

REVISTA
JURIDICA
DE
BUENOS AIRES

1

9

8

6

I

Universidad de Buenos Aires
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

**REVISTA JURIDICA
DE
BUENOS AIRES**

1986

I



ABELEDOPERROT

BUENOS AIRES

COLABORADORES ARGENTINOS RESIDENTES EN EL EXTERIOR

Enrique Bacigalupo, Madrid (España)
Hugo Caminos, Washington D. C. (Estados Unidos de Norteamérica)
Roberto Bergalli, Barcelona (España)
Alberto Ciria, Brithish Columbia (Canadá)
Enrique Dahl, Dallas (Estados Unidos de Norteamérica)
Natán Elkin, Ginebra (Suiza)
Alejandro Garro, New York (Estados Unidos de Norteamérica)
Ernesto Garzón Valdés, Mainz (Rep. Federal de Alemania)
Marcos Kaplan, México D. C. (Estados Unidos Mexicanos)
Natán Lerner, Tel Aviv (Israel)
Saúl Litvinof, Baton Rouge (Estados Unidos de Norteamérica)
Antonio Martino, Florencia (Italia)
Carlos Plastino, Río de Janeiro (Rep. Federativa del Brasil)

Queda aclarado que en los sumarios se verá una disparidad de tratamiento que resulta de una reestructuración de los mismos y el deseo de no dejar de publicar los recibidos oportunamente.

Esta situación quedará superada en los próximos números.

La Dirección.

Colaboraron en la traducción de los sumarios los Profesores Daniel Horacio Lago y Mario Morlando.

INDICE

DOCTRINA

- HUGO CAMINOS: La relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la costumbre internacional a la luz del acuerdo global 9
- EDUARDO A. PIGRETTI: Encuadre jurídico de la problemática derivada de la explotación de petróleo 43
- PEDRO TARAK: La política y la legislación ambiental: Una respuesta al desafío del siglo 59
- ANA MARÍA M. DE AGUINIS: El ejercicio del poder en las sociedades comerciales. Consecuencias jurídicas en la legislación argentina 91

BIBLIOGRAFIA

Notas de Libros:

- TUNC, André: *Le Droit Américain des Sociétés Anonymes*; por Ignacio WINIZKY 127

Revista de Revistas:

- Tulane Law Review*; por Oscar FERNÁNDEZ BRITAL 131

LA RELACION ENTRE LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL A LA LUZ DEL ACUERDO GLOBAL *

HUGO CAMINÓS **

I

Durante varios siglos el derecho del mar se rigió por la costumbre internacional consagrada a través de una práctica uniforme y continuada de los Estados, considerada por éstos como conducta obligatoria. Fue recién hacia fines del Siglo XIX cuando la evolución de la comunidad internacional hizo nacer la idea de codificar las normas consuetudinarias ya existentes y las que surgían en aquel entonces. Aunque estos esfuerzos iniciales en favor de la codificación partieron de dos instituciones científicas, el *Institut de Droit International* y la *International Law Asso-*

* El presente trabajo se basa en un artículo del Autor en colaboración con Michael R. Molitor titulado *Progressive Development of international Law and Package Deal*, 79 *American Journal of International Law* (1985), pp. 871-890. Véase asimismo del Autor, *The Law of the Sea Convention, Customary International Law and the Role of Law within the International Community*, en R. Krueger and S. Riesenfeld (editors), *Proceedings 18th Annual Conference of the Law of the Sea Institute*, 1984.

** Profesor Ordinario Titular de Derecho Internacional Público (en uso de licencia). Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, Washington D. C. Asociado del *Institut de Droit International*. Las opiniones aquí vertidas son de carácter personal.

ciation, sus trabajos ¹ llevarían a una serie de negociaciones diplomáticas multilaterales, como la Conferencia de la Paz de La Haya (1907), la Conferencia Naval de Londres (1908), la Conferencia de Codificación de La Haya, de 1930, y, especialmente, las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1958, 1960 y 1973/1982. La evolución que abarca desde el predominio de la costumbre internacional hasta la adopción de un tratado universal, se reflejó principalmente en las Convenciones de Ginebra de 1958 ² y, más recientemente, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (en adelante, Convención de 1982).

Si bien la Convención de 1982 habrá de prevalecer, entre los Estados Partes, sobre las Convenciones de Ginebra de 1958 ³ y la misma comprende casi todos los usos concebibles de los océanos y sus recursos, el problema de la relación entre la Convención de 1982 y las normas consuetudinarias existentes o en formación, es sumamente crítico. A ello contribuyen dos razones importantes: 1º) la Convención de 1982 no ha entrado aún en vigor ⁴ y, en consecuencia, en el período entre su adopción y su entrada en vigor, las relaciones jurídicas entre los Estados, ya sean signatarios o no de la misma, seguirán rigiéndose por la

¹ Véase, Institut de Droit International, Rapport de la troisième Commission: Définition et régime de la mer territoriale, París, 1894 e International Law Association, Report of the Seventeenth Conference of the International Law Association, 1895.

² Las cuatro Convenciones de Ginebra de 29 de abril de 1958 son: Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua; Convención sobre la Alta Mar; Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar y Convención sobre la Plataforma Continental. La República Argentina no ratificó ninguna de ellas.

³ El Artículo 311, párrafo 1 de la Convención de 1982, establece: "Esta Convención prevalecerá en las relaciones entre los Estados Partes sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar, de 29 de abril de 1958".

⁴ El Artículo 308, párrafo 1 de la Convención de 1982 dispone: "Esta Convención entrará en vigor 12 meses después de la fecha en que haya sido depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión".

costumbre o por acuerdos internacionales anteriores. Además, las largas negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar han influido en el desarrollo de las normas consuetudinarias en la medida que la Convención refleje los cambios correspondientes; 2º) a raíz de que un pequeño grupo de países muy industrializados⁵, ha resuelto no hacerse Parte de la Convención de 1982, la relación que pueda existir entre esta última y el derecho consuetudinario determinará, en gran medida, los derechos y obligaciones susceptibles de ser invocados por esos terceros Estados o alegados en su contra.

