo en cierta medida a las prácticas de la III República. Ello es otro ejemplo de cómo las prácticas constitucionales arraigadas en la mentalidad política de un país prevalecen muchas veces sobre los textos constitucionales. Señala un autor que, por lo menos en los primeros años de la IV República ninguna crisis (renuncia colectiva del Gobierno) "tuvo lugar como consecuencia de una pérdida de una cuestión de confianza o de un voto de censura" (\*\*).

(d) Sobre la inestabilidad de los Gobiernos en la III y IV República.

La III y IV República se caracterizaron por la gran inestabilidad de los Gobiernos.

Se ha dicho que durante la vigencia de la Constitución de 1875, 65 años, hubo más de 100 (¡cien!) Gobiernos (\*\*), y durante los 12 años de la IV República hubo 25 (¡veinticinco!) Gobiernos (\*\*). El promedio aritmético de la duración de los Gobiernos en la III República es inferior a los 8 meses, y en la IV República menor de 6 meses. Además durante la III República ningún Gobierno llegó a durar 3 años; la máxima duración de un Gobierno fue de dos años y once meses (Waldeck-Rousseau, junio de 1899 a mayo de 1902).

Las crisis ministeriales se produjeron por diversas circunstancias: pérdida de cuestiones de confianza, elecciones de renovación parlamentaria que cambiaron la composición del parlamento, elección del Primer Ministro en ejercicio como Presidente de la República (Raymond Poincaré en 1913, y Alexandre Millerand en 1920), votación interna de un congreso de un partido político de la coalición gubernamental (Poincaré, 1929), razones de salud (Waldeck-Rousseau, 1902), etc.

Para evaluar correctamente el grado de inestabilidad gubernamental hay que tener en cuenta dos factores que la mitigan en alguna medida:

(1) La técnica que los franceses llaman "réplâtrer" (enyesar, revocar), y que consiste en formar un nuevo Gobierno con parte de los miembros del anterior. El nuevo Gobierno refleja la nueva coalición gubernamental, y muchas veces nuevo Gobierno y nueva coalición tienen una cierta similitud con los anteriores. Eso fue lo que llevó a Georges Clemenceau a responder, en una ocasión en que era acusado de haber derribado muchos Gobiernos: "¡Pero si siempre era el mismo!". Más allá de la humorada, el resultado del empleo de esa técnica es que se forma un grupo o élite dirigente experimentada en la conducción política al máximo nivel, cuyos miembros pueden reemplazarse recíprocamente en los cargos con una cierta eficiencia.

(2) La existencia de una sólida y estable y capacitada administración.

pública, con una larga tradición cuyos antecedentes se hallan en el aparato administrativo del "ancien régime" (la monarquía absoluta de los Borbones), organizada y consolidada durante el Consulado y el primer Imperio, y que ha subsistido durante todos los regímenes constitucionales hasta la fecha (10). Ha dicho Barthélemy: "No se comprende nada de la historia política de nuestro país ni se olvida que la estabilidad administrativa ha compensado ampliamente la movilidad constitucional" (11).

Se han señalado factores que han mitigado la gran inestabilidad gubernamental. Se han mencionado algunos de los factores que contribuyeron a esa inestabilidad. Pero no se ha hablado hasta ahora de las causas.

La causa principal de la inestabilidad gubernamental de la III y IV República ha sido la composición del parlamento, multipartidaria al extremo. (Las causas, a su vez, de esa composición del parlamento hay que buscarlas en la historia de Francia, con sus desgarradoras luchas internas y externas; y en el régimen electoral).

De allí ha derivado la necesidad de formar coaliciones para poder constituir Gobierno. Estas coaliciones han sido sumamente inestables, tal vez por responder a acuerdos circunstanciales; tal vez por la tentación de los parlamentarios (permitida por la organización constitucional) de derribar un Gobierno con la esperanza de obtener un Ministerio en el siguiente, etc. Refiriéndose a la IV República dice un autor: "La mayor parte de los Gobiernos se disociaron ellos mismos, por dimisión de algunos de sus miembros" (12).

A ello hay que agregar la mentalidad francesa y sus concepciones filosófico-políticas. Piensa Loewenstein que el carácter nacional no se puede cambiar con dispositivos funcionales (13).

En efecto, a mero título ejemplificativo de la diferencia de mentalidad, e incluso de actitud hacia la autoridad, entre franceses y alemanes, puede observarse la experiencia de la República Federal Alemana en los últimos años. Allí la realineación de las coaliciones entre los tres partidos importantes se produce solamente luego de elecciones generales de renovación parlamentaria, y se mantienen durante toda la legislatura. La estabilidad de los Gobiernos alemanes no se funda en la cláusula que sólo permite derribar un Gobierno cuando se elige simultáneamente su sucesor. Aunque ése es sin duda un dispositivo favorable a la estabilidad gubernamental, jurídicamente nada impediría a los partidos alemanes realizar coaliciones en cualquier momento; pero eso no ocurre (14). Podría aventurarse la impresión de que una cláusula similar, hipotéticamente insertada en las Constituciones de la III o IV República, apenas habría producido algún resultado.

Estas consideraciones, aunque se alejan un poco del tema central de esta monografía, han parecido necesarias para dar una cabal idea de la III y IV República, y también para evitar atribuir exclusivamente la inestabilidad de esos regímenes a la organización constitucional de los poderes públicos y de sus relaciones.

#### CAP. IV. Organos judiciales: ¿Tribunales o poder?

En el Estado moderno los tribunales como órganos especializados en la función judicial aparecen al principio como dependencias o delegacio-

nes del monarca, que lo alivian de gran parte del trabajo judicial de rutina, pero al cual se hallan subordinados sin lugar a dudas.

Pasará mucho tiempo antes de que se los llegue a concebir como órganos separados e independientes. Locke, el teórico de la Glorious Revolution inglesa de 1688, al estudiar la separación de los poderes no menciona al poder judicial. Montesquieu habla del "poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil" (\*) o "poder de juzgar" (\*) como un desprendimiento del ejecutivo, y lo califica de "en cierta manera nulo" (\*).

Se ha dicho anteriormente que en la actualidad el estudio de la separación de los poderes se centra en lo que Montesquieu llamaba "facultad de impedir", y que en la terminología moderna constituye el tema del control, en este caso de un órgano por otro.

La pregunta concreta que se plantea en este Capítulo es: ¿En la III y IV República, los tribunales judiciales son verdaderos "poderes" equiparables al parlamento y al ejecutivo, o son simples órganos, relativamente independientes pero nada más?

Puede utilizarse como clave para determinar la respuesta a la pregunta planteada, la posibilidad de los tribunales de controlar a los otros órganos principales, es decir si tienen la "facultad de impedir"; y en particular si ejercen control de constitucionalidad de las leyes (\*).

En Francia, en la época de los Borbones, los tribunales (especialmente los "Parlamentos Generales", que eran los órganos judiciales más importantes) habían cometido muchos excesos. Por ello luego de la Revolución de 1789 se trata de limitar las atribuciones de los tribunales.

Resultado de esa animadversión hacia los tribunales fueron las disposiciones que les prohibieron conocer y decidir de los actos administrativos (\*), y entrar a suspender la ejecución y aplicación de las leyes (\*). Conviene señalar que esas limitaciones a la actividad judicial han sobrevivido a la gran cantidad de cambios institucionales de Francia, y subsisten hasta la fecha (\*) y (\*).

Los tribunales judiciales franceses no ejercen control de la constitucionalidad de las leyes. Se verá en el Capítulo siguiente cuál es el sistema de control de constitucionalidad de la ley en la III y IV República.

No controlan otros actos del parlamento, ni los actos administrativos, es decir que tampoco controlan al ejecutivo.

La conclusión surge clara e indudable: los tribunales judiciales franceses no constituyen un "poder" comparable al parlamento y al ejecutivo, dado que no tienen ninguna "facultad de impedir" (es decir de ejercer control) sobre los actos de éstos.

Esta realidad constitucional, tan distinta de la argentina o de la norteamericana (es lo que ha hecho sorprender a los autores de Europa Continental ante el rol de los tribunales norteamericanos, especialmente la Suprema Corte Federal, y que los ha llevado a describir el sistema político norteamericano como "el gobierno de los jueces" (\*\*).

Sin embargo, hay que reconocer que el sistema francés, que asigna a los tribunales judiciales un papel restringido, posee profundas raíces en la historia francesa y en la concepción que los franceses tienen de la función judicial: sin perjuicio del respeto que los jueces les merezca, con-

sideran que no corresponde a éstos controlar los actos de los otros dos "poderes".

## CAP. V. Control de constitucionalidad de la ley

### (a) En general.

Las constituciones se clasifican, siguiendo a Lord Bryce, en "rígidas" y "flexibles" según pueden ser reformadas o modificadas por los mismos órganos y procedimientos de la legislación común (caso de las constituciones flexibles) o no (caso de las constituciones rígidas).

En los casos de constituciones rígidas, en los cuales las leyes comunes no pueden modificar la Constitución, adquiere relevancia el problema del eventual dictado de una ley contraria a la constitución ("ley inconstitucional").

Ante esta posibilidad el constituyente puede establecer algún mecanismo, órgano o procedimiento para constatar la concordancia de la ley común con la constitución, es decir establecer un sistema de control de constitucionalidad de la ley; o no hacerlo.

Esta última actitud tiene por consecuencia práctica que en caso de dictarse una ley inconstitucional, no hay modo de invalidarla (salvo una ley que la derogue si el legislador cambia de opinión).

Entre las constituciones que prevén algún sistema de control de constitucionalidad de la ley se han adoptado muy diversas variantes, pero que implican siempre la existencia de un órgano o grupo de órganos (distintos del legislador común) encargados de confrontar la ley con la constitución, y juzgar sobre su concordancia o no.

De acuerdo con los efectos que se atribuya a la declaración de inconstitucionalidad, Kelsen agrupa los sistemas en dos formas: una, la invalidación de la ley inconstitucional; la otra, la responsabilidad personal del legislador. Ambas formas no se excluyen (\*).

Según el tipo de órgano que efectúe el control, los sistemas se clasifican en sistemas de control político y sistemas de control judicial. Entre éstos, a su vez, se distingue entre sistemas de control concentrado (cuando un solo tribunal tiene esa potestad) o difuso (cuando todos los jueces pueden hacerlo (\*\*)).

Pueden entonces presentarse las diversas posibilidades en forma de cuadro (\*).

SIN control de constitucionalidad de la ley.

CON control	político.	concentrado.
	judicial.	difuso.

### (b) El control de constitucionalidad de la ley en la III y IV Repúblicas.

Yendo ya concretamente a la III y IV República, debe decirse que ambas tienen constituciones rígidas (\*).

La Constitución de la III República no establece ningún sistema de control de constitucionalidad de la ley. El único control al respecto es el que se da durante el procedimiento legislativo, en el que intervienen las dos cámaras con atribuciones equivalentes, y el Ejecutivo que posee un veto "relativo" o "suspensivo" (es decir que puede ser superado por la insistencia de las cámaras) y "débil" (la insistencia no requiere mayoría especial (\*\*)); pero ello no constituye un sistema de control de constitucionalidad de la ley.

La Constitución de la IV República crea un muy rudimentario sistema de control de constitucionalidad de la ley, de carácter político, e insertado dentro del procedimiento legislativo.

Debe recordarse que la III República era un bicamariismo "paritario", mientras que en la IV República es "desigual", con acentuado predominio de la cámara baja (la Asamblea Nacional), la cual podía sancionar la ley a pesar de la oposición de la cámara alta (Consejo de la República) y del eventual veto del Ejecutivo (\*\*).

El sistema de control de constitucionalidad de la ley es el siguiente (\*). Se crea como órgano especializado el "Comité Constitucional", que halla sus antecedentes en el "juris constitutionnaire" del proyecto de constitución del abate Sieyes (año III, es decir 1795), rechazado en esa ocasión pero que resurge en el Senado de los dos Imperios (Constituciones del año VIII y de 1852), aunque los autores consideran que su actuación fue ineficaz (\*\* y (\*\*).

El Comité Constitucional de la IV República se compone de:

- El Presidente de la República, que lo preside.
- El Presidente de la Asamblea Nacional.
- El Presidente del Consejo de la República.
- 7 Miembros elegidos anualmente por la Asamblea Nacional (fuera de sus miembros).
- 3 Miembros elegidos por el Consejo de la República (de la misma manera).

La iniciativa para impugnar la constitucionalidad de la ley ante el Comité Constitucional está exclusivamente en manos del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de la República, de manera conjunta, y luego de que dicho Consejo por mayoría absoluta haya resuelto promover el trámite. Además debe hacerse durante el lapso previsto para la promulgación o veto de la ley.

El Comité constitucional trata de conciliar los puntos de vista de ambas cámaras, y si no lo consigue decide el caso.

Si resuelve que la ley es constitucional, pasa para su promulgación. Si resuelve que es inconstitucional, la remite a la Asamblea Nacional para una nueva deliberación; si la Asamblea Nacional mantiene su voto anterior, la ley no puede ser promulgada mientras no se reforme la Constitución de acuerdo con el procedimiento constitucional común.

El procedimiento es complejo, pero lo que lleva calificarlo de rudimentario es la extrema limitación de los órganos —usando un término procesal— “legitimador” para ponerlo en marcha.

De todas maneras, debe hacerse notar que a pesar de todo ello en alguna ocasión ha funcionado. Se cita un caso en 1943 en que el Comité Constitucional logró poner de acuerdo a ambas cámaras, declarándose inconstitucionales dos artículos del Reglamento de la Asamblea Nacional (14).

Como resumen del tema, queda lo siguiente:

- La III República: sin sistema de control de constitucionalidad de la ley.
- La IV República: sistema político de control de constitucionalidad de la ley; harto rudimentario.

## CAP. VI. Síntesis final

La organización del poder en la III y IV República francesa, modelo arquetípico del “parlamentarismo clásico”, puede sintetizarse de la siguiente manera:

(1) Los “poderes” (o principales órganos estatales) son el parlamento y el gobierno.

Se trata de órganos distintos pero estrechamente relacionados, y el parlamento predomina sobre el gobierno, aunque no puede hablarse de subordinación de uno respecto del otro.

(2) El Presidente de la República (a partir de la renuncia de Mac-Mahon, 1879) no constituye un “poder”, ya que queda limitado a una actividad principalmente protocolar.

(3) Los tribunales judiciales tampoco constituyen un verdadero “poder”, comparable a los otros, pues no puede ejercer control sobre los actos de éstos; en particular, no ejercen control de constitucionalidad de la ley.

(4) El control de constitucionalidad de la ley no existe en la III República, y es muy rudimentario en la IV República (sólo pueden ponerlo en marcha, conjuntamente, el Presidente de la República y la cámara alta).

## BIBLIOGRAFIA

Barthelemy, Joseph: Ver Joseph-Barthelemy.

Berlia, Georges: “La presidencia de la República de Francia, magistratura moral del régimen”, en: “Boletín de la Biblioteca del Congreso”, Bs. As., N° 60/72, 1947-1948, p. 28/38.

Bidegain, Carlos María: “Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional”, tomo I, ed. Abeledo-Perrot S.A. Bs. As., 1975, 2ª ed.

Bosch, Jorge Tristán: “Ensayo de Interpretación de la Doctrina de la Separación de los Poderes en la Oña de Montesquieu, en la Convención de Filadelfia 1787 y en la Asamblea Constituyente Francesa de 1789-1791”, ed. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Investigaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Bs. As., 1944.

Brogan, D. W.: “Francia”, ed. Offset Multicolor S. A., México D. F., 1981.

Duverger, Maurice: "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional" (título original en francés: "Institutions Politiques et Droit Constitutionnel", traducción de la 1ª ed. francesa por Isidro Melas, Jorge Solé-Tura José Ma. Valdeá, Eliase Aja y Manuel Gerpe), ed. Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1970.

Ferreter Mora, José: "Diccionario de Filosofía", ed. Editorial Sudamericana S.A., Bs. As., 1971, 2 tomos. Especialmente Voces "Locke", t. II, p. 43/60, y "Montesquieu", t. II, p. 230/231.

Francia, Ministerio de Información de la República Francesa, Oficina Central para América del Sur: "El problema constitucional. La nueva Constitución", en: "Boletín de la Biblioteca del Congreso", Bs. As., Nº 57-58-59, julio-diciembre de 1948; p. 244/310.

García-Pelayo, Manuel: "Derecho Constitucional Comparado", ed. Revista de Occidente S.A., Madrid, 1961, 8ª ed.

Giscard D'Estaing, Valéry: "Democracia Francesa" (título original en francés: "Démocratie Française", ed. c. 1978; traducción de Berta de Tabbush), ed. Juan Goyanarte Editor S.A., Bs. As., 1978.

Godechot, Jacques: "Les Constitutions de la France Depuis 1789. Présentation par...", ed. Garnier Flammarion, París, 1970.

(Nota: Esta es la fuente de los textos constitucionales citados en este trabajo. Las traducciones fueron hechas por el autor de esta monografía.)

González, Joaquín V.: "Manual de la Constitución Argentina" (1ª ed. 1897), ed. Angel Estrada y Cia. S.A., 3ª ed. (3ª reformada), Bs. As., 1971. Especialmente Cap. XII, p. 309/325.

Guignebert, Charles: "Historia Universal" (título original en francés: "Cours d'histoire Universelle", traducción de Horacio A. Diffrici), Editorial Codex S.A., Bs. As., 1960, 2 tomos.

Hamilton, Alexander; Madison, James; & Jay, John: "El Federalista" (título original en inglés: "The Federalist", publicado en diarios norteamericanos en 1787 y 1788; 1ª ed. como libro 1788; traducción de Gustavo R. Velasco), ed. Fondo de Cultura Económica, 3ª ed. en castellano, México D. F., 1957. Especialmente Cap. XLVII, p. 304/309.

Hauriou, André: "Derecho Constitucional e Instituciones políticas" (título original en francés: "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", traducción de la 4ª ed. francesa por José Antonio González Casanova), Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1971.

Joseph-Barthelémy: "Le Gouvernement de la France. Tableau des Institutions Politiques, Administratives et Judiciaires de la France Contemporaine", ed. Payot, París, 1924.

Kelsen, Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado" (título original en inglés: "General Theory of Law and State", 1ª ed. en inglés 1945; traducción de Eduardo García Maynes), ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1958.

Linares Quintana, Segundo V.: "Teoría e Historia Constitucional", ed. Alfa, Bs. As., 1958, 2 tomos.

Locke, John: "Ensayo sobre el Gobierno Civil" (título original en inglés: "Second Treatise on Government", 3ª edición en inglés 1690; traducción de José Carner), México D. F., 1940.

Lorenstein, Karl: "Teoría de la Constitución" (título original en inglés: "Political Power and the Governmental Process", 1ª ed. en inglés 1957; traducción de Alfredo Gallego Anabitarte), ed. Ediciones Ariel, 2ª ed. en castellano, Barcelona, 1970.

Montesquieu, Charles de Secondat, Barón de la Brede et de: "De l'Esprit de Lois" (1ª ed. en francés 1748), ed. Librairie Garnier Freres, París s/d. (Nota: parece tratarse de la misma edición consultada y citada por Beach: op. cit. en esta bibliografía.)

Especialmente Livre XI, Chapitre VI, p. 142/152.

Natali, Alberto A.: "Sistema Parlamentario", en: "Enciclopedia Jurídica Ombra", tomo XXV, p. 587/594; Bs. As., 1964.

Pinto Ferrer: "El Parlamentarismo", en: "Revista de Jurisprudencia Argentina" ("J.A."), tomo 1860-IV, Sección Doctrina, p. 12/23.

Reclus, Eliseo: "Nouvelle Géographie Universelle. La Terre et les Hommes", tomo II. La France, ed. Librairie Hachette et Cie., París, 1877.

Sabine, George H.: "Historia de la Teoría Política" (título original en inglés: "A History of Political Theory", 1ª ed. en inglés 1937; traducción de Vicente Herrera), ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. en español, México D. F. 1943.

Saitta, Armando: "La Costituzione Francese del 1875", ed. G. C. Sansoni Editore, Firenze, 1946.

Vancosi, Jorge Reinaldo A.: "La Corte Suprema: ¿Tribunal o Poder?", en: "Universidad", ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, setiembre-diciembre 1959, N.º 78, pág. 559/563.

Vancosi, Jorge Reinaldo A.: "Parlamentarismo en América", en: "Enciclopedia Jurídica Orbea", tomo XXI, p. 443/448; Bs. As., 1948.

Vancosi, Jorge Reinaldo A.: "Poder Moderador", en: "Enciclopedia Jurídica Orbea", tomo XXII, p. 487/492; Bs. As., 1948.

"Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana", ed. Espasa, Barcelona, 75 tomos y varias apéndices.

"Kessing's Contemporary Archives", ed. Kessing's Publications Limited (of London), Bristol, 24 tomos.

## NOTAS AL CAPITULO I

(1) Loewenstein: "Teoría de la Constitución", p. 30/35, 41/54, y 73/145.

Por razones prácticas, las citas bibliográficas se hacen en las notas de manera resumida, pudiendo consultarse las referencias completas en la Bibliografía que se encuentra al final de este trabajo.

## NOTAS AL CAPITULO II

(1) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 2º. Constitución de 1948, art. 23.

(2) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 8º. Constitución de 1948, art. 42.

(3) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, arts. 3º/8º.  
Ley Constitucional del 18 de julio de 1875, arts. 1º, 2º, 6º/9º, y 12.

(4) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 8º in fine.

(5) Un autor, Georges Berlia, titula uno de sus trabajos "La Présidence de la République de France, magistrature morale del régime".

(6) Citado por García-Pelayo: "Derecho Constitucional Comparado", p. 487 (citando a su vez a Duverger, Maurice: "Les Constitutions de la France", París 1944, p. 103/104).

Obsérvese la ironía, puesto que "presidir las solemnidades nacionales" es una de las atribuciones que expresamente le confiere la Constitución de 1875 (Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 3º) dentro de una enumeración en la que se hallan varias otras, de mucha mayor importancia.

(7) Loewenstein: "Teoría de la Constitución", p. 107/108.

(8) Loewenstein: op. cit., p. 107/108.

(9) García-Pelayo: op. cit., p. 487 y nota 27.

(90) Según García-Pelayo la primera ley que reconoce la existencia de un Ministro encargado de la presidencia del Consejo es la Ley del 3 de diciembre de 1834. García-Pelayo: op. cit., p. 487, nota 28.

### NOTAS AL CAPITULO III

(1) Esta es la relación de "control recíproco" fundamental en un sistema parlamentario; Loewenstein la llama "el punto álgido del tipo de gobierno parlamentario". Por esta razón el estudio se concentra en esta "relación Gobierno-Parlamento: responsabilidad-disolución". Sin embargo, debe mencionarse que existen otras relaciones que implican posibilidades de control entre esos órganos, aunque de mucha menor importancia: son las que resultan del funcionamiento del Parlamento (convocatoria, prórroga, suspensión de sesiones), del proceso legislativo (iniciativa, veto suspensivo del Ejecutivo), y del juicio político.

(2) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 6°. Constitución de 1948, art. 51.

(3) Loewenstein: "Teoría de la Constitución", p. 189/170.

(4) Loewenstein: op. cit., p. 189/170. Otros autores hablan de "ómnibus".

(5) García-Pelayo: "Derecho Constitucional Comparado", p. 488. Loewenstein: op. cit., p. 189/173.

(6) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 6°.

(7) Constitución de 1948, art. 48.

(8) Constitución de 1948, art. 49.

(9) Constitución de 1948, art. 50.