El estudio de la relación entre los tratados y la costumbre en el ámbito del derecho del mar no es un tema nuevo⁶ y en los últimos años ha despertado el interés de la doctrina⁷. La opinión predominante es que la Convención de 1982, en general, codifica normas consuetudinarias existentes y, en consecuencia, podrá ser invocada por los terceros Estados, como fuente de derechos y obligaciones internacionales⁸.

⁵ Estados Unidos de América, Reino Unido y República Federal de Alemania.

⁶ La relación entre el derecho del mar convencional y la costumbre internacional ya se presentó en los *Casos de la Plataforma Continental en el Mar del Norte*, 1969 ICJ Rep. p. 3.

⁷ Véase, por ejemplo: Gamble and Frankowska, *The 1982 Convention and Customary Law of the Sea: Observations, a Framework, and a Warning*, 21 San Diego L. Rev. (1984), p. 491; Howerd, *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea and the Treaty/Custom Dichotomy*, 16 Texas International Law Journal (1981), p. 321; MacRae, *Customary International Law and the United Nations' Law of the Sea Treaty*, 13 California Western International Law Journal. W. Int'l L. J. (1983), p. 181; D'Amato, *An Alternative to the Law of the Sea Convention*, 77 American Journal of International Law (1983), p. 281; and Lee, *The Law of the Sea Convention and Third States*, 77 American Journal of International Law (1983); p. 541; Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Customary International Law and the Conference on the Law of the Sea*, en *Essays in International Law in honour of Judge Manfred Lachs* (edited by Jerzy Makarczyk), Martinus Nijhoff (1984), p. 575.

⁸ Así, MacRae, *idem*, pp. 221-222, dice: "La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pese a las protestas en contrario, ha codificado con casi unánime consentimiento internacional, el

Estos autores explican los medios por los cuales los terceros Estados han ejercido derechos en base a disposiciones contenidas en convenciones multilaterales codificadoras de la costumbre internacional. Así, como se expresa respecto a la Convención de 1982 en un trabajo reciente, esta última podría:

1. reforzar el derecho del mar consuetudinario reiterando normas ya contenidas en las Convenciones de Ginebra de 1958;
2. promover la costumbre internacional dando expresión escrita al derecho consuetudinario desarrollado desde 1958, a menudo contrapuesto a las Convenciones de Ginebra; o
3. encauzar el desarrollo del futuro derecho del mar consuetudinario incorporando conceptos aún no aceptados como normas de costumbre internacional, pero que probablemente habrán de transformarse en parte de ese derecho⁹.

En verdad, esta enumeración limitase a describir las reglas aplicables para determinar la relación entre la Convención de 1982 y el derecho consuetudinario, según el criterio tradicional¹⁰. Sin embargo, no hay que olvidar que la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dio un paso importante en la evolución de los precedentes sobre la negociación de las convenciones multilaterales. Casi todas las decisiones en la Conferencia fueron adoptadas por consenso¹¹ y sobre

derecho consuetudinario del mar" y Gamble and Frankowska, *idem*, p. 496, sostienen: "Casi todas las observaciones generales sobre la relación costumbre-tratado serán aplicables a la Convención de 1982"

⁹ Gamble and Frankowska, *supra*, nota 7, p. 492.

¹⁰ Para un excelente análisis de la relación tradicional entre los tratados y la costumbre, véase Baxter, *Multilateral Treaties on Evidence of Customary International Law*, 41 *British Yearbook of International Law* (1965-66), p. 275 y *Treaties and Custom*, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, Tomo 129 (1970), p. 25.

¹¹ Sobre el papel del consenso en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, véase Buzan, *Negotiating by Consensus: Development in Technique at the United Nations Conference on the Law of the Sea*, 75 *American Journal of International Law* (1981),

la base de que "los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí"¹². Por ello, los Estados participantes trataron los textos oficiosos de negociación de la Conferencia como un conjunto de compromisos indivisibles. En tales condiciones cabe preguntarse si las reglas tradicionales son o no aplicables a la Convención de 1982.

Para contestar este interrogante es necesario analizar la evolución del acuerdo global en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹³.

II

El proceso que culminó con la adopción de la Convención de 1982 comenzó cuando, como consecuencia del discurso del Embajador Arvid Pardo, de Malta, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1967, este órgano creó un Comité Especial encargado de estudiar la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional¹⁴. Al año siguiente, después de haber exa-

p. 324 y Vignes, *Will the Third Conference on the Law of the Sea work according to Consensus Rules?*, 69 *American Journal of International Law* (1975), p. 119.

¹² Preámbulo de la Convención de 1982.

¹³ Como lo observó Jennings: "La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no tuvo precedentes, no sólo en el número de gobiernos participantes, sino también en el vasto campo del derecho que constituyó su materia, presentando un espectro de tareas que van desde la codificación y desarrollo progresivo hasta el diseño de nuevos conceptos y hasta de nuevos principios jurídicos. Es esta línea de propósitos diferentes la que de manera correspondiente precipita nuevas cuestiones acerca de las fuentes de las obligaciones y especialmente sobre aquella delicada relación e interacción entre lo que aún de modo extraño llamamos costumbre y las obligaciones específicas creadas para las Partes en un tratado". *The Discipline of International Law*, en *International Law Association, Report of the Fifty-Seventh Conference*, 1976, p. 622.

¹⁴ Resolución 2467 A (XXIII) del 21 de diciembre de 1968.

minado el informe del Comité, la Asamblea estableció la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional.