(10) García-Pelayo: op. cit., p. 507 in fine. . . .

(11) Natale: "Sistema Parlamentario", p. 502.

(12) Godechot: "Les Constitutions...", p. 368.

(13) García-Pelayo: op. cit., p. 490/491. Brogan: "Francia", p. 46. Loewenstein: op. cit., p. 189/172.

(14) Citado por García-Pelayo: op. cit., p. 491.

(15) Godechot: op. cit., p. 368.

(16) Loewenstein: op. cit., p. 189/173.

(17) Como excepción, recientemente ha ocurrido el primer caso en la historia de la República Federal Alemana, en que un partido abandona la coalición gubernamental antes del fin de la legislatura y forma una nueva coalición gubernamental. Se trata del Partido Demócrata Liberal (FDP), tercer partido del país, que a fines de 1962 se retiró de la coalición con el Partido Socialdemócrata (SPD), obligar al gobierno a dimitir, y formar nuevo gobierno con el SPD y se asoció a la Unión Cristiana Demócrata (CDU/CSU) para (CDU/CSU + FDP).

### NOTAS AL CAPITULO IV

(1) Montesquieu: "De l'esprit des lois", p. 142.

(2) Montesquieu: op. cit., p. 142.

(3) Montesquieu: op. cit., p. 148. Ver la explicación de Beach sobre por qué llamó nulo al "poder" judicial Montesquieu. Beach: "Ensayo de Interpretación...", p. 888, nota 117.

(4) Vanzoni atribuye a Edouard Lambert ese criterio, que él compartió. Vanzoni: "La Corte Suprema...", p. 268. No obstante, parecería que el criterio está suficientemente explicitado en los párrafos de Duc de Noailles, publicados en 1839, que cita el propio Vanzoni: op. cit., p. 261.

(5) Téngase presente que en Francia antes de la Revolución de 1789, la

denominación "Parlamento" se refería a cuerpos constituidos por jueces, es decir órganos judiciales; mientras que el órgano legislativo-consultivo eran los "Estados Generales", que en 1789 se transforman en "Asamblea Nacional" y dan origen al cuerpo legislativo, o "parlamento" en el sentido actual del término.

(\*) Leyes del 16 y 24 de agosto de 1790, y del 16 de fructidor del Año III. Citadas por Vanossi: op. cit., p. 591.

(†) Ley del 16 de agosto de 1790, y Constitución de 1791. Citadas por Vanossi: op. cit., p. 592.

(‡) La Constitución de la III República ni siquiera menciona a los jueces o la organización judicial.

Llama esto la atención porque en varias Constituciones francesas anteriores se había dedicado un Título o Capítulo a la organización judicial, en algunos casos incluso como "Poder Judicial", como por ej.: Carta Constitucional de 1804, "Del Orden Judicial", arts. 57/68.

• Acta Adicional a las Constituciones del Imperio, de 1815, Título V. "Del Poder Judicial", arts. 51/58.

• Carta Constitucional de 1830, "Del Orden Judicial", arts. 46/58.

• Constitución de la II República, de 1848, Capítulo VIII. "Del Poder Judicial", arts. 81/100.

(\*) La Constitución de la IV República establece la inamovilidad de los jueces (art. 64) y habla de la independencia de los magistrados (art. 64). Crea el "Consejo Superior de la Magistratura", cuerpo colegiado de 14 miembros, presidido por el Presidente de la República (arts. 23 y 34), encargado de la disciplina de los magistrados, la administración de los tribunales judiciales, y la propuesta necesaria para el nombramiento de los magistrados por el Presidente de la República (art. 64).

Existe también una "Alta Corte de Justicia", cuerpo elegido por la Asamblea Nacional al principio de cada legislatura, con la función de juzgar penalmente (ante acusación de la Asamblea Nacional por mayoría absoluta) al Presidente de la República por alta traición y a los Ministros por crímenes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (arts. 56, 62, 56 y 57). En resumen: no es un tribunal judicial ordinario, sino un órgano político, con función jurisdiccional estrictamente limitada a esos supuestos.

(†) Precisamente bajo ese título publica Edouard Lambert su obra referida a los Estados Unidos: "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis", Ed. M. Giard, París, 1921.

## NOTAS AL CAPITULO V

(1) Kelsen: "Teoría General...", p. 185/188.

La Constitución austríaca de 1920, redactada por Kelsen, consagra ambos medios. Kelsen, citado por Linares Quintana: "Teoría e Historia Constitucional", t. I, p. 284/287, nota 603.

(2) El sistema argentino es un "sistema de control judicial difuso".

(3) El cuadro se refiere a la "organización del sistema" de control de constitucionalidad de la ley, por eso no se incluye lo relativo a los "efectos" de la declaración de inconstitucionalidad.

(4) Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875, art. 8°. Constitución de 1948, Título XI. "De la reforma de la Constitución", arts. 90/95.

(5) En el sistema argentino el Presidente de la República tiene un veto "relativo" y "fuerte" (cabo último porque se requiere la mayoría de 2/3 en cada Cámara para que la inexistencia del Congreso supere el veto presidencial).

(6) El procedimiento legislativo está regulado por los arts. 12/23, 24, 27 y 53 de la Constitución de 1948.

(7) Arts. 91/93 de la Constitución de 1948.

(8) Barthelémy et Ducz, citados por Linares Quintana: op. cit., t. I, p. 275 y 276, y nota 594 en p. 276.

(\*) En el Comité Constitucional de la IV República, a su vez, halla su origen el "Consejo Constitucional" de la V República, sistema ya más robustecido de control de constitucionalidad de la ley.

(\*\*) Citado por García-Pelayo: "Derecho Constitucional Comparado", p. 518.



## LA CONSTITUCION DE 1826 COMO ANTECEDENTE Y FUENTE DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Carlos E. Colanetti

1. - El 9 de mayo de 1824, el General Gregorio de Las Heras asumió la gobernación de la Provincia de Buenos Aires. Su administración continuó con las mismas tendencias que había impuesto a su gestión el General Martín Rodríguez. Basta una somera lectura a los documentos y diarios de la época, para advertir que la ciudad de Buenos Aires había transitado, durante esos años, por un lapso de progreso. La influencia porteña se extendía a las provincias interiores, en las que se manifestaba interés por organizarse definitivamente.

Buenos Aires había comisionado a los doctores Diego Estanislao Zavala y Antonio de Castro, para que exploraran en el interior la opinión que pudiera suscitar la reunión de un Congreso Nacional. Estos volvieron con la impresión de que, en general, las tendencias eran favorables a ella.

Había consenso de que era indispensable contar con una autoridad nacional que representase internacionalmente a la República, a fin de que no fuese el gobierno local de Buenos Aires el que concluyere los tratados y recibiere los representantes diplomáticos como había ocurrido con los de Gran Bretaña y Estados Unidos. Por otra parte, la situación, muy próxima, de beligerancia con Brasil hacía indispensable la existencia de un poder central que coordinara y dirigiera los esfuerzos que las provincias estaban dispuestas a realizar, pues existía acuerdo entre ellas sobre la necesidad de reanudar la guerra si fuera preciso.

Por la ley del 27 de febrero de 1824, la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires autorizó al Ejecutivo para "invitar a los pueblos de la Unión a fin de reunir lo más pronto posible la Representación Nacional y tomar todas las medidas que conduzcan a la realización de tan importante acto". Se dispuso que la base de la representación sería la establecida en el Reglamento Provisorio de 1817, es decir un diputado por cada quince mil habitantes, pero el sistema electoral sería directo (\*).

El 15 de noviembre —luego de que se hubieran recibido las comunicaciones afirmativas de las trece provincias que formaban la Unión, pues Jujuy recién aparece como entidad autónoma en 1824, la Provincia de Buenos Aires dictó una ley por la cual se reservaba el derecho de aceptar o rechazar la Constitución que presentase el Congreso.

El 6 de diciembre de 1824 se realizó la primera sesión preparatoria

y en la segunda se aprobaron los diplomas de veintiséis diputados, de los cuales ocho eran representantes de Buenos Aires (\*).

3. - El Congreso quedó inaugurado formalmente el 16 de diciembre, adoptando como denominación la de Congreso General Representante de las Provincias Unidas de Sud América, que fue utilizada en la declaración de la Independencia y en la Constitución de 1819. Esta fue sustituida, como veremos más adelante, al aprobarse la ley fundamental.

El 23 de diciembre, don José Francisco Acosta, diputado por Corrientes, presentó un proyecto de dieciocho artículos que denominó Ley Fundamental, en la cual se formulaban las grandes líneas que servirían como marco para la futura labor del Congreso. El proyecto fue girado a la Comisión de asuntos constitucionales, que se expidió el 17 de enero de 1825, reduciendo el texto a ocho artículos. El mismo día comenzó su discusión y luego de arduos debates —en los cuales, en última instancia— el tema central fue la polarización unidad-federación, el día 25 de enero se aprobó la Ley Fundamental.

Este documento y las discusiones que se suscitaron durante el debate merecen algún detenimiento, dado que —agotado después del fracaso práctico de la Constitución de 1819, el debate sobre la forma de gobierno— desde las primeras sesiones del Congreso se desarrolló el relativo a la forma de estado unitario o federal. También se expusieron posiciones intermedias como la sustentada por Juan José Paso, que entendía que algunas provincias podían organizarse en federación y otras quedar sometidas a un régimen centralizado (\*\*).

Por el artículo primero se dio por establecido que las provincias se hallaban unidas por un pacto "desde el momento en que se constituyeron en nación independiente". Como consecuencia de ese pacto que "reproducen por medio de sus diputados y del modo más solemne", "protestan de nuevo emplear todas sus fuerzas y todos sus recursos para afianzar su independencia nacional y cuanto pueda contribuir a su felicidad".

Con ello se reafirmó el principio de la preexistencia de una unidad desde el momento en que se declaró la independencia y se cumplió uno de los objetivos básicos del Congreso: lograr la coordinación en el esfuerzo bélico que debía realizarse frente al Imperio del Brasil. Por otra parte, por esta disposición, los representantes de todas las provincias ratificaron la declaración hecha por el Congreso de 1816, considerando dicha declaración como un pacto. Esto es de relevante importancia jurídica, dado que en el Congreso de 1824/27 se encontraban representadas las provincias del litoral, incluida Misiones, que no habían concurrido a Tucumán por los problemas planteados por la sublevación de Artigas.

El artículo segundo afirmaba: "El Congreso General de las Provincias Unidas del Rio de la Plata es y se declara constituyente". Sin duda, este solo artículo justificó la denominación de fundamental que se dio a la ley.

En primer lugar, estableció la denominación de la república, reformando lo dispuesto en el proyecto y adoptando uno de los tres nombres oficiales actuales, de acuerdo con lo que quedó establecido por el artículo 35 incorporado por la reforma de 1860. Por otra parte, ratificó la investidura constituyente del Congreso, es decir su competencia para decidir "per se" sobre la forma de gobierno y de estado a adoptarse. El punto reviste

singular importancia, puesto que gran parte de los debates del Congreso se basaron en la necesidad del consentimiento de las provincias a efectos de que decidieran sobre la forma de estado, a pesar de que el cuerpo constituyente tenía facultades suficientes para expedirse, en virtud de que al dictarse la ley fundamental estaban representadas todas las provincias.

El debate sobre el artículo tercero dio lugar a que se discutiera la necesidad de la formación de un fondo común para sufragar los gastos de la Unión y la posibilidad de que la Nación se constituyera en las circunstancias históricas vigentes. En su transcurso Juan José Paso insistió sobre su opinión de que era preferible organizar primero las provincias, para que una vez finalizado ese proceso, se dictara la Constitución definitiva para la Nación. Concluido éste, el artículo tercero quedó aprobado en la forma propuesta por la Comisión: "Por ahora y hasta la promulgación de la Constitución que ha de reorganizar el Estado, las provincias se regirán interinamente por sus propias constituciones".

Los artículos cuarto y quinto se referían a la competencia del Congreso, el que "expedirá progresivamente las disposiciones que se hiciesen indispensables", "a los efectos de la independencia, integridad, seguridad, defensa y prosperidad nacional". Con esta norma el Congreso ratificó su voluntad de que un órgano de índole nacional centralizara la conducción de los esfuerzos bélicos. A su vez, introdujo en nuestro derecho la cláusula de la prosperidad, que luego Alberdi desarrollara con tanto brillo en el Proyecto de Constitución que agregó como apéndice de la segunda edición de las "Bases" y que luego fue incorporada al texto hoy vigente.

En el artículo sexto se estableció: "La Constitución que sancionará el Congreso será ofrecida oportunamente a la consideración de las Provincias y no será promulgada ni establecida en ellas hasta que no haya sido aceptada". La solución de este artículo fue diferente de la adoptada por la Constitución de 1819, que no hacía referencia a la aceptación provincial y disponía únicamente: "Esta Constitución será solemnemente jurada en todo el territorio del Estado" (art. CXXXVI). También difería de la Constitución de América del Norte, que estableció la necesidad de la ratificación previa por parte de las convenciones de nueve estados, es decir tres cuartas partes de las que habían enviado diputados al Congreso (\*).

Finalmente, en el artículo séptimo se encomendó provisoriamente al Gobierno de Buenos Aires la gestión de las relaciones exteriores y la ejecución y comunicación de las resoluciones que expidiera el Congreso (\*). Esta disposición quedó sin efecto al dictarse el 6 de febrero de 1826 la ley que organizó el Poder Ejecutivo Nacional Permanente.

De este modo se forjó uno de los hitos que permitió la prosecución de los trabajos del Congreso, que culminarían más tarde con el dictado de la Constitución.

3. - En la sesión del 14 de abril de 1825 se encargó a la Comisión de Negocios Constitucionales la redacción de un proyecto de Constitución y en consecuencia se desarrolló un debate que duró más de un mes sobre si era previo que las provincias se expidieran sobre la forma de estado que sería adoptada, decidiéndose finalmente, por ley del 21 de julio, elevar la consulta (\*).

Roción el 16 de junio de 1826, luego de que el Congreso hubiera dictado

leyes de importancia capital como la que organizó el Poder Ejecutivo Nacional permanente, a que hemos aludido, que permitió el acceso de don Bernardino Rivadavia a la Presidencia; la que creó un Banco Nacional; la que decidió la hipoteca de la tierra pública en garantía de un préstamo a acordarse para financiar las operaciones contra el Imperio del Brasil; la ley de nacionalización de la Capital, su Aduana y de la Provincia de Buenos Aires, que fue dividida en dos jurisdicciones, se decidió considerar el problema de la forma de gobierno que debía adoptarse. En puridad se refería a la forma de estado, puesto que ya había consenso definitivo sobre la forma representativa, republicana y presidencialista. La Comisión de asuntos constitucionales entendía que la decisión de sobre este tema era previa a la presentación definitiva del Proyecto.

De acuerdo con las constancias del Libro de Actas del Congreso, el miembro informante don Manuel Antonio de Castro, al comienzo de dicha sesión, afirmó: "Las provincias o sus asambleas representativas se han explicado en estos términos: las provincias de Córdoba, Mendoza, San Juan y Santiago del Estero han manifestado su opinión por el gobierno representativo, republicano federal, las provincias de Salta, Tucumán y Rioja se han pronunciado por la misma naturaleza de gobierno bajo la forma de unidad o concentrado, las provincias de Catamarca, San Luis y Corrientes se han librado en esta parte a lo que delibere el Congreso, las Provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe, Banda Oriental y Misiones no han pronunciado su opinión (\*).

En cambio, Luis V. Varela afirma: "Evacuada esa consulta según las constancias del Diario de Sesiones del Congreso de 1826, las Provincias emitieron sus opiniones en la forma siguiente:

Por la federación: Entre Ríos, Santa Fe, Córdoba, Mendoza, San Juan y Santiago del Estero.

Por la unidad de régimen: Rioja, Tucumán, Salta y Jujuy.

Por lo que el Congreso resolviese: Montevideo, Corrientes, San Luis, Catamarca y Tarija.

No emitieron voto: Buenos Aires y Misiones (\*).

Pero lo que es evidente, hechos anteriores lo advierten (\*) y posteriores lo confirman, es que existía —más allá del mero cómputo de votos— un fuerte movimiento provincial que no estaba dispuesto a aceptar una Constitución bajo la forma unitaria.

Finalmente, el 14 de julio de 1826 se puso a consideración del Congreso un decreto por el cual se proponía que la Comisión de Negocios Constitucionales redactara un proyecto de constitución sobre la base de un gobierno "representativo, republicano consolidado en unidad de régimen". Luego de un extenso debate se sancionó el decreto por 43 votos contra 11, con lo cual quedó definida la forma de estado a adoptarse.

El 29 de agosto de 1826 ésta elevó su despacho, suscripto por Valentín Gómez, Manuel Antonio de Castro, Francisco Remigio Castellanos, Eduardo Pérez Bulnes y Santiago Vázquez, que entró en consideración del Congreso el 1º de septiembre. El día 11 comenzó su discusión que se prolongó hasta el 24 de diciembre, en que el Congreso dio fin a su tarea constitucional.

Lamentablemente, por no haber concordado con los deseos de los pueblos, se inaugura un nuevo período de luchas internas y un lapso durante el cual se perfila la idea de reorganización mediante un sistema de pactos interprovinciales que ratifican la voluntad de constituirse bajo la forma de estado federal.

4. - La Constitución de 1826 constituye un trabajo teórico de sólido valor jurídico y fue elaborada en forma meditada y minuciosa. Como bien afirma Seco Villalba: "La preparación de los constituyentes de 1826 hace honor a los cuerpos legislativos nacionales. Había allí hombres nuevos y otros antiguos forjadores de la emancipación argentina. Próceres que habían formado parte de la Asamblea de 1813, como los doctores José Valentín Gómez, Pedro Feliciano Cavia y José F. Ugarteche; y del Congreso de Tucumán como eran Narciso de Laprida y Juan José Paso, este último cargado con el prestigio que le diera el haber actuado en la Primera Junta, al lado del inmortal Mariano Moreno. Estos hombres supieron valorar los precedentes y por esta causa decidieron mejorar lo pasado, antes de ponerse a redactar una obra nueva, para llegar a lo mismo" (1).

Dentro del grupo federal se hallaban, entre otros, Manuel Dorrego y Manuel Moreno. Ambos profundos conocedores —como lo revelaron durante los debates— del sistema institucional de los Estados Unidos, que habían visto en funcionamiento. El primero —de acuerdo con lo que declaró en la sesión del 3 de febrero de 1826— había residido en aquel país durante 5 años. Dorrego lo había hecho desde marzo de 1817 hasta principios de 1820 (2).

Es indudable, y así lo expuso la Comisión redactora en el Manifiesto con que acompañó el proyecto de Constitución (3), que ésta fue una reelaboración de la de 1819, adaptada a las circunstancias del momento.

Desde el punto de vista de su método estaba compuesta de diez secciones divididas en ciento noventa y un artículos.

4.1. - La sección primera se denominaba "De la Nación y su Culto". El artículo 1º expresaba: "La Nación es para siempre libre e independiente de toda dominación extranjera, y el 2º: "No será jamás el patrimonio de una persona o de una familia". Aun cuando Ravignani sostiene que constituyen reafirmaciones del principio republicano, son una transcripción textual, con alguna interpolación del artículo 2º de la Constitución monárquica de Cádiz de 1812 (4).

El artículo 3º, que se refiere a la religión, fue motivo de una extensa discusión en la cual se manifestó la evolución operada en el Plata en materia de libertad religiosa. Ella quedó concretada jurídicamente en el tratado suscrito el 2 de febrero de 1825 entre los Plenipotenciarios Manuel J. García, secretario de Relaciones Exteriores del Poder Ejecutivo Nacional, y Woodbine Parish, Cónsul General de S. M. Británica en la Ciudad de Buenos Aires, por la cual se estableció la libertad religiosa para los súbditos ingleses residentes en las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Si confrontamos los artículos pertinentes de la Constitución de 1826 con la de 1819, que fue su fuente, advertimos esa tendencia hacia la liberalización.

Art. I.—La Religión Católica, Apostólica Romana es la religión del Estado. El gobierno le debe la más eficaz y poderosa protección y los habitantes del territorio todo respeto, cualquiera que sean sus opiniones privadas.

Art. II.—La infracción al artículo anterior será mirada como una violación de las leyes fundamentales del país.

La sección segunda de la Constitución trata "De la Ciudadanía". La Carta de 1819 no contenía provisiones al respecto, pero si las tenían los proyectos presentados ante la Asamblea del año 1813 por la Comisión Patriótica y por la Comisión especial designada por el Triunvirato, el Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817 (\*\*).

El Congreso realizó una meditada tarea en la elaboración de las disposiciones concernientes a esta materia, utilizando como antecedentes, en especial, los artículos 24 y 25 de la Constitución de Cádiz y los capítulos pertinentes del Reglamento de 1817 (\*\*).

En líneas generales, los requisitos para ser ciudadano eran los mismos que en los antecedentes patrios citados, pero se establecieron algunas variantes fundamentales:

En primer lugar se suprimió el presupuesto de la residencia. Se decidió asimismo que el "status" del ciudadano correspondía no sólo a "todos los hombres libres nacidos en el territorio", sino también "a los hijos de éstos, dondequiera que nascan" (art. 4º). Con lo que adoptó un sistema mixto de "jus solis" y "jus sanguinis".

En tercer lugar, la Constitución de 1826 suprimió las interdicciones que, con respecto a los españoles, mantenían los documentos anteriores. En efecto, tanto el Estatuto como el Reglamento siguiendo en esto el proyecto de la Sociedad Patriótica de 1813, disponían que "Ningún español europeo podrá disfrutar del sufragio activo y pasivo mientras la independencia de estas provincias no sea reconocida por el gobierno de España".

En el sistema de 1826 se suprimieron tanto las distinciones entre españoles y demás extranjeros como las diferencias de requisitos para el voto activo y pasivo.

Los extranjeros eran divididos en tres grupos: a) los que hubieran combatido o combatieron en los ejércitos de mar y tierra de la República, que como en los antecedentes eran equiparados a los nativos; b) los establecidos en el país, antes de 1816 que procedían a la ciudadanía con el solo requisito de la inscripción en el Registro Cívico y c) los demás extranjeros establecidos o que se establecieron después de esa fecha, quienes deberían solicitar carta de ciudadanía.

Los motivos de la pérdida de la ciudadanía fueron los mismos que

Art. III.—Su religión es la Católica Apostólica Romana, a la que prestará siempre la más eficaz y decidida protección y sus habitantes el mayor respeto, sean cual fueren sus opiniones religiosas.

en el Reglamento de 1817<sup>(14)</sup>. Se excluyeron, no obstante, como causales, la naturalización en país extranjero y el estado de deudor dolosamente fallido. Siguiendo los sistemas de la constitución española de 1812 y la francesa de 1785<sup>(15)</sup>, ellas fueron incluidas entre las causales de suspensión, a las que se añadió la circunstancia de ser "peón jornalero o simple soldado de línea" (art. 6º).

Este requisito dio lugar a un extenso debate en el cual la oposición federal, principalmente por intermedio de Manuel Dorrego, expuso su posición a favor de la democracia como forma de gobierno opuesta a la plutocracia o lo que éste denominaba "aristocracia del dinero". Dorrego sostuvo que los ciudadanos comprendidos en estas categorías, más los "criados a sueldo", equivalían a un ochenta por ciento de los votantes, lo que le permitió insistir sobre el carácter eminentemente restrictivo de la legislación propuesta. No obstante, por una mayoría de 43 votos contra 11, el artículo 6º quedó sancionado de la siguiente manera: "Se suspenden (los derechos de ciudadanía) primero, por no haber cumplido veinte años de edad no siendo casado; segundo, por no saber leer ni escribir (esta condición no tendrá efecto hasta quince años de la fecha de la aceptación de esta constitución); tercero, por la naturalización en otro país; cuarto, por estado de deudor fallido declarado como tal; quinto por el de deudor del tesoro público que legalmente ejecutado para el pago, no cubre la deuda; sexto, por el de demencia; séptimo, por el de criado a sueldo, peón jornalero, simple soldado de línea, notoriamente vago o legalmente procesado en causa criminal en que pueda resultar pena corporal o infamante".

4.2. A continuación, en la sección tercera y bajo el título "De la forma de Gobierno" comienza la regulación de los aspectos orgánicos.

En el artículo séptimo se estableció la definición que en última instancia acarrearía el fracaso del Congreso: "La Nación adopta para su gobierno la forma representativa republicana, consolidada en unidad de régimen". Este dispositivo era transcripción casi literal del decreto del 31 de julio, al que hemos aludido, por el cual se dispuso que la Comisión redactaría el proyecto de acuerdo con la forma unitaria<sup>(16)</sup>.

La otra disposición de la sección (art. 8) afirmaba: "Delega a tal efecto el ejercicio de su soberanía en los tres altos poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, bajo las restricciones expresadas en esta Constitución". Este artículo expresa el mismo principio que el CV de la Constitución de 1819<sup>(17)</sup>. Los constituyentes de 1826 se limitaron a hacer más concisa y clara su redacción.

4.3. La sección cuarta trata la "Del Poder Legislativo". Es del caso advertir que conservó el mismo método que su antecedente de 1819; y que la división en cinco capítulos y sus correspondientes títulos, es idéntica a la Constitución de 1853/60.

El capítulo primero se denominaba "De la Cámara de Representantes".

La principal modificación que incorporó en la materia fue la adopción del sistema de elección directa de los representantes. En consecuencia, se apartó de lo establecido por todos los antecedentes nacionales, que siguiendo la fórmula de la Constitución de Cádiz adherían a la elección indirecta<sup>(18)</sup>.

En el artículo once se estableció el número de representantes que elegiría cada provincia para la primera legislatura. Es pertinente subrayar, a este respecto, que la Constitución de 1853/60 (art. 34) conservó una composición casi idéntica (<sup>11</sup>). La disposición siguiente se refiere a la realización de un censo cada ocho años con el objeto de fijar la base futura de dicha representación. Esta norma es fuente directa y textual del actual artículo 39, con la única diferencia de que el censo ahora previsto es decenal.

Los artículos 15 a 19 se refieren a los requisitos para ser diputado, la duración de los mandatos, la facultad de iniciativa de la Cámara en cuanto a contribuciones y al juicio político. Todos ellos son transcripciones casi textuales de los artículos V a VIII de la Constitución de 1819 y fuente de los artículos 42, 44 y 45 de la carta vigente.

En lo que se refiere a los funcionarios posibles de ser acusados por juicio político, las adiciones adoptadas en 1826 y 1853 fueron muy similares. Ambos textos incluyeron al Presidente de la República y sus Ministros, a los miembros de ambas Cámaras y a los de la Alta Corte de Justicia. En 1853 el campo de la acusación se amplió sólo al Vicepresidente (cargo no previsto en 1826) y a los Gobernadores. Como es sabido, en la reforma de 1860 se excluyeron estos últimos funcionarios y los legisladores de ambas Cámaras y se incluyó a los miembros de los "demás Tribunales inferiores de la Nación" (<sup>12</sup> bis).

La Constitución de 1826 modificó también, en forma sustancial, las provisiones de la Constitución de 1819 referentes a la composición del Senado y forma de elección de sus miembros. Realizó en este sentido una labor original que se apartó de los antecedentes nacionales —expuestos en los Proyectos presentados a la Asamblea de 1813— y extranjeros. Se estableció (art. 22) que este cuerpo estaría compuesto por un número de individuos igual al doble del número de provincias. La elección se realizaría en forma indirecta y los electores —que se reunirían en la capital de cada provincia— debían votar por dos individuos, "de los que al menos uno no sea natural ni vecino de la provincia que lo elija" (art. 23). Con esto se trataba de reducir el carácter de representación provincial del cuerpo.

Los demás artículos del capítulo se refieren a los requisitos para ser Senador (art. 24), a la duración de los mandatos y su renovación (art. 26), a la sustanciación del juicio político (arts. 25 y 27) y a la compensación de los Senadores por sus servicios (art. 28). Son reformulaciones de los artículos XI, XII y XVII a XX de la Constitución de 1819 y fuente inmediata de los artículos 48, 51 (primera parte) y 52 (segunda parte) de la Constitución de 1853/60.

4.3. Por razones de método he de referirme ahora al Capítulo IV de la Constitución que regulaba las atribuciones del Congreso de la Nación.

En 1826 se incluyó, por primera vez en nuestros documentos constitucionales, un sistema tendiente a delimitar entre recursos nacionales y provinciales. Por tanto, se confieren atribuciones al Congreso que tienen relación con la creación del Tesoro Nacional y el sistema rentístico de la Nación. El tema había constituido una de las primeras preocupaciones de la Asamblea y se había debatido con extensión al tratarse la Ley Fundamental (<sup>13</sup>).

En el artículo 44 se atribuyó al Congreso la facultad de "Fijar cada año los gastos generales con presencia de los presupuestos presentados por el Gobierno", competencia que, a pesar de ser fundamental, se había omitido en 1819<sup>(1)</sup>. En los artículos 46 y 47 se establecieron las atribuciones en materia de recursos, las que correlacionadas con los artículos 147 y 148 —que se hallan en los capítulos referentes a los gobiernos de provincia— constituyen un antecedente de importancia para la interpretación del sistema actual, dado que ambos son en esencia similares.

En el sistema de 1826 —de acuerdo con las atribuciones conferidas al Congreso— el Tesoro Nacional estaba formado: a) por los derechos de importación y exportación (art. 46 - 1ª parte); b) por las contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio, que se impongan por un tiempo determinado, que no pase los dos años, para atender urgencias del Estado (art. 46 - 2ª parte) y c) por los empréstitos que hayan de negociarse sobre los fondos del Estado (art. 47).

De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución vigente, el Tesoro Nacional está formado: a) por el producto de los derechos de importación y exportación; b) por la renta de correos; c) por las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente imponga el Congreso General y d) por los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad pública. En consecuencia, si exceptuamos la venta y locación de tierras de propiedad nacional y renta de correos, a la que aludiremos más adelante, y algunos matices respecto de la percepción de impuestos directos e indirectos, los recursos del Estado Central resultan los mismos en 1826 y 1853.

Veamos, por tanto, cada uno de ellos, de acuerdo con lo previsto en 1826.

#### a) Derechos de importación y exportación

La Constitución de 1819, en la primera parte del artículo XXXIII —Capítulo IV, "Atribuciones del Congreso"— preveía en forma genérica la facultad de "Establecer derechos...". Al no distinguir entre derechos de importación y exportación se apartó de la solución de la Constitución de Estados Unidos cuyo artículo I, sección 9ª, párrafo quinto, prohíbe expresamente al Congreso gravar la exportación.

En 1826 se aclaró la redacción incluyendo expresamente los derechos de exportación<sup>(2)</sup>. Al dictarse la Constitución de 1853, tanto el artículo 4º, como el correlativo y reglamentario inciso 1º del artículo 84 (87 después de la reforma de 1860) atribuyeron al Tesoro Nacional los recursos de importación y exportación, adoptando así el sistema de 1826 y apartándose del norteamericano<sup>(3)</sup>.

Es necesario recordar aquí que los constituyentes de 1853 no pudieron en estos aspectos —a diferencia de otros que hacen a la estructura del Estado Federal— seguir el Proyecto de Constitución que Alberdi acompañó a la segunda edición de las Bases, pues este trabajo no contenía indicaciones precisas sobre la formación del Tesoro Nacional<sup>(4)</sup>, y si bien aludía a la facultad del Congreso para crear y suprimir aduanas (art. 69, inc. 5º), nada expresaba sobre la distribución de dichos ingresos.

#### b) Empréstitos que hayan de negociarse sobre fondos del Estado

Este recurso —desde un enfoque histórico— debe necesariamente ser vinculado con otro: La venta y locación de tierras de propiedad del Estado, que —aunque no se incluyó expresamente en el texto de la Constitución de 1826— constituyó invariablemente, a partir de 1821 y hasta la definitiva organización de la República, la principal garantía de los empréstitos. Como tal fue utilizada por el Congreso de 1824/27 aún antes del dictado de la Constitución.

En efecto, el 30 de febrero de 1826 el Congreso dictó la ley que consolidó la totalidad de la deuda interna y externa, dispuso que ésta quedara a cargo del Estado Nacional y nacionalizó toda la tierra pública, aun la de provincias. Como consecuencia, decidió que quedaban "especialmente hipotecadas al pago del capital e intereses de la deuda nacional las tierras y demás inmuebles de propiedad pública, cuya enajenación se prohíbe en todo el territorio de la Nación sin precedente especial autorización del Congreso" (art. 7º).

### c) La renta de correos

A pesar de que la Constitución de Estados Unidos habilita al Congreso para "establecer oficinas y servicios de correo" (art. I, sección 8ª, párrafo séptimo), ni la Constitución de 1819, ni la de 1826, contenían referencia alguna al respecto.

No obstante, dado que éste es un servicio típicamente nacional, al menos en sus aspectos interjurisdiccionales, por ley del 9 de marzo de 1826, el Congreso dispuso nacionalizarlo, dictando una ley de siguiente tenor: "Art. 1º: Quedan a disposición de la Presidencia Nacional todas las oficinas establecidas en el territorio de la República". "Art. 2º: Se autoriza al Presidente para organizar la Administración Nacional de Correos, presentando en su oportunidad a la sanción del Congreso los proyectos de ley que ésta demande". La caída del régimen hizo que este propósito no se pusiera en práctica.

### d) Contribuciones que por un tiempo determinado se impongan

La Constitución de 1826 (art. 46, 2ª parte) tenía un texto idéntico a la de la Constitución de 1819 (art. 30, 2ª parte): "por un tiempo determinado que no pase de dos años imponer para atender las urgencias del Estado, contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio".

Para interpretar este artículo y el marco de las contribuciones que prevé, es necesario vincularlo con los artículos 147 y 148, que disponían: "Para cubrir los gastos del servicio interior de las provincias, los Consejos de Administración establecerán en ellas sus rentas particulares y regularán su recaudación". "Las rentas de que habla el artículo anterior consistirán precisamente en impuestos directos, pues toda contribución indirecta queda adscripta al Tesoro Común de la Nación".

Es decir que en materia de impuestos, en 1826 se estableció el siguiente sistema:

Las contribuciones indirectas eran de competencia exclusiva de la

Nación. Estos impuestos eran equivalentes a los "excises" de la Constitución norteamericana, cuyo producto, de acuerdo con el artículo 1, sección 8ª, párrafo primero, eran recurso federal. Constituían fundamentalmente impuestos al consumo, aunque en la teoría de la época también se consideraban como tales los derechos de importación (14).

Los impuestos directos, constituidos en aquel tiempo por los impuestos inmobiliarios, el impuesto al ganado, las capitaciones (antecedente del impuesto a los réditos) y las patentes, eran provinciales. Excepcionalmente, "para casos de urgencias del Estado" y "por tiempo determinado que no pase los dos años" el Gobierno Nacional tenía también competencia para imponer contribuciones directas. Estos gravámenes debían ser proporcionalmente iguales en todo el territorio.

La cláusula del artículo 46 (2ª parte), es antecedente del artículo 67, inc. 2ª, de la Constitución, como bien lo advirtiera hace muchos años González Calderón (15) con la sola diferencia de que en 1853 se suprime el lapso "que no pase de los dos años" (16) y en lugar de la calificación "para urgencias de la Nación" se estableció "siempre que la defensa, seguridad común y bien del Estado así lo exijan". Este período fue con posterioridad objeto de un extenso debate doctrinario sobre si debían concurrir las tres causas o era suficiente una sola. En definitiva, se ha optado por esta última solución, que, en la práctica, resulta equivalente al requisito "urgencias de la Nación".

Vemos pues que el sistema de contribuciones directas (salvo en lo que se refiere a la limitación del lapso) fue en 1826 similar al de 1853. En cuanto a los impuestos indirectos, fue una elaboración posterior, de la que dan suficiente cuenta los debates producidos en la Cámara de Diputados durante los años 1831, 1832, 1833 y 1834, con motivo de discutirse las leyes sobre impuestos internos, la que interpretó que se trataba de facultades concurrentes. El texto de la Constitución nada expresa al respecto (17 bis).

4.4. También merece análisis la última norma de este capítulo "De las Atribuciones del Congreso" (art. 58), que se refiere a los poderes implícitos del Legislativo y es antecedente del inciso 28 del artículo 67.

Dicha competencia estaba expresada en los siguientes términos: "Hacer, en fin, todas las demás leyes y ordenanzas de cualquier naturaleza que reclame el bien del Estado, modificar, interpretar y abrogar las existentes". Esta atribución no figuraba en la Constitución de 1819, ni en el Estatuto de 1815, ni en el Reglamento de 1817. Pero estaba prevista en el Proyecto que la Comisión especial designada por el Triunvirato presentó en la Asamblea de 1813 (Cap. XIV, art. 19) (18), que fue a su vez transcripción casi literal del artículo 1, sección 8ª, último párrafo de la Constitución de Estados Unidos.

En relación con los restantes capítulos de la sección dedicada al Poder Legislativo, es decir el tercero: "De las atribuciones comunes a ambas Cámaras" y quinto "De la formación de las leyes", creo pertinente limitarme a expresar que sus disposiciones eran —con mejoras técnicas en su redacción— casi idénticas a las correlativas de la Constitución de 1819 y fueron fuente directa de los capítulos III y V del sistema vigente, como se desprende de la siguiente confrontación:

## CAPITULO III

De las atribuciones comunes  
a ambas Cámaras.

Art. 31 (Primera parte): Ambas Cámaras se reunirán en la Capital y tendrán sus sesiones diarias en los meses de mayo, junio, julio, agosto y setiembre.

Arts. 32 y 34: "Cada Sala será privativamente el juez para calificar la elección de sus miembros". "Ninguna de las Salas comenzará sus funciones mientras que no hayan llegado al lugar de las sesiones y se reúnen en cada una de ellas dos terceras partes de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los que no hayan concurrido a verificarlo, en los términos y bajo los apremios que cada Sala prevendrá".

Art. 38: "Puede igualmente cada Sala corregir a cualquiera de sus miembros con igual número de votos, por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones o removerlos por inhabilidad física o moral, sobreviniente a su incorporación; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos".

Art. 30: "Los representantes en el acto de la incorporación, prestarán juramento de desempeñar debidamente el cargo y obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución".

Art. 36: "Tampoco serán arrestados... excepto el caso de ser sorprendidos in fraganti en la ejecución de algún crimen que me-

## CAPITULO III

Disposiciones comunes a ambas  
Cámaras

Art. 55: (Primera parte) Ambas Cámaras se reunirán en sesiones ordinarias todos los años desde el 1º de mayo hasta el 30 de setiembre".

Art. 56: "Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez". "Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá".

Art. 58: "Cada Cámara... podrá con dos tercios de votos corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación y hasta excluirlo de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir de las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos".

Art. 59: "Los Senadores y Diputados prestarán en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución".

Art. 61: "Ningún senador o diputado desde el día de su designación hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto el caso de

rezca pena de muerte, infamia u otra aflictiva, de lo que se dará cuenta a la Sala respectiva con la información sumaria del hecho". (Art. 81).

Art. 37: "Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o representante, por delitos que no sean los expresados en el artículo 19, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Sala, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del tribunal competente para su juzgamiento".

Art. 39: "Cada una de las Cámaras puede hacer venir a sus Salas a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir los informes que estime convenientes".

Art. 21: "Ninguno, después de incorporado, podrá recibir empleo del Poder Ejecutivo, sin el consentimiento de la Cámara y sin que quede vacante su representación en el acto de admitirlo, salvo los empleos de escala".

Art. 22: "Serán compensados por sus servicios con una dotación que señalará la ley".

ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva, de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho".

Art. 62: "Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento".

Art. 63: "Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su Sala a los Ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes".

Art. 64: "Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala".

Art. 65: "Los servicios de los Senadores y Diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación con una dotación que señalará la ley".

## CAPITULO V

### De la formación de las leyes

Arts. 38 y 40: "Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras que componen el cuerpo legislativo, por proyectos presentados por sus miembros o

## CAPITULO V

### De la formación y sanción de las leyes

Art. 68: "Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo,

por el Poder Ejecutivo... Se exceptúan de esta regla las relativas a los objetos que trata el artículo 44".

Arts. 63 y 64: "Aprobado un proyecto de ley en la Cámara en que haya tenido principio, se pasará a la otra para que discutido en ella, lo apruebe o lo deseché. Los proyectos de ley aprobados por ambas Cámaras pasarán al Poder Ejecutivo. Si el Poder Ejecutivo los suscribe, o en el término de diez días no los devuelve objeccionados, tendrán fuerza de ley".

Art. 62: "Ningún proyecto de ley desechado por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

Arts. 65, 66 y 67: "Si encuentra inconvenientes, el Poder Ejecutivo los devolverá con los reparos que juzgue necesarios a la Cámara donde tuvieron su origen.

Reconsiderados en ambas Cámaras... dos tercios de sufragios en cada una de ellas hará su última sanción. Las votaciones en ambas Cámaras serán entonces nominales, por sí o por no, y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa".

5. Tanto en la Constitución de 1819, la de 1826 y la de 1853, la sección segunda trata y se denomina: "Del Poder Ejecutivo". Los tres sistemas son en su mayor parte semejantes, pero es preciso reiterar que cuando se dictó la Constitución de 1826 ya se había organizado, por ley del 8 de febrero del mismo año, el Poder Ejecutivo Nacional Permanente.

Como resulta de esta ley se modificó la denominación de Director que habían tenido los titulares de este poder a partir de 1814 (20), por el de Presidente de la República que se adoptaría en definitiva (21). También en 1826 se estableció la prohibición de su reelección si no medaba el intervalo de un período (22). En lo que se refiere a la forma de elec-

excepto las relativas a los objetos que trata el artículo 44".

Arts. 69 y 70: "Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley".

"Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días".

Art. 71: (Primera parte) "Ningún proyecto de ley desechado por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

Art. 72: "Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de origen; ésta lo discute de nuevo y si lo confirma, por la mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su sanción. Las votaciones en ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes como las objeciones del Poder Ejecutivo se publicarán inmediatamente por la prensa (23)".

ción, se modificaron sustancialmente las previsiones de 1819 que establecía que el Director debía ser elegido por el Congreso, tal cual se había previsto en el Reglamento de 1817 y también en la ley del 6 de febrero de acuerdo con la cual fue electo don Bernardino Rivadavia.

En la Asamblea de 1826 el tema fue objeto de un amplio debate que duró dos sesiones completas. Se discutieron tres posiciones: elección por el Congreso, elección directa —sistema sobre cuya conveniencia insistieron Manuel Dorrego y Pedro Cavia— y elección indirecta por electores —propuesto por la Comisión Redactora—. Finalmente éste fue el criterio que prevaleció, decidiéndose que se realizara por medio de juntas designadas por votación directa en la capital y cada provincia y que se reunirían por separado en las respectivas capitales.

Este procedimiento era similar al que fue más tarde adoptado por la Constitución de 1853, por lo que entiendo que es innecesario extenderme sobre el tema. Pero sí es importante subrayar dos diferencias. Por una parte todas las provincias designaban un número igual de electores (quince), con lo cual se disminuía el predominio de aquellas más populosas. Por otra, para ser electo era necesario lograr una mayoría de dos terceras partes de los votos de las Juntas en lugar de la mayoría absoluta del sistema actual. Si ningún candidato reunía dicha mayoría, el Congreso realizaría la designación por el procedimiento previsto para elegir Senadores. Es decir, repetiría la votación entre los tres candidatos más votados. Si ninguno lograra mayoría absoluta, se realizaba una nueva elección entre aquellos dos que hubieren recibido mayor cantidad de sufragios (art. 22).

Esta sección referente al Poder Ejecutivo continúa con el capítulo en que se deslindan sus atribuciones, las cuales, como afirman en coincidencia Juan A. González Calderón y Luis V. Varela, son en esencia las mismas que en la actualidad (\*\*).

El último capítulo de la sección se refiere a los ministros secretarios. En la Constitución de 1819 esta institución estaba reglada muy sucintamente entre las atribuciones del Ejecutivo, donde se prevalece: "Nombra y destituye a sus ministros, la responsabilidad de éstos la determinará la ley" (art. LXXXII). Tanto en el Estatuto de 1815, como en el Reglamento de 1817, existían, en cambio, sendos capítulos dedicados a la materia (\*\*). No obstante, casi ninguna de aquellas disposiciones pasaron al documento de 1826 (\*\*), que por su parte parece más inclinado al establecimiento de un Consejo de Gobierno que al sistema ministerial de los precedentes que hemos citado (\*\*). Esto se desprende de los artículos 104 y 105: "Los cinco ministros secretarios forman el Consejo de Gobierno, que asistirá con sus dictámenes al Presidente en los negocios de más gravedad y trascendencia". "El Presidente oírá los dictámenes del Consejo sin quedar obligado a sujetarse a ellos en las resoluciones que tuviere a bien tomar".

En 1853 los constituyentes se apartaron parcialmente de este sistema, aunque recibieron la institución del acuerdo de Ministros (art. 86) y la concurrencia de estos —como institución original de nuestro sistema presidencialista— a las reuniones del Congreso (art. 92). Las disposiciones de la Constitución vigente sobre funciones (art. 87), facultades (art. 89), incompatibilidades (art. 91) y retribución de los Ministros (art. 93) son transcripciones casi literales de los artículos correspondientes del documento de 1826.

7. En la sección siguiente (Sexta) se establecían las normas referentes a la organización del Poder Judicial de la República. El sistema era casi idéntico al de precedente de 1819, cuya fuente, en cuanto implicaba la creación de una Alta Corte de Justicia con jurisdicción nacional, había sido la Carta de Filadelfia.

Los artículos referentes a la composición de la Corte con nueve jueces y dos Fiscales (art. 111) (Juzgo reformada por la Convención de 1890), inamovilidad (art. 115) ("), juramento y condiciones para ser juez (arts. 113 ó 118), son antecedentes casi textuales de la Constitución de 1853.

También las atribuciones, no obstante estar concebidas para un sistema unitario, tenían semejanzas con el sistema actual. La Corte conocía en forma originaria y exclusiva de todas las causas concernientes a los Embajadores, Ministros plenipotenciarios, cónsules y agentes diplomáticos de las naciones extranjeras (art. 121); en todas las causas que sea parte de una provincia o que se susciten entre provincia y provincia o pueblos de una misma provincia sobre límites y otros derechos contenciosos (art. 118). Por apelación conocía sobre "las causas de Almirantazgo, de todos los negocios de hacienda y de los crímenes contra el derecho público de las naciones" (art. 123).

A pesar de ser —como veremos más adelante— una Carta rígida, ella no preveía, en forma expresa el control de constitucionalidad. No obstante, la competencia referente "a los crímenes contra el derecho público de las naciones", podría haber abierto una brecha hacia el control judicial de las normas que pudieran lesionar los derechos individuales.