En la resolución que crea esta última Comisión, la Asamblea General reconoce que "los problemas relacionados con la alta mar, las aguas territoriales, las zonas contiguas y la plataforma continental, las aguas suprayacentes y los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional, están estrechamente vinculados entre sí"¹⁵. De ese modo nació la idea de que la Comisión de los Fondos Marinos debía tratar las materias del derecho del mar como un conjunto de temas íntimamente relacionados entre sí.

Como resultado de la identificación, por la Comisión de los Fondos Marinos, de la interrelación existente entre la gran cantidad de temas de derecho del mar a los que aquélla debía abocarse, la misma acordó intentar el consenso en todas sus decisiones, tanto procesales como de fondo. En 1970, cuando la Asamblea General convocó la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁶, la idea de extender los procedimientos de acuerdo global y consenso a la propia Conferencia ya había echado raíces. Posteriormente, en el segundo período de sesiones de la Tercera Conferencia en Caracas (1974), con la adopción del Reglamento¹⁷ y del "Acuerdo de caballeros"¹⁸, que fue agregado al primero como apéndice, el

¹⁵ Resolución 2574 A (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.

¹⁶ Resolución 2750 C (XXV) del 17 de diciembre de 1970.

¹⁷ Documento A/CONF. 62/30 (1974).

¹⁸ El "Acuerdo de caballeros", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 2169a. sesión, el 16 de noviembre de 1973, dispone:

Teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí y deben considerarse como un todo, y la conveniencia de adoptar una Convención sobre el Derecho del Mar que logre la máxima aceptación posible.

La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos por llegar a un consenso.

acuerdo global y el consenso quedaron definitivamente integrados al proceso negociador de la Convención de 1982.

III

La aplicación del acuerdo global a los trabajos de la Tercera Conferencia fue aceptada desde un comienzo por todos los Estados participantes. Así, el informe de la delegación de Estados Unidos sobre el segundo período de sesiones de la Conferencia señala los elementos de la transacción que se venía plasmando en la Segunda Comisión y que posteriormente sería una de las bases del acuerdo global sobre la Convención¹⁹.

El propio representante de los Estados Unidos al citado período de sesiones, Embajador John R. Stevenson, decía:

"Estamos dispuestos a aceptar, y en verdad a recibir con beneplácito, el acuerdo general sobre un límite exterior de 12 millas para el mar territorial y de 200 millas para la zona económica, siempre que forme parte de una amplia solución de conjunto aceptable, que incluya un régimen satisfactorio

¹⁹ En dicho informe se dice: "La idea de un mar territorial de 12 millas y una zona económica exclusiva de 200 millas más allá del mar territorial es, al menos en este momento, la piedra fundamental de la solución de compromiso que favorece la mayoría de los Estados participantes en la Conferencia, como resulta del debate en las sesiones del Plenario y en nuestra Comisión.

La aceptación de esta idea depende, claro está, de la solución satisfactoria de otras cuestiones, especialmente la cuestión del paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional, el límite exterior de la plataforma continental y actual retención de este concepto y, por último, pero de mucha importancia, la aspiración de los países sin litoral y de otros que por una u otra razón se consideran en situación geográfica desventajosa.

Hay, además, otros problemas a ser estudiados y resueltos en relación con esta idea, por ejemplo: aquellos referentes a archipiélagos y al régimen de las islas en general". (M. Nordquist and C-H Park: *Reports of the United States Delegation to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea* (1983), pp. 65-66.

dentro y más allá de la zona económica y que prevea el libre tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional". Y el mismo agregaba: "Las declaraciones hechas hasta el momento ponen en claro que en el caso de un gran número de Estados cuyo acuerdo es crítico para alcanzar un tratado efectivo, generalmente aceptable, el creciente consenso sobre los límites de la jurisdicción nacional, esto es, un límite exterior máximo de 12 millas para el mar territorial y de 200 millas para la zona económica, está condicionado al logro de una solución de conjunto satisfactoria de la convención. (La negrita es nuestra)²⁰.

Empero, donde el concepto de acuerdo global se halla más claramente definido por Estados Unidos es en el informe presentado por su delegación a la Tercera Conferencia acerca de las actividades realizadas en la continuación del noveno período de sesiones, realizado en Ginebra, en 1980. En dicho documento se expresa:

Como la Convención es en su conjunto un "acuerdo global" que refleja distintas prioridades para diferentes Estados, permitir la formulación de reservas sería inevitablemente, permitir que un Estado eliminase el "quid" del "quo" de otro Estado. Por ello, hubo acuerdo general en la Conferencia en el sentido de que en principio las reservas no serían permitidas²¹.

Al someterse a votación la Convención de 1982, en la sesión del 30 de abril de ese año, cuando el Embajador James L. Malone, jefe de la delegación norteamericana, anunció que Estados Unidos no votaría a favor, manifestó:

²⁰ Discurso pronunciado el 11 de julio de 1974, en *Law of the Seas: Third United Nations Conference*, Department of State Bulletin 10 (1979).

²¹ En una declaración anterior, el Embajador Malone comentó que "en la Conferencia sobre el Derecho del Mar siempre fue bien entendido que un tratado exitoso debe fundarse en un acuerdo global", *Law of the Sea Negotiations: Hearings before the Senate Subcommittee on Laws, Control, Oceans, International Operations and Environment, Committee on Foreign Relations 97th Congress, 1st. Sessions, June 4 and September 30, 1981*, pp. 2-3.

Dentro del contexto de un tratado aceptable en su conjunto, (el Presidente Reagan) señaló que aquellas numerosas disposiciones que se ocupan de la navegación, sobrevuelo, la plataforma continental, la investigación y el medio ambiente marino y otras materias son básicamente constructivas y en interés de la comunidad internacional. Por supuesto, ellas no son perfectas, pero representan el producto de una ardua negociación y de un compromiso razonable. (La negrita es nuestra).