En las normas referentes a la administración provincial (Sección VI - Capítulo II) se disponía la organización de los Tribunales Superiores de Justicia Provinciales. Estos debían conocer "en grado de apelación de los recursos que eleven a ellos los Juzgados de primera instancia y de los demás negocios que les corresponden por ley" (art. 138). Afirmando el carácter centralista de la Constitución sus miembros eran nombrados por el Presidente "a propuesta en terna de la Alta Corte de Justicia" (art. 139).

8. Las últimas secciones de la Constitución se referían a la "Administración Provincial" (Sección VII), "Disposiciones Generales (Sección VIII) donde se estructuraba la parte dogmática de la Carta, "Reforma de la Constitución" (Sección IX) y una sección final bajo el epígrafe "De la aceptación y observancia de esta Constitución". Me ocuparé muy brevemente de ellas dado que, a pesar de su importancia histórica, establecieron soluciones que no fueron aceptadas en 1853.

Los artículos que se referían a los gobernadores explican por sí solos los motivos del rechazo de la Constitución por las provincias. En el primero del capítulo correspondiente (art. 130) se expresaba: "En cada provincia habrá un gobernador que la rija bajo la inmediata dependencia del Presidente de la República", quien realizaría su elección "a propuesta en terna de los Consejos de Administración".

Estos sesionarían en las capitales (art. 140) y eran elegidos "popularmente por nombramiento directo en los mismos términos y bajo las mismas formas que los representantes nacionales" (art. 142). Con esto se introducía un elemento democrático en la organización provincial, el que luego

era contradicho en el artículo 137 que disponía que los consejeros no percibirían remuneración alguna por dichos servicios, lo cual indicaba la intención de que los cargos fueran desempeñados por miembros de las burguesías propietarias de provincia.

Sus atribuciones, aún cuando controladas en todos los casos por la Legislatura Nacional y el Presidente eran en teoría amplias: "todo lo concerniente a promover el adelantamiento de las provincias, su política interior, la educación primaria (art. 113), obras públicas y cualquier establecimiento costeado y sostenido por sus propias rentas será reglado por el Consejo de administración" (art. 143).

Nos hemos referido supra a la formación de los recursos provinciales, resta ahora estudiar las disposiciones referentes a su administración.

Los Consejos debían acordar anualmente "el presupuesto general de los gastos que demande el servicio interior de las provincias (art. 145). Establecerían sus rentas y reglarían su administración (arts. 145 y 147). Tanto el presupuesto de gastos como el de recursos debían ser aprobados por la Legislatura Nacional y el Presidente (arts. 146 y 148). Al igual que en el sistema establecido en 1853, cuando las rentas establecidas no alcanzaran a cubrir los gastos ordinarios, el Tesoro debería suplir lo que faltare (art. 150). Inversamente "Si después de cubiertos los gastos de la provincia sus rentas dejasen algún sobrante éste será invertido precisamente en la provincia misma y en aquellas obras o establecimientos que el Consejo de Administración acuerde, previa la aprobación de la Legislatura Nacional" (art. 151).

9. En la siguiente sección VII "De las disposiciones generales" se estructuraba la parte dogmática de la Carta. Ella constituyó una transcripción — con algunas depuraciones técnicas— de la parte pertinente de la Constitución de 1819 (") a la que se incorporaron como nuevas disposiciones, las que prohibieron los juicios por comisión (art. 165) y la pena de confiscación de bienes (art. 177). Implicó un repertorio amplísimo de libertades semejantes a las que se reconocen en la Constitución de 1853. Los artículos 162 y 163 que reiteraron los principios de reserva y legalidad; y el 170 sobre garantías del sistema carcelario, pasaron casi textualmente a los artículos 19 y 18 vigentes.

10. El procedimiento previsto para la reforma de la Constitución (Sección IX) fue en esencia idéntico al propuesto en 1819 que había sido el primer documento constitucional que trató sobre el tema (").

En síntesis tenía las siguientes características:

Se preveían como en el sistema actual y el de la Constitución de Estados Unidos dos etapas: la preconstituyente o de la declaración de la necesidad de la reforma y la reformadora propiamente dicha. Ambas eran cumplidas por el Congreso.

La primera se iniciaba con la moción para la reforma de "uno o más artículos" presentada por la cuarta parte de los miembros presentes (") de cualquiera de las Cámaras. Sometida a votación cada una de las Salas, con el voto de las dos terceras partes, debía declarar "que el artículo o artículos en cuestión exigen reforma" (art. 183). "Esta resolución se comunicará al Poder Ejecutivo para que, con opinión fundada, la devuelva dentro de

treinta días a la Sala donde tuvo origen" (art. 184). Si el ejecutivo disienta debía insistirse con tres cuartas partes de los votos en cada Sala.

De esta forma finalizaba la etapa preconstituyente y la reforma propuesta, para ser sancionada requería, nuevamente el voto afirmativo de dos terceras partes de los miembros, en ambas Cámaras. Pasaba luego al Poder Ejecutivo para su publicación. Este podía devolverla con objeciones, siendo en ese caso necesarias las tres cuartas partes de votos en cada Cámara para insistir.

11. Por distintos medios las provincias más importantes rechazaron la Constitución reasumiendo integralmente sus autonomías, al tiempo que se iba desarrollando un sistema de pactos interprovinciales. Finalizado el período del autoritarismo resista la república retoma el camino de la organización.

El documento que hemos reseñado adquiere así singular importancia para la concreción de la Constitución, por numerosos aspectos de la organización del poder que se adopta en 1853, habían sido tratados durante su discusión y en los documentos anteriores, de modo que más allá de las divergencias y luchas en relación con la forma de estado, se formula una línea de continuidad constitucional que hace que en 1857 Alberdi afirmara: "Nuestras constituciones ensayadas en los cuarenta años precedentes son la verdadera fuente de explicación y comentario de la Constitución" (14).

## CITAS

(14) Registro Oficial de la República Argentina, T° 2, p. 51. Imprenta "La República", Bs. Az., 1897.

(15) Como es sabido el Congreso de 1824/27 fue la primera Asamblea patria en la cual se tomaron versiones taquigráficas de los debates. A pesar de las dificultades económicas por las que atravesaba la Unión, el gobernador Las Heras contrató en Gibraltar dos taquigrafos. De esta forma se puede contar con una versión "in extenso" de las deliberaciones, que han sido transcritas en Ravnignani, Emilio "Asamblea Constituyente Argentina", T° I, p. 489, a 1367, T° II, p. 3 a 1423 y T° III, p. 3 a 1384.

(16) Afirmó Paso en la sesión del 9 de junio de 1825: "Señor, lo que yo propongo es un sistema de unión, en el que se va emancipando la provincia que a juicio del Congreso pueda hacerlo, quedando ya ella federada. Supongamos Mendoza, que se considera en estado de marchar por sí: lo hace presente al Congreso y queda Federada. Este es el medio que yo hallaba para que el poder supremo fuera introduciendo la civilización. Lo que no pudiera constituirse hoy lo haría mañana; siempre tendrían la esperanza de hacerlo, y no al arbitrio del Gobierno, sino del Congreso". Ravnignani, Emilio, "Asambleas...", cit. T° II, p. 92.

(17) Constitución de Estados Unidos, artículo VII: "La ratificación por las convenciones de nueve estados bastará para que esta Constitución entre en vigor por lo que respecta a los estados que la ratifiquen".

(18) Artículo 7°: "Por ahora y hasta la elección del Poder Ejecutivo Nacional queda éste provisoriamente encomendado al Gobierno de Buenos Aires con las facultades siguientes:

1° — Desempeñar todo lo concerniente a negocios extranjeros nombramiento y recepción de ministros y autorización de los nombrados.

2° — Celebrar tratados, los que no podrá ratificar sin obtener previamente especial autorización del Congreso.

3°— Ejecutar y comunicar a los demás Gobiernos todas las resoluciones que el Congreso expida en orden a los objetos mencionados en el artículo 4°.

4°— Elevar a la consideración del Congreso las medidas que conceptúe convenientes para la mejor expedición de los negocios del Estado.

(1) Art. 1°: Para designar la base sobre que ha de formarse por la Comisión el proyecto de Constitución, consúltese previamente la opinión de las provincias sobre la forma de gobierno que crean más conveniente para afianzar el orden, la libertad y la prosperidad nacional.

Art. 2°: La opinión de las provincias sobre esta importante materia se explicará por sus juntas o asambleas representativas, y donde no las hubiere se formarán con ese objeto.

Art. 3°: Las opiniones que indicaren las representaciones provinciales dejarán expedita la autoridad consignada por los pueblos al Congreso para sancionar la Constitución más conforme a los intereses nacionales y salvo el derecho de aquellos para aceptarla, que les reservó el artículo 6° de la ley del 13 de enero.

(2) Ravignani, Emilio, "Asambleas...", cit. T° III, p. 22.

(3) Varela, Luis V., "Historia Constitucional de la República Argentina", T° III, p. 452.

(4) En el mes de julio de 1826 la Legislatura de Córdoba declara que la provincia " Cree no poder conformarse con el sistema de unidad si éste es sancionado por el Congreso y en su virtud los diputados de la provincia de Córdoba se retirarán del Congreso en el momento mismo de sancionarse la referida forma".

(5) Seo. Villalba, José Armando, "Fuentes de la Constitución Argentina", p. 90.

(6) González Calderón, Juan A., "Derecho Constitucional Argentino", J. Lajouane y Cia. Editores, Buenos Aires, 1923, T° I, ps. 140 y 141.

(7) La Comisión de Negocios constitucionales al ofrecer a consideración del Congreso el proyecto de constitución elaborado afirma: "En materia de Constitución ya no puede crearse; sólo hay que consultar los consejos de la prudencia en las aplicaciones que se hagan a las circunstancias locales, y demás aptitudes de los pueblos. La Comisión no rehusa confesar que no ha hecho más que perfeccionar la Constitución de 1813. Ella tiene en su favor títulos respetables que era justo reconocer. Había sido dada por un Congreso de Representantes de la Nación legalmente constituido y jurado por los pueblos."

(8) Art. 3°: "La Nación española es libre e independiente y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona".

(9) Los proyectos constitucionales presentados a la Asamblea de 1813 se citan de Ravignani, Emilio "Asambleas...", cit. T° VI, 2ª parte, ps. 567 y sgts. Los demás antecedentes patrios de "Las Constituciones Argentinas", recopilación de Faustino J. Legón y Samuel W. Medrano, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1953. Las constituciones francesas del período revolucionario son citadas en las notas de acuerdo con la transcripción que se realiza en "Las Constituciones de la France depuis 1789", Garnier-Flammarion, Paris, 1970. Las citas del Proyecto de Constitución de Alberdi de: Maye, Jorge M., "Las Bases de Alberdi", Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999.

(10) Este tomó casi a la letra las disposiciones del Estatuto de 1815, cuya fuente casi textual en esta materia fue el Proyecto que la Sociedad Patriótica presentó a la Asamblea de 1813.

(11) Reglamento de 1817. Sección I. Capítulo I, art. 1: La ciudadanía se pierde por la naturalización en país extranjero; por aceptar empleos, pensiones o distinciones de nobleza de otra nación; por la imposición legal de pena aflictiva o infamante, y por el estado de deudor dolosamente fallido, si no obtiene nueva habilitación, después de purgada la nota".

(12) Constitución de Cádiz de 1812, art. 24: "La calidad de ciudadano español se pierde: 1° Por adquirir naturalización en país extranjero. 2° Por admitir empleos de otro gobierno. 3° Por sentencia en que se impongan penas aflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación. 4° Por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español sin comisión o licencia del gobierno".

Constitución francesa de 1795. Art. 12: "L'exercice de Droits de citoyen se perd: 1° Par la naturalisation en pays étrangers; 2° Par l'affiliation a toute cor-

porais étranger que supposait des distinctions de naissance, ou qui exigerait des votes de religion; 3° Par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un gouvernement étranger; 4° Par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes, jusqu'à réhabilitation".

(17) Es manifiesto que a pesar de la diferencia sustancial en cuanto a la forma de estado, el artículo 7º de la Constitución de 1826 se fuere del artículo 1º de la de 1853. También debemos advertir que en el Proyecto de Alberdi, que es otra de las fuentes de la Constitución se establecía: "El Gobierno de la República es democrático, representativo, federal". En la redacción de 1853 se prefirió omitir el adjetivo democrático.

(18) Art. XV, Constitución de 1819: "La Nación, en quien originariamente reside la soberanía, delega el ejercicio de los altos poderes que la representan a cargo de que ejerzan en la forma que ordena la Constitución; de manera que ni el Legislativo pueda arrogarse el Ejecutivo o Judicial, ni el Ejecutivo perturbar o mezclarse en éste o el Legislativo, ni el Judicial tomar parte en estos otro dos, contra lo dispuesto por esta Constitución".

(19) Art. 10º: "La Cámara de Representantes se compondrá de diputados elegidos por nombramiento directo de los pueblos y a simple pluralidad de sufragios, en la proporción de uno por quince mil habitantes, o de una fracción que iguale el número de ocho mil".

(20) Constitución de 1826: Art. II: "Los diputados para la primera legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la capital, cinco; por el territorio desmembrado de la capital, cuatro; por la provincia de Córdoba, seis; por la de Catamarca, tres, por la de Corrientes, tres; por la de Entre Ríos, dos; por la de Montevideo, cuatro; por la de Mendoza, dos; por la de Misiones, uno; por la de La Rioja, dos; por la de Salta y Jujuy, tres; por la de Santiago del Estero, cuatro; por la de San Juan, dos; por la de San Luis, dos; por la de Santa Fe, uno; por la de Tucumán, tres, y por la de Tariá, dos".

Constitución de 1853/60: art. 28: "Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la Provincia de Buenos Aires, doce; por la de Córdoba, seis; por la de Catamarca, tres; por la de Corrientes, cuatro; por la de Entre Ríos, dos; por la de Jujuy, dos; por la de Mendoza, tres; por la de La Rioja, dos; por la de Salta, tres, por la de Santiago, cuatro; por la de San Juan, dos; por la de Santa Fe, dos; por la de San Luis, dos, y por la de Tucumán, tres".

(21 bis) En el Proyecto de Constitución de Alberdi el tema quedaba diferido a lo que dispusiera la ley reglamentaria (art. 40).

(22) En efecto, como hemos visto, al tratar la Ley Fundamental se habló de la necesidad de establecer fondos nacionales con el objeto de poder organizar el gobierno central. Como no hubo acuerdo en la fuente de esos recursos se decidió encomendar provisoriamente el Poder Ejecutivo Nacional al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (art. 7º). El Deán Fuertes al propiciar esta solución la fundamentó en los siguientes términos: "El Congreso tiene un derecho incontrvertible a la elección de un Poder Ejecutivo con todas las calidades morales que sean propias, el cual deberá todo su fuerza a los recursos y medios que el mismo Congreso ponga en sus manos. Yo supongo que nadie habrá que le dispute ese derecho. Pero se me dirá que no habiendo en el día un fondo público para dotar al Poder Ejecutivo, se halla el Congreso en el caso de no poderlo hacer y obligado a adoptar el único medio que se presenta, cual es el de encomendar el Poder Ejecutivo al Gobierno de Buenos Aires...". Navigandi. Errólio: "Asambleas...", cit. 7º II, p. 88.

(23) El artículo XLIII de la Constitución de 1819 que pasó textualmente al 45 de la de 1826 expresaba exclusivamente: "Recibir anualmente del Poder Ejecutivo la cuenta general de las rentas públicas, examinarla y juzgarla".

(24) Podemos recordar que, con anterioridad, el 13 de marzo de 1826, el Congreso había dictado una ley del siguiente tenor: "Art. 1º: Todas las aduanas aduanares u oficinas de recaudación quedan bajo la inmediata y exclusiva administración del Presidente de la República; y toda clase de impuesto sobre lo que se importe en el territorio de la Unión o que de él se exporte se nacional. Art. 2º: El Congreso dará oportunamente la ley que ha de reglar estos impuestos".

(25) Es sabido que en 1880 en el seno de la Convención Reformadora "ad-hoc" de la Provincia de Buenos Aires, se promovió un extenso debate en torno de la supresión de los derechos de exportación como recurso del estado central.

la uniformidad de las tarifas aduaneras y el pago de dichas tarifas en la moneda corriente en las Provincias respectivas. Esto trajo como consecuencia la reforma de los artículos 4º, 12 y 64, inc. 1º (hoy 47, inc. 1º). Uno de los argumentos que se expusieron con más énfasis en relación con la supresión de los derechos de exportación, fue el de que éstos eran recursos provinciales en la Constitución de los Estados Unidos y como tal debían ser considerados en nuestro sistema. Finalmente, dado que por el Tratado del 11 de noviembre de 1860 la Confederación aseguraba a la Provincia de Buenos Aires su presupuesto por cinco años se consideró que los derechos de exportación podían regir como recurso federal hasta el año 1866. En definitiva el artículo 67, inc. 1º quedó redactado de la siguiente manera: "Corresponde al Congreso: Legislar sobre aduanas exteriores y establecer los derechos de importación, los cuales, así como las evaluaciones sobre que recaigan serán uniformes en toda la Nación; bien entendido que ésta, así como todas las contribuciones nacionales, podrán ser satisfechas en la moneda que fuese corriente en las provincias respectivas por su justo equivalente. Establecer los derechos de exportación hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial". También se reformó el artículo 4º concediéndolo con ésta. Pero, la experiencia durante el lapso que transcurrió hasta 1866 y en parte la Guerra de la Triple Alianza, hicieron que fuera necesario en dicho año reformar nuevamente los artículos 4º y 67, inc. 1º; positizando que continuara: la prosecución de las imposiciones sobre la exportación.

En consecuencia se suprimió de aquel el párrafo "Hasta 1866 con arreglo a lo estatuido en el inc. 1º del artículo 67" y de este último la parte final que decía: "hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional no pudiendo serlo provincial".

(19) El artículo 8º del Proyecto, correlativo al artículo 4º de la Constitución Nacional establecía únicamente: "Los gastos de la Confederación serán sostenidos por un tesoro federal creado por impuestos aportados por todas las provincias". El artículo 18 establecía en lo pertinente: "Solo el Congreso impone contribuciones" y su correlativo y reglamentario, el inciso 3º del artículo 63 preveía: "En el ramo de rentas y de hacienda el Congreso... 3º. impone y suprime contribuciones y regula su cobro y distribución". De este modo cercenaba todo poder impositivo a las Provincias lo que podría hacer peligrar la subsistencia de un estado federal.

(20) Corwin's, Edward S., "The Constitution and What it means today", Princeton University Press, New Jersey, 1976, p. 35.

(21) Juan A. González Calderón: "Curso de Derecho Constitucional". Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1943, p. 843.

(22) Probablemente este plazo de dos años fue fijado en concordancia con lo establecido por el artículo 1, Sección 6ª, párrafo 12, de la Constitución norteamericana que dispone que las autorizaciones presupuestarias de fondos para reclutar y sostener ejército no pueden hacerse por un lapso mayor de dos años.

(23 bis) Son conocidos los amplios debates que se suscitaron entre los años 1890 y 1894 sobre la posibilidad de que el Congreso de la Nación creara impuestos indirectos. Juan Carlos Luqui realiza un extenso estudio sobre las distintas formas del ejercicio del poder tributario entre la Nación y las Provincias en "Los poderes financieros del gobierno federal". La Ley, Tº 1917-B, p. 878.

(24) Capítulo XIV, artículo 18: ("El Congreso tendrá poder") "Hacer todas las leyes que sean necesarias y propias para llevar a ejecución los poderes antecedentes y todas las otras poderes concedidas al gobierno de la República, o a algún territorio o empleado de ella".

(25) Ver Carlos E. Colautti, "Antecedentes de la Constitución Argentina", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.

(26) El 22 de enero de 1814 la Asamblea General Constituyente reformó el Estatuto del 27 de febrero de 1813 que había organizado el Triunvirato y concentró el Poder Ejecutivo en cabeza de una persona con el título de Director.

(27) En los antecedentes nacionales el título de Presidente es adoptado por el Proyecto que la Sociedad Patriótica presentó ante la Asamblea de 1813 y en el Proyecto de carácter federal que el Dr. Emilio Ravignani publicó en "Asambleas...", cit. Tº VI, p. 633 y sgta. En el Acuerdo de San Nicolás, se resuelve que el título oficial del General Justo José de Urquiza será el Director Provisorio de la Confederación Argentina.

(12) Art. 71: "El Presidente durará en su cargo por el término de cinco años y no podrá ser reelecto a continuación".

(13) González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional...", cit. T° I, p. 150 - Varela, Luis V. "Historia Constitucional...", cit. T° III, p. 454.

(14) En árbitros se encuentran en la Sección III, Capítulo III.

(15) El único artículo de 1817 que es antecedente, en esta materia, de la Constitución de 1826 es el artículo II del Capítulo III y Sección III, que dispone: "Los expresados secretarios no podrán por sí solos, en ningún caso, negocios, ni circunstancias, tomar deliberaciones sin previo mandato y anuencia del Director de Estado".

(16) La institución del Consejo de Gobierno había existido en forma efímera durante el régimen Directorial que coexistió con la Asamblea de 1813. En efecto, por decreto del 24 de enero de 1814 se reformó el Estatuto Provisorio del Supremo Gobierno de fecha 27 de febrero de 1813 y el Poder Ejecutivo que era desempeñado por un Triunvirato se concentró en manos del Director Supremo (art. 1°). Simultáneamente se creó un Consejo de Estado, compuesto por nueve vocales, elegidos siete por el poder Legislativo y dos por el Director (art. 7°). Los Secretarios de Estado serían miembros natos del Consejo (art. 10). Sus facultades consistían en "Abrir al Supremo Director los dictámenes que tuviera a bien pedirle en los negocios de mayor gravedad, y elevar a su consideración aquellas proyectos que consiguiera de utilidad y conveniencia del Estado" (art. 14). (El Redactor de la Asamblea N° 18, 31 de enero de 1814). Es bien claro que este Consejo era de diferente esencia al creado por la Constitución de 1813, dado que este último era un cuerpo elegido exclusivamente por el Jefe de Ejecutivo y formado por secretarios de Estado que de él dependían.

(17) Se prevía la inamovilidad de los miembros, pero no del Presidente que duraría en su cargo 5 años.

(18) El sistema de derechos y garantías de la Constitución de 1813 constituyó un repertorio amplísimo de protección a los derechos de la persona. La Comisión Redactora —entre cuyos miembros se encontraron Juan José Paso y el Presbítero Antonio Sáenz— realizó una profunda labor constitucional, en la cual se recogieron antecedentes de las Constituciones francesas de 1793 y 1795, la Carta de Filadelfia y los documentos patrios anteriores.

(19) Los documentos patrios anteriores no fijaron normas para la reforma constitucional. Entre los documentos presentados a la Asamblea de 1813, solamente aquel de carácter federal que habría sido elaborado por uno de los miembros de la representación oriental, contenía disposiciones al respecto. El Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817, que por ser documentos provisorios estaban destinados a regir, el primero hasta que se reuniera el Congreso y el segundo hasta que se dictara la Constitución definitiva, emitieron, desde luego, tratar el tema.

(20) En el único artículo donde se menciona a los "miembros concurrentes" es en el CCCC, sobre la moción para las reformas.

En los restantes de esta sección se alude exclusivamente a determinadas Mayorías de votos en cada una de las Salas, con lo que queda "en blanco" si se trata de miembros o de miembros presentes.

(21) Alberdi, Juan Bautista, "Estudios sobre la Constitución Argentina", Obras Completas, T° V, p. 181, Imprenta de la Tribuna Nacional, Bs. As., 1906.