Pese a esta correcta apreciación del carácter transaccional del acuerdo global que representa la Convención de 1982, posteriormente el gobierno de los Estados Unidos adoptó el punto de vista de que gran parte de este instrumento refleja normas de derecho consuetudinario existentes²². En base a esta opinión el Presidente de los Estados Unidos, el 10 de marzo de 1983, proclamó una zona económica exclusiva de 200 millas náuticas²³. Dicha proclama fue acompañada por una declaración política en la cual se aceptan aquellas disposiciones de la Convención de 1982 relativas a "los usos tradicionales de los océanos", las cuales "generalmente confirman el derecho y la práctica marítimos y equilibran bastante los intereses de todos los Estados"; y anuncia que "los Estados Unidos ejercerán y afirmarán sus derechos de navegación y sobrevuelo sobre una base mundial de una ma-

²² Al referirse a la declaración sobre política que acompañó la Proclamación del Presidente Reagan, el Subsecretario Malone afirmó: "Empero a fin de entender y apreciar cabalmente esa política, es necesario comprender un principio clave que es fundamental en ella, esto es, que las partes del tratado que no se refieren a los fondos marinos, reflejan el derecho consuetudinario, a diferencia de aquellas que establecen el régimen de la minería". Malone, *Freedom and Opportunity: Foundation for a Dynamic National Oceans Policy*, Current Policy Nº 617, September 24, 1984, U. S. Department of State.

²³ "El derecho internacional reconoce que en una zona más allá de su territorio y adyacente a su mar territorial, conocida como la Zona Económica Exclusiva, el Estado ribereño puede hacer valer ciertos derechos de soberanía sobre recursos naturales y la jurisdicción correspondiente". Proclama Nº 5030, U. S. Federal Register 10.605 (1983), reproducida en 22 *International Legal Materials*, (1983), p. 465.

nera que sea consecuente con el equilibrio de intereses reflejados en la Convención”²⁴. En definitiva, parecería que Estados Unidos, al excluirse de la Convención de 1982, intentará ejercer derechos que, en su opinión, sean expresión de la costumbre internacional, sin considerar sus anteriores declaraciones sobre la existencia de deberes reflejados en los compromisos elaborados a través de largas negociaciones.

IV

Hasta aquí nos hemos referido a la posición de un país sin la intención de obligarse por la Convención de 1982. Ahora, con la finalidad de precisar el sentido de la noción de acuerdo global en la Tercera Conferencia, nos ocuparemos del punto de vista de otros Estados.

Aunque la Convención de 1982 no permite la formulación de reservas ni excepciones²⁵, la misma autoriza a que un Estado, al firmar o ratificar la Convención, haga declaraciones o manifestaciones a fin de, entre otras cosas, armonizar su derecho interno con las disposiciones de la Convención, siempre que tales declaraciones o manifestaciones no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a ese Estado”²⁶.

Aunque las declaraciones o manifestaciones allí aludidas no crean vínculos jurídicos, ellas evidencian la opinión de los Es-

²⁴ Ib. p. 464. Con el fin de señalar la naturaleza recíproca de la declaración, la Proclama agrega que “Estados Unidos reconocerá los derechos de otros Estados en las aguas de sus costas, tal como se reflejan en la Convención, en tanto los derechos y libertades de los Estados Unidos y otro según el derecho internacional sean reconocidos por tales Estados ribereños”. Sin embargo, la Proclama sobre la Zona Económica Exclusiva no se ajusta a esta declaración. Acerca de esta cuestión, véanse los comentarios del Panel sobre el Derecho de los usos del Océano, 79 *American Journal of International Law*, (1985), p. 151.

²⁵ Artículo 309.

²⁶ Artículo 310.

tados participantes en la Tercera Conferencia. Asimismo, si bien a los fines de las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativas a la interpretación de los tratados²⁷, tales declaraciones o manifestaciones no puedan considerarse como *travaux préparatoires*, las mismas son elementos útiles para conocer mejor el sentir de las delegaciones acerca del proceso negociador y la conducta que habrán de seguir los respectivos Estados.

Teniendo en cuenta el valor probatorio de las declaraciones hechas en Jamaica al suscribirse la Convención de 1982²⁸, resulta significativo que una mayoría de Estados, tanto en desarrollo como industrializados, juzgaron apropiado referirse al acuerdo global y sus consecuencias jurídicas.

Así, el Viceministro de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética expresó:

La nueva Convención es un conjunto complejo e indivisible de soluciones a todos los problemas principales del Derecho del Mar, soluciones que son de transacción y se encuentran estrechamente interrelacionadas.

No se puede adoptar un enfoque selectivo de las normas del derecho internacional. La Convención no es una canasta de frutas de la que se puede elegir las del agrado de uno. Como es bien sabido, la nueva Convención global sobre el Derecho del Mar se elaboró como un instrumento único e indivisible, como un conjunto de decisiones de transacción estrechamente vinculadas entre sí.²⁹

El Viceprimer Ministro y Secretario de Asuntos Exteriores de Canadá, declaró:

La Convención enuncia una amplia gama de nuevos derechos y obligaciones. Si los Estados pudieran elegir arbitrariamente aquellas que han de reconocer o no, veremos no sólo el fin de nuestros sueños de una convención universal sobre

²⁷ Artículo 32.

²⁸ Véase *infra*, nota 35.

²⁹ Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Documentos Oficiales, Vol. XVII, p. 110.

el derecho del mar, sino, tal vez, el fin de cualquier posibilidad de cooperación mundial acerca de cuestiones que afectan a la vida de toda la humanidad. No debemos, no podemos permitir que ello ocurra. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y la Convención sola, sienta una sólida base para la gestión pacífica de los asuntos marítimos en los años venideros y debe ocupar un lugar como uno de los mayores logros de las Naciones Unidas, merecedora del apoyo de todos los países ³⁰.

El representante de las Bahamas, dijo:

El objetivo de la Conferencia fue llegar a un acuerdo de conjunto. Dentro de este contexto, las Delegaciones que la tomaron en serio reconocieron que sería imposible satisfacer las preocupaciones individuales de todos. Con este ánimo, se lograron acuerdos de transacción ³¹.