## INSTITUCIONALIZACION DE LAS FUERZAS POLITICAS

*María Elena Demaría Hassey de Ferré*

### I. El poder

Analiza Hobbes la naturaleza del poder en el hombre y concluye que puede ser original e instrumental. El primero, o poder natural es la eminencia de las facultades corporales o mentales, como extraordinaria fuerza, belleza, prudencia, artes, elocuencia, liberalidad, nobleza. Son instrumentales los poderes que, adquiridos por los anteriores o por la fortuna, constituyen medios e instrumentos para adquirir más, como riquezas, reputación, amigos. (1)

Después de leer todo lo que es poder —llámese éxito, riquezas, afabilidad, nobleza, elocuencia— y la importancia de ser poseedor de todo ello, vislumbramos su concepción del poder como una sustancia material, que descalifica y degrada a quien no lo tiene.

Friedrich, que ha estudiado el problema del poder, acota que en la vida política actual aflora la triada de poderes constitucionales: legislativo, ejecutivo y judicial. Los tres conforman un orden equilibrado, representados en instituciones y con el poder constituido. Pueden ser considerados como sustancias (como entendía Hobbes) y por lo tanto ser divididos y transferidos.

Pero detrás de estos poderes hay otro que es primigenio, basamental, único e indivisible: es el poder de dar el orden constitucional y de modificarlo, si es necesario.

Ocupa el centro de lo político y debe ser entendido como resultante de relaciones interhumanas.

Señala Aja Espil que induce a error presentar al Poder como si fuera una sustancia que pudiera encerrarse en un recipiente, para echar mano de ella cuando fuera necesario. "El Poder consiste fundamentalmente en una relación de mando y subordinación, de dominio y sumisión, de gobernantes y gobernados" —concluye el catedrático argentino— por ello debemos dirigir nuestra mirada a las relaciones entre quien lo ejerce y

aquellos a cuyas acciones afecta, para aprehender la esencia del Poder. (\*)

Frente a la personalización del Poder, que fue constante del régimen absolutista, el proceso del constitucionalismo bregó por la racionalización y despersonalización del poder. El que lo ejerce, lo hace con autoridad, es decir, con la competencia para decidir con obligatoriedad.

El Poder político se integra, se nutre de las "fuerzas políticas" que operan dentro de la sociedad estatal, ya sea para lograr la conducción política o influir en la toma de sus decisiones para así lograr satisfacer sus intereses, "que pueden o no coincidir con el interés general". (\*)

El estudioso del Derecho no puede dejar de analizar los elementos que conforman la realidad sociopolítica, pues allí con distinta integración y manejo, las agrupaciones humanas se constituyen, desenvuelven su operatividad y tratan de imprimir en los poderes públicos su potencia.

Generan una dinámica política porque todas están impulsadas por fuerzas que tienen por denominador común al hombre.

De ahí que tengamos que hablar de fuerzas políticas y preciso es buscar su concepto.

Xifra Heras entiende que "la expresión fuerza política designa tres ideas distintas, aunque inseparables: una energía que produce una actividad; una potencia o facultad para desarrollar tal actividad, y la institución o formación social en que reside esta potencia" (\*). Y específicamente concreta su estudio con el sentido de la última acepción.

La incidencia de las fuerzas políticas en el ámbito de los órganos del poder hace que debamos ubicarlas dentro del Derecho Constitucional material y ése será nuestro enfoque para dilucidar el tema que nos preocupa.

No vamos a intentar clasificar a las fuerzas políticas, autores de prestigio lo han realizado, pero si intentaremos determinar quiénes conforman estas fuerzas y cómo actúan en el campo de los órganos decisorios del poder político.

Por de pronto la maquinaria autocrática no admite la pluralidad de grupos incontrolados que pueda interferir su monopolio de poder compartido con el partido único.

Sin embargo, el sindicato y la Iglesia Católica en Polonia han abierto una brecha en el pétreo esquema de poder.

El amplio espectro de fuerzas sociales está libremente en acción en las democracias constitucionales y sus objetivos político-sociales las llevan a gravitar sobre la voluntad de los gobernantes.

"En la actitud del poder estatal frente a la estratificación pluralista de la sociedad, se encuentra otro criterio más para diferenciar los sistemas políticos de la democracia constitucional", afirma Loewenstein (\*).

Cuando hablamos de las fuerzas pareciera que nos estuviéramos refiriendo siempre a entidades colectivas, en general es así, pero debemos precisar que la persona singular, en determinados casos, es también una fuerza política: por ejemplo, la esposa del presidente, un ministro deter-

minado, la voz autorizada de un ciudadano relevante, un militar afortunado, en fin, cualquier personalidad que se destaque en el ámbito socio-político.

Pero no hay duda de que son los grupos y las asociaciones movidas por intereses comunes las que se nuclean para ejercer influencia, gravitar en los órganos de poder a través de todas las etapas del proceso político: iniciativa, deliberación, decisión y control.

El poder racionalizado se distribuye en órganos. Esos órganos que crea y regula la constitución tienen sus competencias establecidas para que sean ejercidas en el ámbito mismo del poder estatal.

Pero el ejercicio del mando supone la fase de jure en tanto y en cuanto se ejecuta en la órbita del marco legal señalado por el constituyente y la fase fáctica, ya sea por extralimitación del propio órgano o por influencias o presiones ejercidas por elementos extraconstitucionales sobre la estructura constitucional para lograr decisiones apetecidas.

El hecho de que la práctica desvirtúa el sentido de la norma jurídica lo señala Jiménez de Parga al decir: "La puesta en marcha de la Constitución produce un cierto orden, el orden constitucional, que tal vez se separe un poco —o mucho— de la imagen de orden concebida por los constituyentes, o de la deducida por los exégetas del texto (en el caso de constitución escrita)". (\*)

Es que las fuerzas políticas tienen un sustrato de potencia, generan una energía, que es HUMANA, y humanos también son los titulares de los órganos de poder y entonces ceden, escuchan, se inclinan, deciden según la potencialidad de los factores que tienen poder y no son poder, son contrapoderes del Estado, como dice el Dr. Bidart Campos (\*).

## II

Entre las fuerzas políticas podemos mencionar el electorado, la opinión pública, los grupos de interés, factores y grupos de presión, factores de poder, los partidos políticos.

La Constitución no ha institucionalizado estos elementos de la dinámica del poder, con carácter de órganos del Estado, y tal posibilidad será la conclusión a que arribaremos en este trabajo.

III. El electorado es la pluralidad de individuos a quienes el derecho electoral otorga capacidad para elegir a los titulares de algunos órganos de poder, o incluso participar en la toma de algunas decisiones políticas.

"Todos aquellos que gozan de derecho electoral forman parte del cuerpo electoral, y la función de los mismos se realiza necesariamente en forma colectiva, ya que se trata de un derecho corporativo y no individual, o sea, no ejercitable aisladamente", afirma Biscaretti di Ruffia (\*).

Señala el mismo autor que los principios democráticos modernos tienden hoy en día a que coincida el electorado activo con la capacidad de derecho público, a través del sufragio universal.

La sensibilidad del electorado hace que las distintas fuerzas centren

su presión en él para mover su comportamiento y canalizar las decisiones en su pro.

III. La opinión pública: resulta difícil precisar su concepto, ya que la literatura política es incipiente sobre el tema.

Trataremos de precisarlo siguiendo el análisis de Sánchez Agesta (\*), que distingue opinión pública y opiniones públicas.

Delimitado el sujeto de la opinión como la "masa de individuos atentos a la vida política", puede entenderse en un aspecto "como una unidad que da respuestas homogéneas y unitarias". En ese sentido Lasswell la llama *consensus* (\*\*).

Pero cabe entender que con esta acepción debe entenderse la unidad de principios que hacen a la esencia de la Nación y a las instituciones del ordenamiento constitucional.

En oposición caben "opiniones públicas", diversas, contrapuestas, relativas a cuestiones políticas que en un determinado momento acaparan la atención del público. Pueden reflejarse en una consulta electoral y desaparecer del horizonte político.

La opinión pública se gesta a través de un proceso previo de información, lo que Aja Espil define como "la obtención de conocimiento y su discusión racional, es decir el alumbramiento de la opinión pública mediante la argumentación", de interpretación, para elaborar juicios sobre los elementos obtenidos y finalmente la difusión de las valoraciones realizadas, llamada *propaganda* por el tratadista citado y concebida como "el arte de excitar las emociones del individuo tendientes a concentrar la atención en determinadas creencias: deforma la verdad y persigue la *conveniencia*" (\*\*).

Tanto la una opinión (*consensus*) como las otras (opiniones públicas) ejercen una potencial gravitación sobre las esferas del poder político, ya sea como estimuladoras de eficaces acciones en el sentido de su presión, como así también de *contrapeso* del poder que inhibe a determinados órganos a tomar decisiones que podrían mal pesar en la sensiblería del espíritu público.

Esta dinámica de la opinión pública en su relación con el poder puede descansar en un sistema de limitación, con restricciones de información, censura, medios de comunicación oficial o, por el contrario, un sistema de libertad que presupone libre acceso a la información y expresión sin restricciones.

Este segundo sistema, al que adherimos, entendiendo que limitaciones legales deben ordenarlo, se sustenta en los principios constitucionales de expresión y publicación de las ideas, libertad de pensamiento, de prensa, de asociación.

En este sentido, recordamos a Hermann Heller: "Entre los pocos componentes de carácter político, absolutamente firmes, que integran la opinión pública actual figuran sus principios democráticos. Puede afirmarse sin exageración que en los pueblos civilizados del día no existe para la opinión pública otro modo de legitimación de la autoridad política que

la legitimación democrática, aunque ciertamente reciba nombres muy diferentes" (14).

II.III. **Los grupos de poder:** La literatura es abundante en este tema y no coinciden los autores en la tipificación de los diferentes grupos que configuran la realidad social.

Esa peculiaridad es remarcada por Aja Espil en el "Nuevo Lobby" por lo que ahondaremos en busca de opiniones doctrinarias para caracterizar la estructura y la dinámica de los grupos sociales.

Conocido es el estudio que ha hecho Maynaud sobre el tema, y al respecto señala:

"Los grupos de interés así caracterizados se transforman en grupos de presión sólo a partir del momento en que los responsables actúan sobre el mecanismo gubernamental para imponer sus aspiraciones o reivindicaciones. Un sindicato de productores procede como grupo de interés cuando implanta y controla, con medios propios, la distribución de la clientela entre sus adherentes y se transforma en grupo de presión cuando intenta obtener de los poderes públicos un texto que reglamente el ingreso de nuevos elementos en el ramo" (15).

Es decir que todo grupo de presión supone como sustrato un grupo de interés. Su acción tiende a gravitar en los órganos decisorios del poder en forma directa o indirectamente sobre la opinión pública para que sea ésta la que busque influenciar sobre el poder estatal (16).

El Dr. Bidart Campos prefiere hablar de factores de presión y no de grupos de presión por entender que es un concepto más amplio que involucra a los segundos.

Entiende que lo que interesa analizar son las influencias que soportan los órganos de poder, o sea "el fenómeno de la presión en sí mismo", por lo tanto si se habla de grupos de presión se omite a la que ejercen los individuos aislados, ya sea como tales o como personas que son órganos de poder. Por ejemplo, la de un ministro sobre el presidente de la república.

Por lo que al observar el comportamiento social y político, vemos que las presiones pueden canalizarse tanto en el ámbito de la sociedad y sus agrupaciones sobre el gobierno o bien dentro de este mismo entre las distintas esferas de su distribución.

Lo importante de esta conclusión es que todas ellas "tienen el carácter común de fuerzas políticas dirigidas al poder del estado" (17).

En su análisis de los grupos sociales con relación al poder político, afirma Fayt que los partidos políticos, el ejército, la policía, la burocracia, no son grupos de intereses, pues son parte del gobierno.

"Son grupos de interés los grupos sociales que sin ser parte de la estructura política, para la obtención de un fin específico postulan, promueven o buscan influir en una decisión gubernamental."

Los grupos de interés se transforman en grupos de presión, según este autor, cuando para obtener decisiones favorables a su pretensión, montan un sistema de coacción, dentro de los límites legales, y despliegan poder económico en el poder.

Por último, grupo de tensión es todo grupo de interés que para imponer sus pretensiones crea una relación de fuerzas generalmente al margen de la legalidad formal, desplegando frente al poder político, y con miras a tener una decisión favorable a sus intereses, poder social (").

Como advertimos claramente, el denominador común de estos grupos es el grupo de interés, por lo que los grupos de interés y los de tensión —según concluye Aja Espil— son formas de actuación de los primeros (").

Sobre el particular, destaca César Romero que los franceses, italianos y alemanes son propensos a hablar de grupos de interés, mientras que los anglosajones se inclinan por grupos de presión. Y muchos usan ambos términos como sinónimos.

El catedrático cordobés prefiere la expresión grupos de presión, en cuanto su característica fundamental es influir en las decisiones del poder.

Se adhiere a la definición a que llegó el Seminario de Sociología de Madrid (1948-1949): "Grupo de presión es un grupo que se constituye para influir en las decisiones del poder político con un objetivo concreto y determinado, sin asumir las responsabilidades de la decisión política" (").

Tomando como criterio regulador el pensamiento de Aja Espil, diremos que fuera de los órganos de gobierno existen los grupos de interés, que son forma de grupos de poder.

.. Son un producto de la sociedad contemporánea (y movidos por sus fines pretenden tornar favorables a sus intereses las decisiones del Poder político); sin embargo, ya Rousseau en su "Discurso sobre la economía política", al referirse a ellos demostró que el fenómeno no es nuevo.

En el empeñoso afán de rastrear los antecedentes, nuestro autor en comentario señala que en el Ensayo X de El Federalista, su autor ya percibe la influencia de los grupos de intereses sobre el poder político.

Otro tanto podría decirse de las "Sociedades democráticas" que se formaron en los Estados Unidos a fines del siglo XVIII.

Sin lugar a dudas, será el siglo XX el momento de su proliferación, coincidente con el desarrollo de la democracia social (").

El poder político trata de mediar en los conflictos que surgen entre los grupos sociales, esto a su vez genera el surgimiento de nuevas agrupaciones y así la interacción es mutua.

La problemática social es cada día mayor, el aparato estatal no alcanza a absorber circunstancias tan complejas.

Los grupos, en expectativa, se alían, se enfrentan, modan sus objetivos y modifican sus formas de actuación.

Como en general aspiran al cambio de la legislación y a amoldar las instituciones a sus intereses, dirigen su accionar en estas direcciones: 1) sobre sí mismos, para mantener la cohesión interna necesaria; 2) sobre la opinión pública, y 3) sobre los órganos del poder político.

II.IV. Lobbyist: Explica Aja Espil que se llama "lobby" o "lobbying" a la acción que determinada persona (lobbyist o legislative counsel) ejerce

sobre los legisladores por mandato de ciertos grupos de presión, con el objeto de influir en las decisiones legislativas (").

El campo de actuación de los grupos de presión se vuelve bien evidente cuando pretenden influir en un proyecto de ley cuya sanción o rechazo les interesa especialmente.

Para ello pueden servirse de personas con "influencia" ante determinados miembros del Congreso o recurrir a los especialistas en técnicas legislativas que operan sobre la base de procedimientos legales.

Señala el jurista argentino que debemos diferenciar el viejo "lobby" —sistema imperante hasta la primera guerra mundial— con prácticas hasta de soborno en la persona del legislador, del nuevo "lobby" desarrollado en los Estados Unidos en la postguerra.

Nos ajustaremos al pensamiento de Aja Espil para exponer el funcionamiento de esta institución americana.

Las comisiones internas del Congreso suelen realizar reuniones públicas con antelación al tratamiento legislativo de algún proyecto de ley cuando la importancia del mismo aconseja escuchar las voces de opinión de sectores de la sociedad.

A esas audiencias concurren los representantes de los grupos de presión para manifestar, con argumentaciones valederas, su adhesión o rechazo.

"El 'lobbyist' o 'legislative counsel' —dice nuestro autor de cabecera— es casi siempre un profesional, perfectamente versado sobre el trámite parlamentario de la futura ley, y que ha hecho un estudio exhaustivo acerca de las efectivas causas y eventuales efectos del proyecto. Su única arma será la argumentación."

Estos consultores dominan el largo procedimiento parlamentario, abonado por su larga y continuada permanencia en los pasillos del Congreso (lobby) y en esto su experiencia supera a la de los representantes, renovados periódicamente según los vaivenes políticos.

De ahí que los representantes o senadores recurran a los "lobbyist" y escuchen su autorizada palabra en las exposiciones que realizan ante las comisiones internas del Congreso.

No es inconveniente que se nucleen "lobbyists" de tendencias contrapuestas, pues todo ello contribuye a desenrañar los verdaderos objetivos de cada grupo y sus posibilidades de triunfo.

Su modo operativo incluye el pormenorizado registro de los votos emitidos por los legisladores de manera de evitar —con su tecnicizado asesoramiento— la emisión de opiniones que se contradigan con posturas anteriores.

Los americanos llaman "rifle" a un tipo de procedimiento usado por los "lobbyists". Consiste en ejercer una acción directa sobre un legislador determinado, a través del apoyo de un apretado círculo que tenga ascendiente sobre el parlamentario.

Otra técnica es el "shot-gun", cuya finalidad es mover la opinión pública en favor o en contra de un proyecto legislativo. Para ello "se

provoca un impacto psicológico sobre algún sentimiento popular que permanece adormecido, pero pronto a levantarse bajo la bandera de una causa simpática".

Se considera que el "lobby" llena una gran necesidad por su papel representativo de los intereses no representados en el Congreso, de ahí que se los haya llegado a considerar la "tercera cámara".

La reglamentación del "lobbying" en los Estados Unidos registra como antecedentes las leyes del Estado de Massachusetts, en 1830, y el de Wisconsin, en 1869, que aprobaron los registros de los "lobbies".

Tras varios proyectos en 1927 y 1930, el Congreso Federal sancionó en 1946 la "Federal Regulation of Lobbying Act".

Como consecuencia del régimen legal se registraron más de dos mil "lobbyists" y 496 organizaciones se pronunciaron como contribuyentes para los gastos de funcionamiento de estas agrupaciones.

La "Lobbying Act" permaneció en cuanto a los registros financieros y operaciones de esta índole, pero se muestra ambigua en lo que hace a los medios de influencia que ejercerán los grupos para lograr resultados legislativos, los verdaderos intereses representados y toda noción relativa a la esencia de la institución.

Es interesante la reflexión que hace el autor que seguimos sobre el aspecto constitucional de esta ley.

Alude a la Enmienda I de la Constitución Americana que consagró la libertad de expresión o de prensa ("freedom of speech, or of the press") y la de petición al Gobierno para la reparación de sus agravios ("to petition the Government for a redress of grievances"), que justificaría la actividad de los "lobbyists".

La Corte Suprema, en 1954, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la "Lobbying Act", por cinco votos contra tres, en el caso "United States v. Harris (Official Reports of the Supreme Court; 347, U.S. 612 [1954])".

El Presidente de la Corte, en nombre de la mayoría, dijo entre otros conceptos: "Las libertades garantizadas en la primera enmienda tales como las de expresión, de prensa y de peticionar, no son violadas por las exigencias de publicidad que establece la ley, si su alcance es el de informar de todas las contribuciones y gastos hechos con el propósito de influir en la legislación a través de una comunicación directa con los congresales.

Los jueces Douglas, Black y Jackson votaron en disidencia, entendiendo este último que la ley era tan maliciosamente vaga que hasta el propio gobierno no la entendía (").

II.V. Factores de poder: "Cuando la finalidad y el efecto de la presión ejercida por los poderes de hecho asumen una importancia tan grande hasta comportar una real intervención en el quehacer gubernamental, al imponer determinadas pautas y políticas, quienes ejercen esa presión constituyen factores de poder, en el sentido que originariamente atribuyera Lasalle a la expresión: "fuerza activa y eficaz que informa todas las

leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser en sustancia más que tal y como son" (27).

Es decir, que cuando la incidencia de la presión desborda esta calificación para convertirse en una específica intervención en el poder y acceder de esa manera al ámbito de las decisiones, nos encontramos frente a un factor de poder.

Pueden revestir el carácter de tales una determinada iglesia, la Católica en nuestro país, las fuerzas armadas, una central obrera.

Hemos presentado el conjunto de fuerzas que dentro del sistema social determinan y prestonan la organización política del estado.

Todas ellas nutren el proceso político que es regulado jurídicamente a través de la organización constitucional.

Es decir que las fuerzas políticas interactuantes tienen una norma reguladora en la constitución formal, ese fundamento jurídico es el cauce por donde penetran en las distintas áreas de la conducción comunitaria creando organismos representativos de intereses, buscando como meta llegar a la instancia decisional.

Así los hombres organizan los grupos de los más variados intereses económicos, sociales, religiosos, culturales, y sustentan a través del derecho de asociarse el agrupamiento consolidado.

La libertad en sus distintas manifestaciones legitima las acciones de los individuos y grupos que se desenvuelven en el medio político.

La opinión pública se alimenta a través del derecho de libertad de expresión; los partidos políticos, salvo las constituciones que los institucionalizan, en el ya mencionado derecho de asociación.

Bien señala Sánchez Agesta que los impulsos, fuerzas y tensiones se equilibran a través del ordenamiento jurídico vinculante que significa el orden político y que "los procesos y las tensiones se modelan y resuelven en el ámbito de un orden jurídico político y que este orden, como derecho constitucional, está en una relación fluida —polémica o coherente— con una estructura social que se desenvuelve en un continuo proceso" (28).

### III

El enfoque que hemos realizado hasta ahora ha consistido en el análisis de las fuerzas políticas, como fenómenos sociopolíticos, sus tensiones y equilibrios y ha llegado el momento de cuestionarnos la necesidad de integrar este complejo de fuerzas que conforman la comunidad política en la constitución formal. Es decir, si deben ser institucionalizadas a nivel constitucional.

Entendemos que los caminos para perfeccionar este reconocimiento serían: 1) la integración de estas fuerzas en una o ambas cámaras del Poder Legislativo, con lo que se reemplazaría la representación política por la representación funcional, que rechazamos; 2) buscar la participación de fuerzas en organismos especiales con representación sectorial, mera-

mente consultivos, para que dictaminen con ocasión de las decisiones que hacen al campo socioeconómico; 3) darle cabida a los partidos políticos u otras fuerzas en el texto constitucional.

Descartada la primera vía, nos referiremos a los organismos de 2) como novedad del constitucionalismo social a partir de la segunda guerra mundial.

Así el Consejo Económico y Social instituido por la Constitución de Francia de 1958 en los arts. 69, 70 y 71, a requerimiento del gobierno dará su opinión sobre los proyectos de ley, de ordenanza o de decreto. Todos los proyectos de carácter económico y social serán sometidos a su consulta.

La Constitución italiana de 1947 creó el Consejo Nacional de Economía y Trabajo como "un organismo de consulta de las Cámaras y del Gobierno en las materias y según las funciones que la ley le atribuye" (art. 96).

El C.N.E.L., que fue instituido por la ley N° 33 de 5-1-1957, está formado por su presidente y 79 miembros: 59 representantes de las categorías productivas, tanto de las empresas como de los trabajadores y 20 expertos en materia de economía y trabajo.

El C.N.E.L. ejerce una doble función: de iniciativa legislativa y de consulta. La primera se limita a la posibilidad de predisponer proyectos de ley en materia de economía y trabajo, que sólo el Gobierno puede presentar al Parlamento. Más importante es su asesoramiento, que puede ejercerse tanto al servicio del Gobierno como de las Regiones.