La delegación de Viet Nam se refirió específicamente a los efectos del acuerdo global, en los términos siguientes:

... Si bien no se encuentra totalmente satisfecha en algunas disposiciones de la Convención, mi Delegación adhiere de buen grado a la avenencia global y al método para el arreglo global de todos los problemas relacionados con el derecho del mar que hacen de la Convención un todo indivisible y excluyen toda aplicación selectiva ³².

El representante de Surinam, uniéndose a lo expresado por muchas otras delegaciones respecto de los derechos de los terceros Estados, sostuvo:

La Convención es un documento de transacción preparado en el curso de negociaciones arduas y prolongadas. Todos los Estados tuvieron que hacer concesiones durante esas negociaciones. Los Estados que se abstuvieron de adoptar el tratado no deben abrigar la mal encaminada esperanza de que la Convención sencillamente va a evaporarse ³³.

³⁰ *Id.*, p. 16.

³¹ *Id.*, p. 106.

³² *Id.*, p. 105.

³³ *Id.*, p. 43.

Finalmente, el delegado de Dinamarca, aludiendo al precedente sentado por la Tercera Conferencia, afirmó:

Se trata de un acontecimiento único en la historia del derecho internacional. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es el tratado más amplio que jamás se haya proyectado; es una constitución moderna para el uso del océano; se refiere a todas las actividades humanas pacíficas concebibles en una zona que abarca más del 70 por ciento de la superficie de nuestro planeta, y fue elaborada por la Conferencia más prolongada en la historia de las Naciones Unidas. El resultado —contenido en sus 320 artículos y los anexos y resoluciones adjuntos— refleja la voluntad de cooperar y aceptar soluciones de transacción, expresada en dos conceptos básicos: el principio del consenso y el de la "resolución global"³⁴.

Las declaraciones citadas precedentemente, así como otras hechas en Montego Bay al firmarse la Convención de 1982³⁵, demuestran que los Estados participantes en la Tercera Conferencia, incluso los Estados Unidos, aceptaron el procedimiento del acuerdo global. La cuestión que corresponde examinar es la de saber si la aplicación del mismo afectará la relación tradicional entre los tratados y la costumbre internacional que pueda estar reflejada en la Convención de 1982.

V

Para estudiar los posibles efectos del acuerdo global sobre la relación tratado-costumbre, es necesario recordar las normas jurídicas que regulan esta cuestión. El artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece: "Un

³⁴ *Id.*, p. 113.

³⁵ Véase, por ejemplo: las declaraciones hechas por Australia, Austria, Bangladesh, Barbados, Brasil, Camerún, Chile, Colombia, Fiji, Finlandia, Irán, Kenia, Libia, México, Sierra Leona, Sri Lanka, St. Vincent y Tanzania, *Id.*, pp. 45, 127, 114, 133, 40, 16, 67, 84, 44, 43, 107, 48, 110, 20, 133, 50, 115 y 52, respectivamente.

tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento". Esta disposición consagra la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Sin embargo, esta norma general no impide que las normas de un tratado lleguen a ser obligatorias para terceros Estados como costumbre internacional. Al respecto, el artículo 38 de la Convención de Viena, dice: "Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal". Este artículo parecería significar que aquellas disposiciones de un tratado que reflejan normas de costumbre internacional podrían invocarse tanto en contra como a favor de terceros Estados. En ese caso, aquellas disposiciones se aplicarían: 1º) entre Estados partes, en base al derecho convencional, y 2º) entre Estados partes y terceros Estados, en virtud del derecho consuetudinario codificado en el tratado. Como lo expresó la Comisión de Derecho Internacional:

Un principio o regla de derecho internacional consuetudinario puede ser incorporado a un acuerdo bilateral o multilateral de tal modo que adquiera, dentro de los límites estipulados, fuerza convencional para los Estados partes en el acuerdo en tanto éste se encuentre en vigor; y aún continuaría siendo obligatorio como principio o regla de derecho internacional para los demás Estados ³⁶.

Aunque resulta claro que ciertas disposiciones de un tratado pueden manifestar la costumbre internacional y, en consecuencia, constituir una prueba de los derechos u obligaciones de terceros Estados, el problema radica en la identificación de aquellas disposiciones. En el caso en que un tratado sea el resultado de la codificación de normas consuetudinarias preexistentes, como ocurre con la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (1958) ³⁷ la individualización de las estipulaciones que forman

³⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950, vol. II, p. 368.

³⁷ El preámbulo de la Convención establece: "Los Estados Partes en esta Convención... Reconociendo que la Conferencia de las Naciones

parte de la costumbre internacional no presenta mayores dificultades. No obstante, muchos tratados no sólo incorporan normas consuetudinarias preexistentes (codificación) sino que también crean nuevas reglas jurídicas (desarrollo progresivo). Un caso ilustrativo es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Como lo hizo notar la Comisión de Derecho Internacional al presentar su último proyecto de artículos sobre el tema "La labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados corresponde a la vez a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional..."³⁸. Además, en algunas ocasiones la Corte Internacional de Justicia ha señalado el carácter de costumbre internacional de algunas disposiciones de la Convención de Viena. Así, por ejemplo, el artículo 62 (relativo a la terminación de un tratado por un cambio fundamental en las circunstancias)³⁹ y el artículo 60 (sobre terminación de un tratado como consecuencia de su violación)⁴⁰ fueron calificados por la Corte como normas pertenecientes al derecho internacional general.

Cuando un tratado codifica reglas de costumbre internacional existentes y, al mismo tiempo, desarrolla nuevas normas ju-

Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Ginebra del 24 de febrero al 27 de abril de 1958, aprobó las disposiciones siguientes como declaratorias en términos generales de los principios establecidos de derecho internacional".

³⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, pág. 195.