Los pareceres emitidos por el C.N.E.L. pueden ser sólo facultativos, no existiendo en la vigente legislación materia alguna que imponga semejante dictamen. Los pareceres pueden ser solicitados solamente en lo referente a materias que tengan atinencia o se refieran al ámbito de la economía y del trabajo.

En la Argentina, el Consejo Nacional Económico y Social (C.O.N.E.S.), creado por la ley N° 18.569 del 13-4-72 como órgano independiente de los poderes públicos, con representación de los intereses del campo de la cultura, la producción y el consumo (\*\*), no alcanzó a materializarse.

Si bien en II mencionamos a los partidos políticos como fuerzas políticas, omitimos su consideración en este intento de describir las fuerzas que tienen arraigo de poder en los estados.

Conviene recordar cómo la doctrina define a estas agrupaciones. Así, Biscaretti di Ruffia afirma que "desde el punto de vista jurídico, los partidos aparecen como particulares asociaciones políticas caracterizadas porque están compuestas de ciudadanos, reunidos con el fin común de influir en la orientación política general del gobierno, valiéndose de una organización estable, basada sobre un vínculo jurídico bien definido" (\*\*).

La deliberada omisión en el tratamiento de estas agrupaciones políticas no tiene otro sentido que recalcar, a nuestro criterio, el papel receptivo de las manifestaciones de los sectores sociales que cumplen los partidos, para que a través de sus cauces logren insertarse en la organización estatal.

Por lo que los partidos canalizarán las fuerzas que gravitan en la comunidad política, con una formulación global, totalizadora de la política nacional y mediante una organización democrática de sus filas.

"Es necesario que los partidos políticos, más que de encerrarse en sí mismos, tengan la posibilidad de insertar en el estado a las fuerzas vivas del país" (2).

El derecho constitucional material da cabida a los partidos políticos frente al silencio constitucional guardado por la carta de 1853.

Articulan su regulación a través de la ley y su sustento constitucional lo brindan los arts. 1º, 14 y 33 de la Constitución Nacional.

Nosotros hemos analizado en un trabajo anterior el proceso de constitucionalización de los partidos políticos que se da en los ordenamientos jurídico- de los países europeos y americanos a partir de la segunda guerra mundial (3).

Hablamos de una constitucionalización mínima cuando los textos constitucionales hacen referencia a los partidos políticos en diferentes secciones o títulos de los códigos que no sean los de reconocimiento expreso de los derechos fundamentales.

En contraposición, la constitucionalización máxima implica el expreso reconocimiento del derecho de los ciudadanos a asociarse en partidos políticos o el reconocimiento de los mismos por parte del estado o ambas cosas a la vez.

En conclusión, nosotros vemos a los partidos políticos como cauces por donde se canalizarán las fuerzas políticas para tratar de imprimir su potencialidad en las esferas de los órganos estatales.

La constitución material recepta estas fuerzas gravitantes de la comunidad política que operan en el marco legal, pero no obstante ello propiciamos que una futura reforma constitucional contemple la institucionalización de los partidos políticos con una amplitud maximalista (4).

## CONCLUSIONES

— En la realidad sociopolítica, con distinta integración y manejo, las agrupaciones humanas se constituyen, desenvuelven su operatividad y tratan de imprimir en los poderes públicos su potencia.

— Todas esas fuerzas tienen como denominador común al hombre que graba en ellas el sello de su personalidad, de su humanismo; recalamos esta característica para que cuando hablemos en este tema de agrupaciones no nos olvidemos de que dentro de ellas hay que salvaguardar la individualidad de cada uno.

— Entre las fuerzas políticas podemos mencionar al electorado, la opinión pública, los grupos de interés y de presión, los factores de poder, los partidos políticos.

— El pluralismo de la sociedad constituye un criterio más para diferenciar las democracias constitucionales de los regímenes autocráticos.

— En la Argentina las fuerzas políticas se mueven en el campo del derecho constitucional material, pero fundamentan su dinámica en una norma reguladora de la constitución formal.

— Destacamos el papel receptivo y canalizador de las diferentes fuerzas políticas que desempeñan los partidos y por sus cauces potencian dichas fuerzas para que alcancen la instancia decisional.

— La constitución material recepta estas fuerzas gravitantes de la comunidad política que operan en el marco legal, pero no obstante ello propiciamos que una futura reforma constitucional contemple la institucionalización de los partidos con una amplitud maximalista.

\* Profesora Adjunta de D. Constitucional, Ira. Parte.

## CITAS

(<sup>1</sup>) Hobbes, Thomas. "El Leviatán". Edición preparada por C. Moyá y A. Escobedo. Editora Nacional. Madrid. 1978. Pág. 189.

(<sup>2</sup>) Aja Espil, Jorge A. "Nuevo Lobby" en Revista Jurídica de Buenos Aires. 1989. II, pág. 81.

(<sup>3</sup>) *Ibidem*, pág. 81.

(<sup>4</sup>) Kira Heras, Jorge. "Curso de Derecho Constitucional", Ed. Bosch, Barcelona, 1982, Tomo II, pág. 197.

(<sup>5</sup>) Loewenstein Karl, "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 1978, pág. 423.

(<sup>6</sup>) Jiménez de Parga, Manuel. "Los regímenes políticos contemporáneos. Ed. Tecnos, Madrid, 1974. pág. 24.

(<sup>7</sup>) Bidart Campos, Germán, "Derecho Político", Aguilar, Bs. As., 1969, pág. 458. En igual sentido Romero, César E., "Derecho Constitucional", V. P. de Zavalla Editor, Bs. As., 1975, Tomo I, pág. 389.

(<sup>8</sup>) Biasaretti di Ruffia, Paolo, "Der. Constitucional", Ed. Tecnos, Madrid, pág. 319.

(<sup>9</sup>) Sánchez Agesta, "Principios de teoría política", Ed. Nacional, Madrid, 1978, pág. 372 y m.

(<sup>10</sup>) Citado por Sánchez Agesta. *op. cit.*, pág. 372.

(<sup>11</sup>) Aja Espil, Jorge A., *Op. cit.*, pág. 88.

(<sup>12</sup>) Heller, Hermann, "Teoría del Estado". Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pág. 189.

(<sup>13</sup>) Maynaud, Jean, "Los grupos de presión", EUDORA, Bs. As., 1978, pág. 11.

(<sup>14</sup>) En igual sentido Linares Quintana, Segundo V., "Derecho Constitucional e Instituciones políticas", Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1978, T. II, pág. 292.

(<sup>15</sup>) Bidart Campos, Germán, *Op. cit.*, pág. 457.

(<sup>16</sup>) Fayt, Carlos S. "Los grupos de intereses y su técnica con relación al poder". J. A., 1959 - IV, Pág. 81 y m.

(<sup>17</sup>) Aja Espil, Jorge A. *Op. cit.*, pág. 82.

(<sup>18</sup>) Romero, César E. "Los grupos de presión como realidad política", en J. A., 1959 - II. Sección Doctrina. Pág. 85 y m.

(<sup>19</sup>) Aja Espil, Jorge A. *Op. cit.*, pág. 82 y m.

(<sup>20</sup>) *Ibidem*, pág. 87 y m.

(<sup>21</sup>) Aja Espil, Jorge A. *Op. cit.*, pág. 74 y m.

(<sup>22</sup>) Linares Quintana, Segundo V., *Op. cit.*, Tomo II, pág. 355.

(<sup>23</sup>) Sánchez Agesta, Lola, *op. cit.*, pág. 183.

(14) Ver Varouzi, Jorge R. "El misterio de la representación política". Ed. América Actual, Ba. Az. 1972, pág. 131 y ss.

(15) Biscaretti di Ruffia, Paolo, op. cit., pág. 718.

(16) Zampetti, Pier Luigi. "Democracia y poder de los partidos", Ediciones Iberoamericanas. Madrid, 1970, pág. 136.

(17) (18) Demaría Massey de Ferré María Elena. "Los partidos políticos y las constituciones". III Jornadas de Derecho Político y Constitucional. La Plata, 24-25 de abril de 1981.

## BIBLIOGRAFIA

- Aja Espil, Jorge A. "Nuevo lobby".
- Beneyto Pérez. "Historia de las doctrinas políticas".
- Bidart Campos, Germán. "Derecho Político".
- Bidart Campos, Germán. "Grupos de presión y factores de poder".
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. "Derecho Constitucional".
- Cozzio, C. "La opinión pública".
- Daranas Peláez, Mariano. "Las constituciones europeas".
- Duverger, Maurice. "Los partidos políticos".
- Fayt, C. "Teoría de la política".
- Friedrich. "Teoría y realidad de la organización constitucional democrática".
- Gál, F. "Partidos políticos".
- Heller, Hermann. "Teoría del Estado".
- Jiménez de Parga, Manuel. "Los regímenes políticos contemporáneos".
- Lasalle. "¿Qué es una constitución?".
- Linares Quintana, Segundo V. "Tratado de la ciencia del derecho constitucional".
- Linares Quintana, Segundo V. "Derecho constitucional e instituciones políticas".
- Loewenstein, Karl. "Teoría de la Constitución".
- López, Mario. "La representación política".
- Maynaud, Jean. "Los grupos de presión".
- Romero, César E. "Derecho Constitucional".
- Sánchez Agesta, Luis. "Principios de teoría política".
- Varouzi, Jorge R. "El misterio de la representación política".
- Xifra Heras, Jorge. "Curso de derecho constitucional".
- Zampetti, Pier Luigi. "Democracia y poder de los partidos".



## EL VOTO UNINOMINAL POR CIRCUNSCRIPCIONES Y SU APLICACION EN LA ARGENTINA

Horacio Sanguinetti \*

I. - Méritos del sistema uninominal. II. - a) Objeciones al sistema. II. b) La "gerrymandra". III. - Planteos de constitucionalidad. IV. - La Reforma del 88. V. - La ley González. VI - El análisis constitucional. VII. - El Ensayo de 1904 y el triunfo de Alfredo Palacios. VIII. - La derogación del sistema y la ley Sáenz Peña. IX. - Las leyes justicialistas. X. - Conclusiones.

El tema de los sistemas electorales propiamente dichos, es decir lo referente a la distribución de mayorías y minorías en cuerpos colegiados, reviste actualidad y es, al presente, uno de los tópicos "de moda". Bien está pues, revisar la experiencia nacional en la materia, con el objeto de obtener provecho de los aciertos y errores de pasadas generaciones.

En primer lugar, valga la observación de que no hay sistemas inocentes. Todos tienen su riesgo y su ventura. Algunos favorecen al partido mayoritario, otros lo debilitan; y la preferencia de uno sobre otros responderá a criterios casuísticos, de época u oportunidad. Sin embargo, en sentido general, no debe olvidarse que un buen sistema es el que permite a cada sector, desempeñar holgadamente su papel dentro del juego democrático y republicano; es decir, el que permite que la mayoría gobierne y que la minoría controle.

Entre los múltiples sistemas aquí ensayados, destaca la aplicación aislada, eventual y polémica del sistema de Circunscripciones uninominales, que se proyectó muchas veces y se aplicó dos en el país: experiencias separadas por medio siglo una de otra, que nos dejan enseñanzas contradictorias. Son las impuestas por la ley 4.161, de diciembre de 1902, que impulsó uno de los grandes liberales argentinos, Joaquín V. González; y por las leyes del peronismo, Nº 14.032, de 1951 y su reforma parcial, Nº 14.393, sancionada dos años más tarde. En todos los casos, se trató de elegir diputados nacionales, aunque es sabido que el art. 81 de la C.N. prescribe, para la elección de electores de presidente y vice, "las mismas formas prescriptas para la elección de aquellos". El sistema de voto uninominal por circunscripciones supone que cada distrito electoral —las provincias, en nuestro caso—, se subdivide en tantas circunscripciones como cargos deba allí cubrirse.

Los electores de cada una de tales circunscripciones elegirán, a simple pluralidad, a un solo candidato, un nombre —de ahí lo de uninominal—. El más votado, pues, será el representante único de la circunscripción y no habrá representación minoritaria de ésta, cualesquiera fuesen las ventajas y los porcentajes obtenidos.

### I. Méritos del sistema uninominal

El sistema ofrece algunas características ventajosas que, según sus partidarios, serían las siguientes:

Permite mayor proximidad y conocimiento entre electores y elegidos. Especialmente en ciudades medianas y pequeñas, en barrios apartados de las grandes urbes, en zonas rurales, donde "todos se conocen", donde la masificación no ha creado inmediatez entre los presuntos representantes y el pueblo. Cede, pues, aquí, la influencia del comité, la "orden" del "líder", el anonimato de la lista masiva, al conocimiento directo de las virtudes y defectos del candidato. Disminuye la presión de los partidos nacionales, se fortalece a las agrupaciones locales, uniones vecinales y partidos de distrito, y se obliga a todos a mejorar la calidad de los candidatos. Es un fenómeno muy extendido que en poblaciones pequeñas del interior, existan caudillos locales, de prestigio y gravitación, que ganan las elecciones municipales con prescindencia del resultado del comicio presidencial (\*). Así se llega a un grado de vinculación más íntima, y el elector se siente próximo a su diputado. Quienes no ven con agrado la intermediación de los partidos políticos nacionales y alegan que la Constitución no lo prevé, juzgan a éste, al sistema, como muy acertado.

Por otra parte, es probable que el partido oficialista no gane todas las circunscripciones; y como en los asentos poblacionales suelen existir partidos predominantes, habrá la posibilidad de que en las distintas circunscripciones, triunfen candidatos de una variada gama de opinión.

En los últimos tiempos, algunos han postulado la vuelta a las circunscripciones como medio de quebrar el voto masivo por los grandes partidos. "Se atribuye a este sistema —dice Agustín de Vedia (\*)— el mejor conocimiento de cada uno de los candidatos entre los cuales los ciudadanos de la circunscripción deben decidirse. Es exacto que ese conocimiento se hace más fácil, dado que se destaca mayormente la actuación anterior de quien luego figura como candidato de un partido y así también es razonable que pueda ser más notoria la significación de la plataforma electoral. Por último, se atribuye al referido sistema la posibilidad de mayor vigilancia sobre el desarrollo del comicio y de las etapas preparatorias, propias de la campaña electoral. En Gran Bretaña la representación de "burgos" y condados, que es tradicional y que la ley de 1918, ya recordada, ha conservado, ofrece ejemplos de aplicación indudablemente interesantes".

### II. Objeciones al sistema

Existe, en primer lugar, una crítica fundamental que suscita toda pluralidad de distritos, esbozada por Kelsen (\*), cuando afirma: "La división en circunscripciones desgarra la totalidad del electorado, al cual se considera, en principio, de acuerdo con la idea de cuerpo representativo unitario, como cuerpo electoral unificado: todo el pueblo elige su parlamento, en una pluralidad de cuerpos electorales, cada uno de los cuales tiene distinta composición del todo. Pero el sujeto de la elección

es el cuerpo electoral, y de ahí proviene la diferencia entre el resultado (cuerpo representativo) y el cuerpo electoral en total. Por eso, el error del sistema no debería evitarse suprimiendo el principio de mayorías, sino llevándolo a cabo en toda su integridad".

Nuestra Constitución está en ese caso. Los "diputados de la Nación" (art. 36) son, sin embargo, "elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales" (art. 37). Así se entienden algunos resultados paradójicos, como en 1957, cuando la U.C.R.I., pese a contar con menos votos, en conjunto, que la U.C.R.P., obtuvo mayor delegación. Y en los comicios de 1973, pese al sistema proporcional establecido por el gobierno de facto, el Frente Justicialista llevó el 60 por ciento de las bancas de diputados, con alrededor del 50 por ciento de los sufragios generales.

Evidentemente, los votos de aquellos partidos pequeños que, en cada distrito, no llegan a obtener la cifra repartidora, engrosan por indirecta vía a los partidos mayoritarios. Una corrección de este problema sería remitir esos "restos" a un distrito nacional único; corrección, aparentemente, inconstitucional entre nosotros.

En segundo lugar y ya entrando al sistema de distritos uninominales, surge otro capítulo de cargos, como los que formula Ramella (\*) cuando le reprocha que "o permite que el partido mayoritario, en sus épocas de esplendor, asuma la unanimidad de la representación parlamentaria o la casi unanimidad con el sistema argentino, o a la inversa que la Cámara se convierta, cuando el partido mayoritario está en decadencia, en un mosaico de representantes de innúmeros partidos, sin que el partido mayoritario, computando el total de votos, cuente con mayoría efectiva en la Cámara de Diputados. En un régimen donde existen partidos políticos, de acuerdo al cual el elector vota más por el partido que por el candidato, el sistema uninominal no responde al argumento que se hace a su favor de que vincula más al elector con el elegido. Cada día decae el prestigio del escudillo local, pues los ciudadanos siguen ahora las tendencias ideológicas y sociales, más que a los hombres de su ámbito inmediato".

Por otra parte, quien crea que el partido político es esencial a la democracia republicana, y que ésta es la forma de gobierno menos mala, empezará a dudar de los méritos del sistema descripto. A esto puede replicarse, es cierto, que sólo los grandes partidos se podrían ver afectados por aquél, nunca el partido como institución.

Por fin, en cuanto al mejor conocimiento de los candidatos, es un argumento en retirada. Progresivamente, y comenzando por las grandes ciudades, ese conocimiento entre vecinos, "barrial", de puerta a puerta, es cada vez más raro. En cambio, los medios masivos de comunicación —T.V., radio y diarios, sobre todo—, difunden la imagen y el mensaje de los jefes de partido, sus lemas, e ideologías, hoy mucho mejor conocidos que el escudillo contiguo.

## II. b. La gerrymander

Pero el inconveniente más serio del régimen uninominal es en definitiva, la dificultad para impedir que el oficialismo, que fatalmente fijará los límites de las circunscripciones, las trace con un sentido caprichoso y oportunista, teniendo en cuenta sólo su interés electoral. Pues resultará muy difícil fijarle otras pautas para evitar que así lo haga; aunque la ley

determinase que el número de habitantes o la superficie deban ser parejos, igual podría practicarse esta forma de fraude sutil pero efectiva.

Y en cuanto a remediar la arbitrariedad del trazado por vía de recursos judiciales (\*), o administrativos que permitan inclusive la revisión del perímetro de las circunscripciones, siempre dependerán de la independencia de los jueces y serán sólo paliativos que no ofrecen reales seguridades de justicia en esta materia, amenazada por la gerrymandra, monstruo cuya curiosa denominación, de origen diríamos político-zoológico, proviene de la siguiente historia:

Eldbridge Gerry fue un distinguido hombre público norteamericano. Firmó la Declaración de la Independencia, integró la Convención de 1787, y murió hacia 1814, siendo vicepresidente de los Estados Unidos. Sin embargo, su mayor título de "inmortalidad" se debe a una curiosa anécdota:

Era gobernador de Massachusetts por el Partido Demócrata Republicano, en vísperas de las elecciones de 1812. El 11 de febrero, la Legislatura del Estado aprobó una ley electoral, distribuyendo arbitrariamente los distritos, en forma tal que el oficialismo se veía favorecido, pues las zonas donde confiaban obtener mayoría neutralizaban adecuadamente a las ciudades opositoras. Parece que Gerry opuso algunos escrúpulos antes de promulgar la disposición, pero al fin se dejó convencer.

El mapa respectivo ofrecía un aspecto curiosísimo. Según tradición, el editor Benjamin Russel, director del periódico Centinel, de Boston, se encontraba examinándolo con el pintor Gilbert Stuart. Este —cuyo retrato de Washington es célebre—, comenzó entonces a dibujar por encima de los caprichosos perímetros, una cabeza como de reptil, patas, cola... Quedó algo como una lagartija o salamandra. O mejor, según habría observado Russel, una gerry-mandra... La expresión hizo fortuna, y desde entonces se conoce como gerrymandra a la deformación intencional del sistema de circunscripciones.

Otra versión atribuye el dibujo de marras a Richard Alsop, Eleanah Tisdale o James Ogilvie, artistas de menor prestigio que Stuart. Como sea, la gerrymandra funcionó con distorsionadora eficacia: aunque los candidatos demócrata-republicanos obtuvieron, en conjunto, menos votos que los del Partido Federalista (50.164 contra 51.766, respectivamente), se alzaron con 29 bancas senatoriales, frente a las magras 11 logradas por los "vencedores". El candidato a gobernador de éstos, Mr. Strong, sin embargo, venció al propio Gerry, que aspiraba a la reelección, porque en esa elección el Estado era un solo distrito.

La gerrymandra, empero, no sólo la usufructuó Gerry. Se la practicaba antes y se la practicó después. Los federalistas la emplearon cuando pudieron, el presidente McKinley fue un especialista y el oficialismo de turno fue sistemáticamente "sobrerrepresentado" en el Estado de Tennessee. Illinois fue teatro de modalidades electorales semejantes, y el célebre distrito cordón de zapato, en Mississippi, tenía unos 700 kilómetros de largo por sólo 50 de ancho.

### III. Planteas de constitucionalidad

En cuanto a la constitucionalidad del sistema de circunscripciones, son dos los aspectos a analizar.

Las escuetas normas constitucionales en esta materia aparecen en el

art. 37, cuando dice que "La Cámara de Diputados se comprenderá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios".

La primera duda se plantea en torno a si esos "distritos electorales" son indivisibles y deben elegir en bloque a sus representantes. Si al dar la Constitución rango de "distrito" a la Capital y provincias, está tácitamente conformándolas como unidades políticas mínimas, que no pueden escindirse —como el átomo—, sin producir un deterioro del propio sistema; o si se trata de meras personas jurídicas públicas, que sin perder su unidad y su autonomía pueden fraccionarse por razones de necesidad política o administrativa. En verdad la Constitución nada dice al respecto, ni formula distinciones, y "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus". Por otra parte, las provincias son representadas por los senadores, no por los diputados que según la intención constitucional representan a la Nación —y según los hechos, a los partidos políticos—. De modo que la elección por distritos provinciales no tiene rango sustancial en la Constitución, sino que responde a un criterio formal, administrativo, de mero orden, gestión o conveniencia. Por tanto, parece razonable que los distritos puedan fraccionarse, y que cada una de esas divisiones, pedanías o departamentos, tengan sus propios candidatos, de los que uno será elegido en la circunscripción pero como diputado por el distrito y representante de toda la Nación.

Al respecto, González Calderón (4) sostiene que "Ni el espíritu ni de la letra de la Constitución aparece la indivisibilidad de los distritos electorales mencionados en el art. 37; la reforma de 1902, habiendo satisfecho las otras dos condiciones (5) estatuidas en esta cláusula, fue perfectamente constitucional".

El otro punto radica en la expresión "simple pluralidad de sufragios". Pareciera que los constituyentes tuvieron al respecto la idea de aplicar sistemas de mayoría, sin pensar en la representación de minorías. Siendo así, la lista completa y las circunscripciones, serían los únicos que se apegan estrictamente al texto sancionado.

Ninguna luz, empero, surge del debate, efectuado el 26 de abril de 1853, cuya acta sólo recoge que "se ordenó la lectura del art. 33 (6). Después de una ligera modificación que propuso el señor Zenteno en la redacción del artículo, que no fue aceptada, y sobre lo que se le dieron explicaciones que juzgó satisfactorias, se votó y aprobó el artículo por unanimidad".