³⁹ "Este principio y las condiciones y excepciones a las cuales está sujeto, han sido incorporados al Artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que puede en muchos aspectos ser considerada como una codificación del derecho consuetudinario existente en materia de terminación de una relación convencional por un cambio fundamental en las circunstancias". *Caso de Jurisdicción sobre pesquerías*, 1973, ICJ Reports 3, pág. 18.

⁴⁰ "Las reglas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de una relación convencional como consecuencia de su violación (adoptada sin ningún voto disidente) pueden en muchos aspectos ser consideradas como una codificación del derecho consuetudinario existente en la materia". *Opinión consultiva sobre Namibia*, 1971, ICJ Reports 6, p. 47.

rídicas, la determinación de las estipulaciones que pertenecen a una u otra categoría puede presentar serias dificultades⁴¹. La situación se complica más aún por el hecho de que las cláusulas innovadoras del tratado pueden representar "la *fons et origo* de una norma de derecho internacional que obtenga posteriormente la aceptación general de los Estados y se convierta en derecho consuetudinario"⁴². Como lo advirtió la Corte Internacional de Justicia: "No hay duda de que este proceso es perfectamente posible y ocurre de tiempo en tiempo; el mismo constituye en verdad uno de los métodos reconocidos a través de los cuales pueden formarse nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario"⁴³. En consecuencia, aquellas disposiciones convencionales que tradicionalmente crean derechos y obligaciones para terceros Estados pueden hacerlo por dos razones: a) porque reflejan la costumbre existente con anterioridad a la negociación del acuerdo; o b) porque como resultado de haber incluido una cláusula particular en el tratado, ésta ha suministrado el impulso necesario para la creación de una nueva norma consuetudinaria.

Para determinar si una norma innovadora incluida en un tratado ha adquirido la condición de costumbre internacional, se requiere el cumplimiento de los requisitos necesarios para que la práctica de los Estados se transforme en derecho internacional consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia, en 1969, en los casos de la *Plataforma Continental en el Mar del Norte* señaló que tales requisitos incluyen: la uniformidad, la cohe-

⁴¹ "La línea divisoria entre codificación y desarrollo progresivo es sombría como lo es, casi por las mismas razones, la línea que divide la costumbre como fuente material de una disposición de un tratado de codificación y una disposición convencional como fuente material de nuevas normas de derecho consuetudinario internacional. En este campo de la codificación y el desarrollo progresivo, la relación tratado-costumbre no tiene tanto el carácter de una distinción como el de un efecto recíproco". Jennings, *supra*, nota 13, p. 624.

⁴² Véase Baxter, *supra*, nota 10, p. 277.

⁴³ Véase *Casos de la Plataforma Continental en el Mar del Norte*, (1969), ICJ, Rep., p. 41.

rencia, la *opinio juris* y, en menor grado, el transcurso del tiempo⁴⁴. La prueba para demostrar la creación de normas de costumbre internacional mediante un tratado, podrá involucrar elementos ajenos al propio tratado. Como bien lo expresó un autor refiriéndose a los casos de la *Plataforma Continental en el Mar del Norte*: "La sentencia sugiere límites claramente definidos al proceso de generar reglas consuetudinarias mediante un tratado, y dichos límites comprenden la consideración de criterios ajenos al tratado mismo. Tal proceso dependerá de un número de elementos, el grado de participación en la Convención, el desarrollo de la práctica de los Estados en el sentido de la formación de la regla alegada, la prueba de la *opinio juris* y, sobre todo, la interacción entre las disposiciones creadoras de normas y las de procedimiento"⁴⁵.

Si bien la Corte y muchos publicistas han sostenido que los tratados reflejan normas consuetudinarias tanto en el proceso de codificación como en el de desarrollo progresivo del derecho internacional, en este último caso es muy difícil sostener que las cláusulas innovadoras de un tratado reflejan el desarrollo ul-

⁴⁴ Id., véase también el comentario de Sir Ian Sinclair: "Habiendo acordado un cauteloso reconocimiento al proceso por el cual ciertas convenciones unilaterales pueden generar reglas que gradualmente lleguen a ser aceptadas como parte integrante del derecho consuetudinario internacional, la Corte procedió inmediatamente a indicar, en términos generales, las condiciones que deben ser satisfechas antes de que el proceso pueda considerarse como efectivo. En primer lugar, la disposición convencional cuya transformación en una regla de costumbre se cuestiona 'debe tener fundamentalmente el carácter de norma creadora de modo tal que pueda tenerse como base de una regla general de derecho'. En segundo lugar, debe existir una participación amplia y representativa en la Convención, particularmente de aquellos Estados cuyos intereses están específicamente afectados. En tercer lugar, debe haber una *opinio juris* reflejada en una extensa práctica de los Estados virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada. La Corte parece disminuir la importancia del elemento tiempo, tratándolo como si fuese accesorio del requisito de la *opinio juris*". I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd., 1984, p. 22.

⁴⁵ I. Sinclair, *Id.*, págs. 23-24. El comentario se refiere básicamente a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

terior del derecho internacional consuetudinario⁴⁶. En los casos de la *Plataforma Continental en el Mar del Norte*, la Corte, luego de señalar que tal resultado "no debe ser considerado con ligereza como alcanzado"⁴⁷ prosiguió a determinar que una particular disposición innovadora⁴⁸ no reflejaba la costumbre internacional existente. Además, el *onus probandi* recae sobre quien invoca una disposición convencional como norma consuetudinaria internacional y, como es previsible, ello podrá crear problemas de interpretación.

El papel de los tratados en la formación de la costumbre internacional ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia y numerosos autores. Empero, como ocurre con muchas generalizaciones en un derecho internacional en constante evolución hay excepciones a las reglas tradicionales.