Sin embargo, y como la ley es más sabia que el legislador, algunas construcciones ingeniosas han logrado crear o justificar constitucionalmente otros mecanismos, como la lista incompleta, la barrantina y más difícil aún, los sistemas proporcionales; todos ellos prima facie, ajenos a la letra de los convencionales del 53, pero desde luego más afines a los principios republicanos y democráticos que inspiraron su ánimo. El mismo González, ministro del Interior de Roca, en la sesión de Diputados del 22 de octubre de 1902, aconsejó eludir el fetichismo constitucional que puede conducir a interpretaciones estrechas:

"Y, señor Presidente, ¿para qué voy a renovar otra vez el recuerdo de los juriconsultos y políticos argentinos, quienes, desde que esta idea, como se dice, golpea las puertas del Congreso, han venido proponiéndola

y sosteniéndola como concurrente con los fines de la Constitución, perfectamente encuadrada dentro de sus términos, es decir, absolutamente constitucional, al ya en su elocuente discurso el señor miembro informante de la comisión nos hizo conocer sus opiniones?

“Sé también que es la primera preocupación de los señores diputados, cada vez que se trata de una cuestión de importancia, el recorrer los anales parlamentarios e inspirarse en las opiniones de los que les precedieron en los asientos que hoy dignamente ocupan. Puedo, pues, nombrar, para llenar este programa de mi exposición, a Vélez, Sarmiento, Avellaneda, Achával Rodríguez; entre los contemporáneos, a Pellegrini, Zeballos, Pinedo, Sáenz Peña, Bermejo, Daract, Balestra, y podría mencionar muchos otros.

“No creemos, como no lo creyeron ellos, deber detenernos en análisis atómicos de la Constitución. No desmenuemos tanto este profuso tejido de prescripciones, porque en este análisis de detalles, minuciosos, infinitesimal, empequeñecemos un tanto las cláusulas, los fragmentos que componen esta inmensa fábrica de nuestro organismo constitucional”.

Todavía podría agregarse que la Constitución no previó —aunque tampoco los prohíbe—, la existencia de partidos políticos que intermediaran ofreciendo candidatos al pueblo, ni mucho menos que aquéllos llegaran a ejercer, en tal materia, exclusividad y monopolio, lo que sí podría ser inconstitucional. Como vimos, el sistema de circunscripciones facilita por su misma característica, que aparezcan y triunfen candidatos extra-partidarios, independientes o sostenidos por partidos de distrito.

Por tanto, en ese aspecto, pareciera que el sistema de circunscripciones se ajusta con mayor precisión que los otros al propósito primigenio de los constituyentes.

Por otra parte, desde el comienzo de nuestra vida institucional, existió en numerosos hombres públicos una marcada predilección por el sistema uninominal. A tales antecedentes recurrió el diputado Vedia, miembro informante del despacho que adhería al proyecto González, para reforzar su arsenal, en la sesión del 15 de octubre de 1902, a saber:

“Empecemos por recordar, brevemente, su accidentada historia: Sarmiento, siempre Sarmiento a la cabeza, la propone en 1838; la presenta y la sostiene con calor en 1863 el diputado Montes de Oca; la vuelve a proponer en 1869 Sarmiento, presidente, con Vélez, su ministro; Avellaneda la recomienda con empeño en 1876; poco después insiste todavía Sarmiento, senador, acompañado entonces por Frias, García, Echagüe y Villanueva; en 1883 el Senado la aprueba contra un voto, de acuerdo con el despacho de la comisión de negocios constitucionales, formadas por Del Valle, Igarzábal y Oliva, después de oír el informe correspondiente hecho por el mismo senador Igarzábal autor del proyecto, y una soberana improvisación de Avellaneda; en 1890 —porque ese proyecto de 1863 no obtuvo la sanción de la Cámara de Diputados, no obstante su brillantísima defensa, hecha por el doctor Rojas, el doctor Luis Lagos García y Achával Rodríguez—, en 1890, decía, el doctor Víctor M. Molina renueva la cuestión en esta Cámara, en donde triunfa el sistema uninominal brillantemente expuesto por el doctor Balestra, en un discurso elocuentísimo, muchas veces citado, y briosamente sostenido por el propio doctor Molina, por el doctor Manuel B. Gornet y por un diputado que en 1883 había estado en contra: el señor Omedo, que explicó la modificación de sus opiniones; como antes la Cámara de Diputados, ese año no dio el Senado curso a la iniciativa, destinada a que otros la tomasen no mucho tiempo después; en 1893, en efecto, Pellegrini, Zeballos, Basavilbaso, Lagos García, Alcorta y Callen —la comisión que se recordara—, adoptan

en su proyecto que el presidente Sáenz Peña y el ministro Cané patrocinan y remiten al Congreso, la elección por circunscripciones; el senador Igarzábal levanta de nuevo la bandera en 1894; en 1895 es la comisión de legislación de esta Cámara —con el actual ministro González, con el actual senador Mantilla, con el actual miembro de la corte doctor Daract— el origen de una nueva discusión sobre el particular, en la que el doctor Daract lleva la palabra agotando la materia de la que una vez más sale victorioso el propósito, que cae en seguida bajo la lápida de uno de esos tan frecuentes como deplorables aplazamientos”.

#### IV. La reforma del 98

Hubo, asimismo, un intento de dar rango constitucional al sistema de circunscripciones. Fue el del representante por Entre Ríos, don Honorio Leguizamón, quien en la sesión del 5 de marzo, propuso a la Convención Nacional reformadora de 1898, el siguiente texto para el art. 37:

“La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente, y a simple pluralidad de sufragios, por el pueblo de las provincias, de los territorios nacionales y de la capital, los que a este efecto y a contar desde el año 1900, serán divididos en tantos distritos electorales federales, como diputados les correspondía en la proporción de uno cada 33.000 o fracción no interior de 16.500, que desde hoy queda fijada como base de la representación nacional. Después de la realización de cada censo, el Congreso determinará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar, pero no disminuir, la base de 33.000 habitantes por cada diputado”.

Al fundar esa propuesta, Leguizamón sostuvo que grandes patriotas —Guillermo Rawson, Tristán Achával Rodríguez, Onésimo Leguizamón, Delfín Gallo—, habían sido proclives al régimen de circunscripciones, pero que “cuantas veces se ha intentado impugnar la redacción del art. 37, un venerando respeto por la Constitución al que yo adhiero sin limitaciones, ha hecho que se esterilicen tan grandes esfuerzos.

“Muchos han sido y son, no obstante, los que piensan que el art. 37, al establecer que las provincias y la capital se consideran como distritos electorales de un solo Estado, no prohíben que ellos puedan sufrir una mayor subdivisión, para llegar al escrutinio individual (...).”

“Para la pureza de la atmósfera del recinto —manifestó luego, esbozando un parangón moderno y audaz—, hay entre el escrutinio por lista y el escrutinio individual la misma diferencia que para la atmósfera del hogar hay entre el alumbrado a petróleo y el alumbrado eléctrico”.

Leguizamón invocó, además, numerosos antecedentes de los países más avanzados de la tierra y de autores que inspiraron la Constitución, e incitó a seguir el ejemplo de Estados Unidos, coincidente en esta materia con su propuesta. Por fin, citó a Alberdi, indiriendo de una parte de su Proyecto, cuando dice que “cada diputado representa a la Nación y no al pueblo que lo ha elegido”, que los distritos no eran intocables ni individuales, pues al fin y al cabo los diputados no los representan, sino precisamente a la Nación en conjunto.

El proyecto de Leguizamón fue descartado, sin embargo, cerrándose el debate sobre el mismo casi de limina; no por razones de fondo, sino porque, como es sabido, la Convención del 98 determinó que no tenía facultad

tades para ampliar el temario que el Congreso le había fijado. Así que el convencional por Santa Fe don Remigio Molinas sostuvo que, limitada la reforma posible, según la propuesta del Congreso "a una parte bien especificada del art. 37 (\*) esta asamblea carece de jurisdicción y de competencia para ocuparse del resto del artículo".

Y así se decidió. Sin embargo, se sentaba en la Convención —y la referida es una de las pocas sesiones en que estuvo presente—, un convencional por Córdoba, que pronto retomaría las mejores tradiciones nacionales en materia electoral, se convertiría en el adalid de las circunscripciones y como ministro del Interior del general Roca —también convencional del 98—, lograría la primera sanción de una ley que estableció aquel principio y otros altamente positivos para la época en que se dictaron: se trataba, por supuesto, de Joaquín V. González.

## V. La Ley González

González fue el primero en lograr —antes aún que Sáenz Peña—, la aprobación de una ley, la 4.361, que intentaba seriamente moralizar la vida política argentina. Sancionada el 29 de diciembre de 1902, tuvo corta vida; y aunque no pudo obtener el secreto del voto previsto en el proyecto, sí logró quebrar la injusticia de la lista completa, sustituida por las circunscripciones. González asignaba a éstas un valor vital, y las defendió en la sesión de Diputados del 22 de octubre, con todo su vigor.

"Llegó la hora, señor Presidente —dijo entonces—, al punto que se ha considerado más fundamental en la discusión de esta ley, el cambio del sistema de distribución de los sufragios con relación al territorio; el abandono del actual sistema de lista plural por la adopción del sistema llamado de escrutinio uninominal.

"Al decidirse a adoptar un nuevo sistema, el Poder Ejecutivo ha debido estudiar todos los conocidos, todos los inventados por la ciencia política; y sin duda alguna ha encontrado muchos mejores que el que ha propuesto, pero todos ellos adolecen de dos defectos generales: o son prácticamente imposibles dentro del territorio argentino y en el sistema de gobierno que nos rige, o son tan perfectos en su combinación teórica, que no han calculado sus autores la suficiencia de las fuerzas sociales destinadas a realizarlos.

"No es desconocida en nuestro país la reclamación unánime en favor de un mayor fomento de la vida local. Desde hace largo tiempo, y por efecto de la centralización, que es implícita en el sistema vigente, se produce algo como una extracción lenta de las fuerzas locales, aglomerándolas en los centros directivos, y especialmente en la capital de la República. Se produce, así, el debilitamiento general de los extremos, para traer en esta gran masa humana un estado de congestión, cuyas manifestaciones críticas no nos son desconocidas. El sistema que propone el proyecto lleva implícitas todas las soluciones inherentes a la naturaleza de nuestras instituciones federativas y las que reclama la naturaleza física de nuestro país.

"Aparte de esto, señor Presidente, el sistema actual ha sido clasificado por todos los autores, como el que mejor realiza esa monstruosidad de la exclusión definitiva y absoluta de las minorías en plena constitución republicana; y este carácter de la exclusión de las minorías, en el

escrutinio de lista, ha sido la causa de todos nuestros desastres, de todas nuestras convulsiones internas, como lo he demostrado.

"El sistema propuesto, en cambio al difundir los centros de acción, los focos directivos de la actividad nacional, abre numerosas salidas a las fuerzas comprimidas, y en vez de concentrar las explosiones del sentimiento popular, de todas las pasiones contenidas, en un solo punto, las difunde, las multiplica, y les ofrece diversos derivativos.

"La injusticia política, inherente al sistema de lista, ha hecho por mucho tiempo el descrédito de las asambleas políticas argentinas. Obligadas, por la organización de los partidos, por la naturaleza misma de las elecciones colectivas y múltiples, a dar fallos generales de conjunto sobre todas las elecciones procedentes de un distrito, bienen por fuerza que envolver en el mismo fallo a los que están en la verdad y a los que están en el error, a los que vienen bien elegidos ya los que vienen mal elegidos; y el fallo de la asamblea política, que es siempre política, no siempre suele inspirarse en una verdad legal.

"El escrutinio uninominal permite establecer el caso legal, y traerlo a la deliberación de la Cámara, y entonces es mucho más difícil dar un fallo injusto contra una persona determinada, que no un fallo injusto contra un conjunto de personas. En el primer caso, la responsabilidad es directa; en el segundo, la responsabilidad se difunde en la totalidad (¡Muy bien!).

"La falta de control de las minorías lleva indefectiblemente a los partidos que gobiernan, a la irresponsabilidad, a la convicción de su impunidad; porque las minorías tienen en la vida-republicana la gran ventaja de que, por lo menos, hacen oír la voz de la censura o del control, reclamando y recordando la ley en el momento de los extravíos colectivos. Estos excesos no son posibles por el sistema del distrito uninominal, que asegura indefectiblemente, en ciento veinte constituciones de la República, por lo menos la presencia de una voz, como decía Kent hablando de la virtualidad del sistema, en representación de la minoría.

"Se ha dicho ya, pero voy a aborarlo con la opinión de un juriscónsulto, que el sistema uninominal establece la relación directa del elector y del elegido.

"Moreau dice: "Además, y es la razón decisiva, el escrutinio uninominal permite al elector saber lo que hace: votará por un solo hombre que conoce o puede conocer, elegirá a su representante con conocimiento de causa. El escrutinio de lista obliga al elector a abstenerse, o a votar por una serie de candidatos cuya mayor parte le es desconocida. Para evitar el conflicto entre una elección difícil y otro a ciegas, aceptará una lista forjada de antemano, que llevará al frente un nombre popular o simpático (el candidato remolcador, como se llama en gráfico lenguaje en Francia) a cuyo favor pasarán otros hombres indignos u oscuros. La elección carecerá, pues, de sinceridad y de verdad".

"Esta relación directa entre el elector y su elegido lleva, por su propia naturaleza, a la representación nacional el calor de la vida, el calor de la convicción, la simpatía personal que vincula al votante y al candidato; y así, la suma de todos estos elementos representados en la Cámara popular, será la traducción más viviente, más calorosa, del estado del alma nacional en el momento en que la elección se verifica.

"Por lo demás, el escrutinio de lista suprime por completo la voluntad del elector; hace del hombre, en realidad, una máquina, una cantidad, una cifra. Contraria, pues, en su esencia la base del sistema republicano representativo de gobiernos, que se funda en un mandato, y el mandato no es una relación mecánica del mandante al mandatario, sino una relación íntima de confianza, la cual no es posible cuando hay desconocimiento del mandatario por parte del mandante. La representación, lo dice la palabra, es una relación de confianza.

"El escrutinio de lista influye, pues, en contra de la autoridad de la ley, quitándole ese vínculo cálido del conocimiento directo, de la simpatía personal; y la ley que sale de ese órgano formado de tal manera, viene a ser algo como extraña a su origen primitivo, realizando así lo que Portalis decía de la ley bajo el antiguo régimen monárquico, que se parecía al rayo que se incuba en el silencio de la nube, y sólo es conocido cuando hiere de muerte.

"En nuestro sistema de gobierno no es aceptable un procedimiento por el cual el elector desaparece como persona: es contrario a la esencia de nuestro gobierno, de nuestras leyes civiles, porque solamente es un número, una cantidad, una cifra. Sólo figura, por tanto, el hombre, el elector, el ciudadano, como elemento numérico en una combinación matemática, que servirá para producir, tal vez, y así ha sucedido siempre con el sistema de la lista plural, la anhelada piedra filosofal de las alquimias políticas.

"Reuniendo todos los elementos que contribuyen a dar al sistema uninominal su gran vitalidad, podemos decir que con él se busca la consolidación de la paz interna, por la supresión de todos los medios violentos que ofrece la proliferación de los centros de acción de las fuerzas electorales, por el llamamiento seguro de las minorías al ejercicio del sufragio y a participar en la formación de la ley. Y si todas las enseñanzas de nuestra historia nos indican que los errores proceden de las antinomias entre las formas sociales y las formas políticas —la unidad, la armonía entre estas dos formas, entre estos dos órdenes de leyes, nos llevará a fundar una era de paz duradera y estable.

## VI. El análisis constitucional

"Se ha dicho también que el sistema riñe con la Constitución Nacional, trayendo así el debate al terreno de la constitucionalidad estricta, que, a mi juicio, no corresponde tratar en este período de la discusión. Estamos ocupándonos de la ley en su aspecto general; en ese aspecto la he considerado, aún en alguno de sus puntos fundamentales en cuanto influyen en su concepto general.

Dejaré indudablemente, como es de mi deber, para cuando se trate en particular este proyecto, demostrar su más absoluta, su más perfecta constitucionalidad dentro de los términos estrictos de nuestra Constitución. Pero debo anticipar, para acercarme al término de esta larga exposición, algunas observaciones de este carácter, que concurren a cimentar este juicio, el juicio que antes he expuesto sobre las generalidades de esta ley.

La cuestión constitucional debe ser mirada bajo diversos puntos de vista: la proporcionalidad que establece la Constitución entre los representantes y la población de cada provincia, o distrito electoral, como las llama la Constitución; la simple mayoría como medio de determinar las

condiciones de residencia de los candidatos, y la jurisdicción en el procedimiento electoral. Por último, la personalidad del elector ciudadano, determinada por estas cualidades: igualdad, individualidad y libertad.

"Se ha hablado igualmente de la facilidad con que este sistema conduce a la representación de los intereses sociales. Y recuerdo haber citado la opinión de un gran constitucionalista italiano, Palma, quien al juzgar la reforma democrática de 1884 en Inglaterra, decía que el único triunfo que había existido en realidad, era el de los intereses sociales por medio del sistema uninominal que permite reconcentrar en determinados puntos del territorio intereses diversos de colectividades diferentes.

"¿Y cuál es el ideal de las clases obreras modernas sino llegar a hacer oír su voz en los recintos legislativos? ¿Y cuál es la causa de las profundas perturbaciones del día sino que las clases obreras no tienen sus representantes propios en el Congreso? No digo que los formados de otra manera no se inspiren en los verdaderos intereses sociales, sino que no son formados por la acción directa de los intereses sociales, que tienen en cuenta sus representaciones todas las veces que son elegidos con ese designio.

"No nos debemos asustar ni alarmarnos de ninguna manera porque vengan a nuestros Congreso representantes de las teorías más extremas, o más extrañas del socialismo contemporáneo. ¿Por qué nos hemos de asustar? ¿Acaso no las conocemos nosotros, no somos también parte de este inmenso movimiento de progreso de la sociedad humana? ¿Acaso no formamos parte de la civilización más avanzada?"

La parte pertinente del texto decía: "

#### "DE LAS DIVISIONES TERRITORIALES:"

"Art. 18. — La capital y las provincias, como distritos electorales de la Nación, se dividirán, a los efectos de la elección de diputados al Congreso, electores calificados de senadores de la capital y electores calificados de Presidente y Vicepresidente de la República, en circunscripciones electorales.

"Art. 19. — La capital y cada una de las provincias, serán divididas en un número de circunscripciones igual al número de diputados que eligen. Mientras el Congreso no dicte la ley de circunscripciones electorales, el Poder Ejecutivo hará la división en circunscripciones, tomando por base el censo nacional de 1895, el número de habitantes que con arreglo a la Constitución tiene derecho a elegir un diputado y la proximidad de los lugares que comprenda cada circunscripción. El Poder Ejecutivo comunicará al Congreso el decreto que expidiere en el mes de mayo próximo, el cual únicamente podrá ser modificado por ley.

"No se alterará la representación de los actuales distritos electorales.

"Art. 20. — A los efectos de la inscripción y de la votación, cada circunscripción será dividida a su vez en secciones. Cada parroquia en las ciudades y cada departamento o juzgado de paz en las campañas, formará una sección electoral, sin perjuicio de las mayores subdivisiones establecidas actualmente en las parroquias o departamentos.

"Art. 21. — Cada circunscripción elejirá un diputado al Congreso; elejirá del mismo modo dos electores de Presidente y Vicepresidente, de

la República, y en conjunto con las demás circunscripciones del distrito, cuatro electores por el duplo del número de senadores.

"Art. 22. — La Cámara de Diputados practicará el sorteo de las circunscripciones que correspondan a la próxima renovación. Este sorteo servirá de base para las renovaciones sucesivas y para las elecciones parciales.

"Art. 23. — Si por cualquier motivo llegara a alterarse el número de diputados correspondientes a un distrito, de manera que no fuera posible distribuirlos en las circunscripciones respectivas, la elección de los diputados sobrantes se hará por todo el distrito".

## VII. El ensayo de 1904 y el triunfo de Alfredo Palacio

El primer —y único— ensayo del sistema prohibido por González, tuvo lugar en las elecciones de marzo de 1904. Entonces campeó una forma específica de fraude. La compra de votos, en alguna ocasión defendida por el propio Pellegrini, pues a su juicio era una manera de "valorizar el voto", de otorgarle un valor. Convengamos que, bajo cierto aspecto muy primitivo, puede ser así. Entre la violencia pura, el secuestro de libretas o el vuelco de urnas, y la compra de votos al toma y daca, existe, un cierto matiz diferencial: la gente del común podría comenzar a comprender que su voto algo valía, pues podía venderlo. Razonamiento, que de todas maneras, no abuelva a los fraudulentos ni permite afirmar que las elecciones fuesen, por entonces, un ejemplo ético saludable. La "compra" se concretaba así: quien votase por el "comprador", como lo hacía públicamente, recibía en el acto, de los secuestrados de aquél, un "vale" que luego canjeaba por efectivo, en la sede partidaria.

Los comicios de senador por la Capital tuvieron lugar el domingo 6 de marzo, triunfando, merced a la distorsión antedicha, el candidato oficial, Benito Villanueva.

La elección de diputados se produciría el domingo siguiente, 13 de marzo de 1904, y concurrirán el Partido Autonomista Nacional, Partido Autonomista, Partido Nacional, Partido Independiente, Partido Socialista y Partido Republicano —mástrista—, amén de algún candidato independiente. El radicalismo, en la abstención, podía apoyar a los candidatos opositores, socialistas o republicanos. Sólo once circunscripciones entraban en la contienda. Los socialistas llevaban varios aspirantes: Del Valle Ibarra en la 2ª, Justo en la 16ª, Enrique Dickmann en la 16ª, Palacio en la 4ª.

Presumiendo temprana y fundamentalmente, contra la nobleza del acto electoral, los socialistas habían efectuado contactos, desde febrero, con los grupos no oficiales, para aunar criterios y así "obstruir el fraude" (*La Nación*, 25-2-04). Alarmados por los hechos del domingo 6, reiteraron una serie de advertencias: como ejemplo, que basta manifestar, de viva voz, el nombre del candidato por el cual se sufragaba, y no era recomendable enredarse en cuestiones de boletas, pues no todos sabían leer y las boletas eran usualmente cambiadas o escamoteadas.

El resultado electoral del 13 fue bastante vergonzoso: "La característica de las elecciones —afirma *La Prensa*, 14-4-04—, ha sido el voto venal. Alentados por el éxito obtenido el domingo anterior, los compradores de votos operaron en mayor escala y más impunemente, aunque,

justo es decirlo, varios candidatos obtuvieron el triunfo sin llegar a extremos tan censurables".

La legítima e inesperada victoria de Palacios en la Circunscripción 4ª, llamada de San Juan Evangelista, que correspondía a la Boca, por sí solo hizo memorable esta elección, y justificó históricamente el sistema de González. Decimos que fue inesperada, pues el joven candidato lo había sido, originariamente, de un grupo de inmigrantes sin libreta, es decir, no electores. Pero tuvo el carácter consagratorio de una gran manifestación popular y de una reacción contra la viciada elección de Villanueva. Pareciera, en efecto, que la gente se volcó al comicio, indignada por los hechos de la semana anterior y como dispuesta a una sanción condenatoria de los mismos. "El bochornoso espectáculo de la elección de senador —dice *La Nación*, 14-3-04—, cuyo resultado favorable al PAN se consiguió con la compra de votos, produjo en esta circunscripción un movimiento de protesta unánime, de parte de todo el vecindario, aún de los más reacios al sufragio.

"Esto explica la gran concurrencia de votantes a los comicios de ayer y la resolución de sacar triunfante a cualquier candidato popular, en oposición a los que han aplaudido a medios indignos y han puesto en juego todos los resortes oficiales. No hay para qué decir por quién votaron ayer los peones de las obras del Riachuelo y el personal de la Prefectura Marítima".