⁴⁶ El profesor Baxter entendía que aún las convenciones codificadoras no siempre proveen una clara evidencia de las normas consuetudinarias: "Excepto en el caso de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, la preponderancia de la prueba descansa sobre las convenciones «codificadoras» concluidas bajo los auspicios de las Naciones Unidas como declarativas del derecho consuetudinario internacional". Baxter, *supra.* nota 10, pág. 291.

⁴⁷ ICJ. Reports, 1969, p. 41. La Corte también señaló: "En principio, cuando un número de Estados, incluso aquél cuya conducta es invocada y aquellos que la invocan, han elaborado una convención que establece específicamente un método particular por el cual habrá de manifestar la intención de obligarse por el régimen de la convención, esto es mediante la realización de ciertas formalidades estipuladas (ratificación, adhesión), no debe presumirse con ligereza que un Estado que no ha realizado esas formalidades, aunque en todo momento haya tenido todas las posibilidades y atribuciones para hacerlo, ha quedado, no obstante, obligado de alguna otra manera", *Id.*, p. 25. Además: "*Los casos de la Plataforma Continental en el Mar del Norte*, han demostrado que no debe darse por sentado con demasiada prontitud que una disposición convencional, aún en un tratado "legislativo", enuncia una norma de derecho internacional consuetudinario". D. Harris, *Cases and Materials on International Law* (3ª, ed. 1983), p. 285.

⁴⁸ Se refería al Artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental.

En su Opinión Consultiva sobre *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la Corte Internacional de Justicia dijo::

Los sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. A través de su historia, el desarrollo del derecho internacional ha sido influido por las exigencias de la vida internacional, y el aumento progresivo en las actividades colectivas de los Estados ya ha provocado casos de actuación en el plano internacional por parte de ciertas entidades que no son Estado⁴⁹.

En este pasaje, la Corte destaca que la evolución de la comunidad internacional, particularmente las actividades colectivas de los Estados, han tenido un marcado efecto sobre las necesidades de la comunidad, que debe ponerse de manifiesto en el dinámico ordenamiento jurídico internacional. La atribución de personalidad jurídica internacional a las organizaciones intergubernamentales fue el resultado de esa evolución. Por tanto, el derecho internacional refleja los cambios fundamentales producidos por las necesidades de la comunidad internacional y como tal debe verse como un fenómeno de carácter esencialmente dinámico.

Pese a la existencia de normas tradicionales, los grandes cambios en la comunidad internacional son capaces de producir grandes cambios en la evolución del derecho internacional.

Las negociaciones en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar son una fuente de ejemplos de cambios importantes en la evolución del ordenamiento jurídico internacional. Como lo ha expresado un distinguido jurista internacional:

“Tal vez la invocación más notable de todas ha sido la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar al intentar volver a escribir el derecho del mar en su tota-

⁴⁹ ICJ Reports, 1949, p. 174.

lidad en un «tratado internacional de carácter universal, generalmente aceptable». Los procedimientos adoptados por la Conferencia han sido novedosos en muchos aspectos importantes. Cualquiera fuese el resultado de esa Conferencia, es seguro que esos procedimientos deberán dejar su huella, y que el derecho internacional no volverá a ser el mismo”⁵⁰.

No solamente la Tercera Conferencia reunió, por primera vez en la historia, a toda la comunidad de naciones formada por más de 150 Estados en un foro destinado a elaborar nuevas normas de derecho internacional, sino que también los países aceptaron nuevos procedimientos para la negociación de un tratado multilateral⁵¹. Dichos procedimientos incluyeron, entre otros, la toma de decisiones por consenso y el acuerdo global.

Cabe recordar aquí que el derecho internacional surge esencialmente del consentimiento común de los Estados soberanos y que éstos tienen la capacidad necesaria, dentro de ciertos límites, para modificarlo. En realidad, los Estados son los “legisladores” del derecho internacional. No existe razón alguna para que los Estados que participaron en la Tercera Conferencia no hayan podido acordar la modificación de las reglas tradicionales que rigen las relaciones entre los tratados y la costumbre internacional con respecto al instrumento que estaban elaborando. El Profesor Baxter, muchos años antes de la celebración de la Tercera Conferencia, al referirse a las excepciones a las reglas aplicables a las relaciones entre tratado y costumbre afirmaba:

⁵⁰ Jennings, *Law-Making and Package Deal* en *Mélanges offerts à Paul Reuter* (1981), pp. 347-348.

⁵¹ También, según el Juez Jennings:

“La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha sido distinta a las anteriores conferencias diplomáticas elaboradoras de normas jurídicas, no sólo por el número de nuevos Estados involucrados y en el amplio alcance de su labor, sino también por ciertos aspectos procesales que son de particular significación jurídica. Allí están, por ejemplo: las importantes innovaciones de procedimiento, tales como el empleo del consenso en lugar de la votación durante las etapas de negociación, el libre uso de reuniones oficiosas y, probablemente lo más importante, los mecanismos utilizados para redactar y luego revisar la serie de textos para fines de negociación”. *Id.*, p. 348.

“La doctrina de integración y la interdependencia de las disposiciones de un tratado puede también significar que un Estado estaba dispuesto a aceptar una determinada formulación para un artículo sólo si dicho Estado obtenía ventajas en otro artículo. El trato, en la medida en que se hallaban involucrados un compromiso y un acomodamiento, es incorporado al tratado en su conjunto, y no deberían señalarse artículos en forma individual para ser vueltos en contra de un Estado en particular. Una opinión más precisa de la actitud del Estado en particular podría obtenerse del examen de sus votos con respecto a cada artículo y sus párrafos, pero aún aquí un voto a favor de una disposición determinada no refleja necesariamente la actitud del Estado hacia el derecho internacional en esa cuestión”⁵².

En verdad, lo que el Profesor Baxter denominaba “doctrina de integración y la interdependencia de las disposiciones de un tratado” es una manera más elocuente de aludir al acuerdo global.