En pocos vehículos a sangre, llegaban votantes, y el propio Palacios recorria las calles sobre un carruaje, entre flores, serpentinas, globos rojos y vitores. El resultado era "palpitado" al instante por un enardecido gentío, pues al ser público el voto, los especialistas podían ir calculando el resultado, minuto a minuto. Alfredo Palacios —dice *La Prensa*—, "ganó de punta a punta, con una delantera definitiva de más de ciento cincuenta votos. Lo votaron "socialistas, liberales, radicales y aún republicanos".

En efecto, éstos —o sea, los mitristas—, convencidos de la imposibilidad de ganar, manifestaron a las dos de la tarde que, transferían sus votos al joven socialista, quien concurrió de inmediato al club adversario para agradecer el gesto. Las maniobras de contraataque del candidato oficialista, Marco Avellaneda, que quiero comprometer a otros sectores, ya resultaron tardías. Apenas cerrado el comicio, Avellaneda se dirigió a Palacios para expresarle que "se complacía en su legítimo triunfo". Los resultados finales de la 4ª fueron éstos:

Alfredo Palacios (P.S.) 830 votos; Marco Avellaneda (P.A.N.) 596; Jaime Lavallol (P.A.N.) 353; Rodríguez Larreta, independiente, 572; Tedin, independiente, 121; Ungaro, independiente, 94, total: 2.566.

En las otras circunscripciones la victoria correspondió a los siguientes candidatos:

1ª) Mariano de Vedia (PN); 2ª) Eliaso Cantón (PA); 6ª) Manuel Carlés (PA); 8ª) Manuel Iriondo, independiente; 10ª) Justo Cernadas (PAN); 12ª) Francisco Oliver (PAN); 16ª) Carlos Delcast (PA); 17ª) Rufino Varela Ortiz (PI); 18ª) Luis Peluffo (PAN), y 19ª) Pedro Luro (PAN).

En la esquina de Cabildo y Juramento, en sede de la circunscripción 16ª (Belgrano), un conocido puntero oficialista, Jorge Lasabé, arrebató la libreta al votante Domingo Rocatagliata, y huyó en un carruaje hacia la mesa ubicada en la Iglesia "redonda". Como el atlético Rocatagliata lo

persiguiese a pit y lograrse encaramarse al coche, Lasaba le disparó dos tiros que le causaron la muerte. El agroror fue detenido, suponiendo que no por mucho tiempo...

El candidato José Bonifacio, perdedor en la 12ª, recibió un par de días más tarde, en su casa, un servicio fúnebre completo, encargado y pagado íntegramente por algún anónimo personaje. Sin embargo, trascendió que Bonifacio había enviado los padrinos a un adversario sospechoso de tamaña broma.

Pero pese a todos los males de la política criolla, esta elección se salva por el sólo triunfo de Palacios. "La Boca ya tiene dientes", dijo entonces Florencio Sánchez. Y ante el terror de muchos, que veían en Palacios el Anticristo, y no el gran repúblico que ya era, *La Nación* aclara, el lunes 14 de marzo de 1904:

"No puede tampoco pasarse por alto la novedad que el Partido Socialista haya logrado llevar al Congreso uno de sus candidatos. La elección de la Boca es quizás la única en que el voto libre ha imperado sobre el venal y en que la decisión de un grupo de ciudadanos ha presentado un ejemplo práctico de lo que puede la entereza cívica, cuando se la ejerce con todo el esfuerzo de la convicción y todo el ardor del entusiasmo. Es así como han ganado su elección los socialistas, ilustrando el acto de ayer con una hermosa página, en la cual destella la más pura esencia del espíritu democrático".

Y aún al día siguiente, el diario de Mitre insiste, preponderantemente:

"Los Socialistas acaban de obtener una primera victoria y tendrán otras en lo sucesivo, cuando revelen que, lejos de ser la fuerza demolidora que ve en ellos la imaginación popular, su programa contiene principios de dignificación individual, que no son amenaza sino promesa de bienestar general".

### VIII. La derogación del sistema y la ley Sáenz Peña

El sistema, estaba visto, permitía alguna flojera en la unanimidad oficialista y era indudablemente un gran progreso frente a la lista completa. Quizá por esa razón el gobierno de Quintana, aparentemente obsesionado por el estricto cumplimiento de la Constitución y convencido de que las circunscripciones eran contrarias a su letra y espíritu, se apresuró a volver al sistema anterior, la lista completa, que aseguraba pacíficas mayorías al oficialismo. Fueron las leyes 4.578 de 24 de julio de 1905, y 4.719, de setiembre de ese año, las que anularon la esforzada creación de González. Fue necesario para moralizar nuestra vida electoral, esperar hasta la sanción de la ley Sáenz Peña. En el debate de la misma, el entonces senador Joaquín V. González le prestaría amplio apoyo, con la única salvedad de que su corazón seguía prefiriendo las bondades de "su" sistema de circunscripciones. Dijo entonces, en la sesión del Senado del 1º y 2 de febrero de 1912:

"Mis disidencias con el proyecto de la Comisión versan solamente sobre un punto: sobre el sistema.

"Yo, señor Presidente, respecto del sistema fundamental, no he variado de parecer. He estudiado hondamente esta cuestión, y me he informado de la práctica universal al respecto; y, tanto en el terreno de la teoría como en el de la experiencia de los países más adelantados, no he encon-

trado sino confirmaciones cada vez más decisivas para mis opiniones. Creía entonces, como creo ahora, que el sistema uninominal realiza no sólo la mejor forma de conciliar los anhelos y los ideales del sufragio en todos los pueblos, sino también que concilia estas exigencias ideales con los resabios y defectos acumulados de las sociedades humanas.

"No digo yo que el sistema de lista completa o incompleta no realice en una forma más o menos remota la representación directa; pero duplica el camino, se va por la vía más larga. Realizando una vez más la fórmula de que en ese país el pueblo no ha votado realmente nunca, o siempre lo ha hecho bajo la dirección de tutores particulares o personales, encargados de arreglar el resultado de la elección, la lista incompleta, que no es más que la lista completa con un cerceamiento arbitrario para las minorías, tiene los mismos defectos, naturalmente que su hermana mayor, desde que la lista incompleta tiene que formarse de la misma manera, por los mismos procedimientos que la lista completa, por medio de los comités, por tutores oficiosos de la masa del pueblo, que es la llamada a votar.

"Dentro de la Constitución, en términos claros e intergirscables, lo que se exige es la simple mayoría. Todo el que tiene mayoría tiene derecho a un representante. ¿Cómo es posible que sea constitucional ningún sistema inventado para dar representación a quien no tiene mayoría? Por eso es que todos los sistemas matemáticos inventados para dar representación a la minoría —sistemas que están de moda, sin duda alguna—, pueden ser aplicados para otros parlamentos y otros países donde la moda política es otra muy distinta, y, sobre todo, donde no existe el precepto del artículo constitucional argentino, claro y rígido, según el cual el sistema que se adopte deberá hallarse encuadrado dentro de esta triple base: voto directo, proporcionalidad entre la población y el número de representantes a elegir, y la simple mayoría como medio decisivo de la opinión.

"Entonces, pues, si la lista incompleta pretende colocarse en el grupo de los sistemas proporcionales, y de esa manera quiere ofrecer un porcentaje a favor de las minorías, realiza un acto inconstitucional, porque no puede dar representación al que no tiene mayoría; y esto me parece una cosa tan clara, que no cabe interpretarla sino dentro del criterio arbitrario y elástico con que en este caso se quiere interpretar la Constitución, hasta hacer admitir, como se ha dicho también, que todos los sistemas electorales caben dentro de ella. Sería mejor derogar el artículo 37 y decir: "El Congreso dictará la ley que le parezca mejor".

"Como se ve, el único sistema que realiza la proporcionalidad, el voto directo y la simple mayoría es el sistema derogado con tal mal acuerdo en 1905; porque ese es el que elige en forma directa e inmediata, establece la proporcionalidad que la Constitución le marca y al mismo tiempo establece la simple mayoría, de modo que ninguna minoría pueda concurrir a la Cámara de Diputados, sin ser mayoría en la circunscripción. El sistema uninominal tiene, además, en su favor la experiencia universal que nos enseña que él realiza la verdad del voto.

"El argumento principal que se ha hecho contra el sistema uninominal es que él rebaja el nivel intelectual y moral del parlamento, y tiende a disolver las fuerzas generales que constituyen los partidos políticos. Efectivamente, se argumenta en los libros, que, como se sabe, se reproducen unos a otros sin introducir una innovación, a tal punto que, no recuerdo qué crítico español decía que hasta la Divina Comedia no era sino un plagio de la Eneida. En este orden de ideas, todos nos repetimos

de siglo en siglo, realizándose así, aunque en orden espiral ascendente, la gran ley histórica de Vico. ¿No voy a hacer argumentos de ciencia sino de experiencia. Invito a citar qué parlamento ha decaído por el sistema uninominal. ¿El parlamento inglés? Acabo de hablar de la gran victoria universal conseguida el año 1810, para la reforma de la Cámara de los Lorez. ¿El parlamento francés? Acaba de constituirse en su seno el más grande de los gabinetes que jamás ha existido en Francia. ¿El parlamento alemán? Está actualmente constituido por las fuerzas más poderosas que imperan en sus más altas clases, las más cultas que esa gran sociabilidad política ha desplegado en el mundo hasta ahora. De Italia he dicho hace un instante hasta qué grado de cultura política ha llegado”.

Con tales argumentos, González sostuvo aún en 1912 la vigencia de las circunscripciones. Pero ya no tuvo eco.

## IX. Las leyes justicialistas

Sin embargo, cuando nada parecía predecirlo, las circunscripciones fueron reflatadas por el régimen justicialista, a poco de la sanción de la Constitución del 49.

El debate se produjo, un tanto intempestivamente, en la Cámara de Diputados, la noche del 5 al 6 de julio de 1961 (\*\*).

Entonces, el legislador oficialista Angel Miel Asquia propuso, sin mayores preámbulos, que la Cámara se constituyese en comisión para tratar un extenso proyecto de ley electoral, que preveía el sistema de circunscripciones: proyecto formalmente presentado por un grupo de diputados peronista. Agregó que era necesario adaptar la legislación electoral al art. 42 de la Constitución de 1949.

No se advierte, por cierto, que la urgencia de esa “adaptación”, introducida luego de dos años de sancionada la nueva Constitución, fuese tanta como para tratar un tema crucial, el régimen de elecciones, por sorpresa, sin debate público previo, sin mayor examen y sin siquiera despacho de comisión. Por otra parte, el referido art. 42 era sustancialmente igual al art. 37 hoy vigente (\*\*). Especialmente en cuanto al sistema electoral, los textos son idénticos: ambos establecen la “simple pluralidad de sufragios” para elegir diputados.

De inmediato, se opuso la bancada radical, por intermedio del diputado Illia, alegando que “tomamos ahora conocimiento de este proyecto... pero tampoco lo conocen los diputados de la mayoría, salvo algunos”. A continuación, el futuro presidente aseguró saber que el proyecto había tenido origen en el Poder Ejecutivo, el cual lo “redactó de acuerdo a las conveniencias del partido oficial, y un grupo de diputados oficialistas lo suscribió, entrando a la Cámara... precipitadamente”. Subrayó el carácter “electoralista” de la propuesta.

Por su parte, el diputado Albricou hizo la defensa del proyecto, invocando a su favor la tradición que cuaja en Joaquín V. González y descartando las objeciones constitucionales con citas de González Calderón.

El debate se animó al terciar el diputado Alfredo Roque Vitolo, quien centró su cuestionario, entre otras cosas, en que el proyecto “señala una característica, la división territorial, propuesta como una unidad histórica y orgánica”, lo que le parecía incorrecto. Planteó asimismo algunas objeciones prácticas, interrogando por ejemplo, de dónde debería ser natu-

ral o residente el diputado: ¿de la circunscripción, o solamente de la provincia, como dice la Constitución?; pues sería un contrasentido que por ejemplo, un nativo o residente de La Plata representase a la circunscripción de Necochea sin ser residente ni nativo de ésta. Además, sostuvo que las circunscripciones reconocían como origen la "división feudal". Su discurso encendió los ánimos, y el oficialismo comenzó a perturbar al orador; así que sus colegas radicales solicitaron al presidente de la Cámara, Héctor J. Cámpora, que lo hiciese respetar en el uso de la palabra. El aludido replicó entonces, paladinamente, que "antes de presidente soy peronista", lo que motivó la airada réplica de Arturo Frondizi e hizo descender el debate a expresiones callejeras. Los diputados Bagnasco y Cooke defendieron la propuesta, y el conservador Pastor la atacó, entre otras cosas, en razón de su falta de oportunidad, ya que en el país y en el Congreso reinaba "un clima de intolerancia", y no le parecía "éste un clima propicio para una reforma de esta naturaleza".

Por fin, se aprobó el nocturno proyecto, con voto nominal, sufragando en contra los diputados Frondizi, Mercader, Pastor, Pérez Martín, Rabanal, Rojas, Rudi y Solá.

Muy otro fue cinco días más tarde (24) el trámite en la cámara revisora, donde el oficialismo contaba con unanimidad y el debate carecía de aspereza.

La Comisión de asuntos Constitucionales que integraban Pablo Ramella, Ernesto Bavio, Armando Antille y Juan C. Basaldúa, despachó el proyecto y su presidente Ramella actuó como miembro informante. Reprodujo, en lo sustancial, los antecedentes conocidos y recordó que "precisamente Joaquín V. González, cuando fue Ministro del Interior... hacía notar que la bondad del proyecto estribaba en la fortaleza con que se había mantenido la idea de la circunscripción uninominal a través del tiempo en nuestro país".

Sin embargo, anotamos un error, cuando afirma que González en 1912 "cambió de parecer" al apoyar el sistema de lista incompleta de la ley Sáenz Peña, aunque luego volvería a defender la circunscripciones. No es así. Ya vimos que González estuvo conforme con toda la Ley Sáenz Peña, menos con el sistema de lista, que objetó expresamente. Ramella invocó opiniones favorables de Juan Antonio González Calderón y Agustín de Vedia, para quien es un "sofisma", un "error de principio al creer que la elección se realiza con el objeto exclusivo de reflejar la opinión pública de los electores".

Finalmente el proyecto quedó convertido en la ley 14.432. Su extenso articulado comprende numerosos aspectos electorales. El sistema uninominal quedaba consagrado en los arts. 33 a 36 y 43 a 51.

Las disposiciones principales, en la materia, constaban en los arts. 43, 46 y 47, a saber:

Art. 43: "Los diputados nacionales serán elegidos directamente por el pueblo de las provincias y la Capital de la Nación, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado".

Art. 46: "Para la elección de diputados, los distritos se dividirán en circunscripciones. Los electores de cada circunscripción elegirán a pluralidad de sufragios un diputado al Congreso.

"El número de circunscripciones en las provincias de Catamarca,

Corrientes, Eva Perón, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Presidente Perón, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán será igual al de diputados que les corresponde elegir en la respectiva renovación.

"El número de circunscripciones en la Capital de la Nación y provincias de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe, será igual al de diputados que les corresponda elegir en la respectiva renovación menos uno. Este cargo excedente será discernido al candidato del distrito que hubiera reunido mayor cantidad de sufragios, sin resultar electo en su respectiva circunscripción.

"En caso de que dos o más candidatos a diputados nacionales resultaran con igual número de votos en una circunscripción, se declarará electo al candidato que pertenezca al partido que hubiera obtenido mayor número de votos en el distrito.

Art. 47: "Los límites territoriales de las circunscripciones serán establecidos por las respectivas Legislaturas, cuidando especialmente que exista entre ellos relación aproximada de igualdad en cuanto a número de habitantes. Se tendrá como base para fijar los límites territoriales de cada circunscripción el último censo nacional de la población.

"La Cámara de Diputados practicará el sorteo de los diputados que corresponda cesar en la primera renovación".

El régimen se estrenó en los comicios del domingo 11 de noviembre de 1951.

"Lo impugnado del sistema —ha jugado Quiroga Lavie (\*)— fue su distorsión en la práctica: aplicado durante la primera presidencia de Perón, se confeccionaron las circunscripciones de forma tal de romper las circunscripciones opositoras (las que nacían del Barrio Norte morían en la Boca): de este modo se desvirtuaba el sentido del sistema, utilizándolo en forma irrazonable y afectando el régimen representativo".

En efecto. Las veintiocho circunscripciones, p. ej., en que se dividía la Capital Federal, presentaban formas extrañas, distribuyéndose en tiras largas, que se penetraban unas a otras, ondulaban y asumían curiosos bordes dentados. Eran el producto de una paciente prospectiva que distribuía con exactitud milimétrica la ventaja del oficialismo, procurando que alcanzase para ganar el mayor número posible de circunscripciones. Así fue. Con un porcentaje, en total, inferior al 55% de los votos (\*\*), el peronismo llevó más del 80% de las bancas.

Entre sus 31 diputados, contaron Della Degliuomini, Dorindo Carballido, Juan Espejo, Ángel Miel Asquía, José Astorgano y Antonio J. Benítez. Los radicales lograron 4 por sus victorias respectivas: Santiago Nudelman (16<sup>º</sup>), Emilio Ravignani (17<sup>º</sup>), Francisco Rabanal (23<sup>º</sup>) y Manuel Belnicoff (28<sup>º</sup>), justo los trazados de forma más regulares.

Por la minoría, si así puede llamarse al principio de incorporar a los más votados no electos (absurdo porque su volumen de votos dependía no de sus cualidades sino de la densidad de la población circunscriptiva, y del menor asentimiento), fueron agregados el radical Santiago Fassí, por la 7<sup>ª</sup>, y todavía otro peronista, Antonio González, segundo de Belnicoff en la 28<sup>ª</sup>. Un total de 22 a 6.

\* Por cierto, surgieron algunas denuncias menores de fraude. La más

curiosa fue la del candidato peronista Eduardo Colom, perdedor en la 20ª ante Nudelman, que fue desestimada.

Pero ese éxito no bastó al oficialismo. En 1953 modificó nuevamente la ley electoral, dictando la 14.292, que en verdad sólo retoca cuestiones menores. La única reforma que en nuestro tema merece recordarse, es la del art. 46 que indirectamente aseguraba a la minoría y sólo en los distritos principales (Capital, Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe) el menudro de dos bancas. Entonces se redujo el número a una banca por distrito.

El domingo 25 de abril de 1954, previo levantamiento del "estado de guerra interno" entre las 8 y las 18, se aplicó la nueva norma, sobre un trazado de 14 circunscripciones que a veces tenían el ancho de la calzada y cuyas formas estilizadas unían parroquias muy distantes.

El cálculo debió ser justísimo, pues con un porcentaje similar al anterior, casi el 55% de los votos (\*), el peronismo ganó todas las circunscripciones; y la UCR, con cerca del 44%, sólo tuvo el consuelo de introducir un diputado, el más votado de los no electos. Una paciente investigación, pues los diarios oficialistas de época ni lo nombran, permite descubrir que fue Raúl Zarrillo. Junto con él y en base al mismo principio "minoritario", en la sesión del 26 de abril de 1955, se incorporaron a la Cámara: por Entre Ríos, Carlos H. Perette, y por Córdoba, Mauricio Yadarola.

Este Congreso no llegó a durar cinco meses. Desde la revolución de setiembre el sistema de circunscripciones no ha vuelto a ensayarse.

Es que aquella aplicación lo desacreditó definitivamente entre nosotros. Hubiese sido más razonable y hasta menos costoso para el oficialismo peronista —menos costoso en dinero público y en prestigio propio—, restablecer simplemente el sistema de lista completa.

La aplicación referida entrañó un verdadero fraude, más elaborado y sutil, si se quiere, que el efectuado anteriormente por diversos partidos, especialmente por los conservadores en la década del 30 y 40; pero igualmente repudiable del punto de vista ético y político. El propio miembro informante del Senado Pablo Ramella, que acostuvo en el recinto la conveniencia del nuevo sistema, luego de ver su desnaturalización en la práctica, ya en la primera edición de su Derecho Constitucional (p. 598) que data de 1960 pero fue escrita antes de la revolución de 1955, traza con honestidad intelectual, la crisis al sistema que ya reproducimos.

## X. Conclusiones

El régimen de circunscripciones parece aquí y ahora, superado en el tiempo. En épocas de Joaquín V. González significaba un progreso: rompió la abusiva lista completa, permitió quebrar la monotonía oficialista y preparó el advenimiento de la Ley Sáenz Peña. Pero su crédito ha sido afectado por la gerrymandra; y frente a técnicas distributivas más útiles a nuestras actuales necesidades, como el sistema proporcional y aun el "ballotage", parece haber perdido su razón de ser.

## CITAS

\* Profesor adjunto de Derecho Constitucional II.

(\*) Se dirá que en esos ambientes pequeños pueden darse "bromas" electorales, como la elección del diputado "bromocédico" Enrique Babosich para la

Legislatura cordobesa, en 1932. Pero también el humor invade ámbitos más amplios: tal la postulación municipal de fines de los años 50, de Cacareco, rinoceronte del Zoológico de San Pablo.

(\*) Agustín de Vedia: "Derechos Constitucional y Administrativo, Macchi, 1932, p. 317.

(\*) Hans Kelsen: "Teoría General del Estado", Labor, 1934, p. 429.

(\*) Pablo A. Ramella: "Derecho Constitucional", Ed. Depalma, 1962, p. 461

(\*) Para un análisis de los diversos casos norteamericanos, en especial del notorio "Baker v. Carr" cf. Jorge Varosell, "Teoría Constitucional", t. II, Depalma, 1978, p. 394.

(\*) J. A. González Calderón: "Curso de Derecho Constitucional", Kraft, 1943, p. 494.

(\*) Se refiere a la elección por distritos y a simple pluralidad.

(\*) Correspondiente al art. 37 en vigor desde 1860.

(\*) La parte referida al porcentaje de representación por diputado, que se elevó de 20.000 a 33.000.

(\*) Cf. "Diario de Sesiones", 1851, p. 993.

(\*) Art. 37 (33 de la Constitución de 1853, texto reformado en 1860): "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las Provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de diez y seis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado".

Art. 42 (Constitución de 1848): "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada cien mil habitantes o fracción que no baje de cincuenta mil. Después de la realización del censo general, que se efectuará cada diez años, el Congreso fijará la representación con arreglo a aquél, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado. La representación por distrito no será inferior a dos".

(\*) Sesión del 11 de julio de 1851, en "Diario de Sesiones", 1851, t. 1, p. 521.

(\*) Humberto Quiroga Lavit: "Derecho Constitucional", Ed. Cooperadora, 1978, p. 287.

(\*) La fórmula presidencial Perón-Quijano obtuvo en la Capital 848.752, y Balbín-Frondizi 624.798.

(\*) Para la vicepresidencia, por la Capital, Trissino (FP) obtuvo 844.890 votos, y Larrañe (UCR), 845.818, casi las mismas cifras de 1951. Para diputados, los números totales del oficialismo son algo menores.

# DISTRITOS CAPITALINOS

**Elección Noviembre 1951**



**Elección Abril 1954**







Impreso en Talleres Graficor S.R.L.  
Av. Julio A. Roca 435 - Burzaco -  
Buenos Aires -

19 de diciembre de 1983.









*Dirección y Administración:* Departamento de  
Publicaciones de la FACULTAD DE DERE-  
CHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS  
AIRES, Av. Figueroa Alcorta 1263 - Int. Piso -  
Buenos Aires - REPÚBLICA ARGENTINA.