Las consecuencias del acuerdo global sobre las reglas aplicables a la relación entre el tratado y la costumbre no se limitarían a la Convención de 1982, pues podrían igualmente aplicarse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Antes, se dijo que “la interacción entre las disposiciones creadoras de normas y las de procedimiento” de la Convención de Viena fue un factor para determinar si ciertas estipulaciones del tratado reflejaban el derecho internacional consuetudinario⁵³. Como lo explica el autor de esta afirmación:

Este último es un factor que tal vez sea original de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; pero la historia de la redacción de la Convención revela con toda claridad que, para la mayoría de los Estados, la aceptación de ciertas disposiciones creadoras de normas, particularmente en la Parte V de la Convención, fue condicionada

⁵² Baxter, *supra*, nota 10, p. 293. Obsérvese que la sugerencia del Profesor Baxter, de volver al antecedente de los votos nominales de los Estados no sería posible respecto del procedimiento de consenso seguido en la Tercera Conferencia.

⁵³ Ver *supra*, nota 45 y texto correspondiente.

a la inclusión de salvaguardias procesales específicas en la Convención. Puede concluirse, por tanto, que esta característica especial de la Convención de Viena constituirá un obstáculo adicional a ser superado en la búsqueda de establecer, en el futuro, el efecto generador de costumbre de las normas particulares de la Convención ⁵⁴.

Sin duda, una transacción basada en la aceptación de ciertas disposiciones a cambio del acuerdo en otras, creó un vínculo integrado entre muchas de las estipulaciones de la Convención de Viena. En consecuencia, esta interrelación del articulado del tratado puede mantener dentro del ámbito de obligaciones convencionales únicamente aplicables entre los Estados Partes, ciertos artículos que tradicionalmente podrían haber alcanzado la condición de normas consuetudinarias.

Con respecto a la Convención de 1982, la situación es aún mucho más clara. Mientras que el elemento del acuerdo global de la Convención de Viena resultó de una acción espontánea de los Estados, en la Convención de 1982 el acuerdo global caracterizó toda la labor de la Tercera Conferencia e incuestionablemente, fue establecido de antemano por voluntad de los Estados participantes.

Ninguna delegación en la Tercera Conferencia pudo haber dejado de tener plena conciencia de las consecuencias jurídicas del acuerdo global.

Las numerosas declaraciones hechas por las Delegaciones en Montego Bay al firmarse la Convención indica que el acuerdo global constituyó una de las características más significativas de las negociaciones o dicho en otras palabras, uno de sus pilares.

Si damos por sentado que el acuerdo global ha de tener sus efectos sobre la relación tradicional entre los tratados y la costumbre, quedaría por ver cuáles son tales efectos. Empero, antes debemos mencionar otro problema planteado por la Convención de 1982:

⁵⁴ I. Sinclair, *supra*, nota 10, pág. 24.

Considerando los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, parece probable que la práctica de los Estados habrá de confirmar o vendrá a aceptar muchas de las normas particulares de la Convención (ya sea aquellas que duplican o se basan en las Convenciones de 1958 o aquellas que se agregan a éstas últimas) como obligatorias en calidad de costumbre. Pero debe tenerse presente que el consenso en favor de la inclusión de una norma como parte del conjunto global puede ocultar la oposición a la norma tomada en sí misma. Un número de disposiciones en el campo del derecho del mar más tradicional, así como la aceptación del arreglo judicial y arbitral con carácter obligatorio, fueron, por ejemplo: concesiones de los países en desarrollo para los cuales la aceptación del régimen de los fondos marinos era la contrapartida necesaria. De manera paradójica, el intento de llegar a un consenso puede haber impedido, en algunos casos, el desarrollo del derecho consuetudinario internacional. Si cada disposición hubiese sido sometida a votación, la presencia o ausencia de un acuerdo genuino hubiese sido más evidente...⁵⁵.

Así, el procedimiento de consenso adoptado en la Tercera Conferencia, parece estar vinculado de modo inextricable al efecto jurídico que el acuerdo global ha tenido sobre las reglas aplicables a la relación entre los tratados y la costumbre.

Al parecer, el derecho de los terceros Estados a invocar disposiciones de la Convención de 1982 en base a su potencial transformación en costumbre internacional, se encuentra en serio riesgo. Como el Juez Jennings ha observado: "La idea del acuerdo global ha significado que aún aquellas porciones del derecho internacional firmemente establecidas, exitosamente codificadas en la Conferencia de 1958, fueron, por así decirlo, puestas en peligro por el proceso negociador al haber sido consideradas como parte del mismo"⁵⁶.

El juez Jennings escribió sobre el juego recíproco entre consenso y acuerdo global, de esta manera:

⁵⁵ D. Harris, *supra*, nota 59, pág. 286.

⁵⁶ Jennings, *supra*, nota 59, pág. 286.

Una cuestión todavía más difícil es la posición de los Estados que no hubiesen ratificado el tratado una vez que éste haya entrado en vigor: ¿cuál será el derecho del mar para los que no sean partes?

Cualquiera fuese aquél otro derecho, no será ciertamente el derecho internacional consuetudinario del mar tal como el mismo existía al comienzo de la Conferencia. El derecho consuetudinario se ha ido desarrollando durante ese período, como ya ha sido mencionado y no puede haber dudas de que la existencia de la Conferencia contribuyó al proceso. No podía ser, en la naturaleza de las cosas, de otra manera. Y en verdad, la existencia de elementos estables correspondientes en los textos para fines de negociación (como si se tratara, aparentemente, de rubros fijos del conjunto) ha contribuido en no escasa medida al proceso. Pues donde el requisito sea destilar el derecho de la práctica y de la opinión, cualquier texto cuyo propósito sea representar un consenso y esté adecuadamente redactado, será acogido y en la práctica podrá ser difícil o imposible desplazarlo⁵⁷.

Las opiniones de los Estados, las actas de la Tercera Conferencia y los trabajos de juristas altamente calificados, demuestran que la Convención de 1982 representa un conjunto indivisible de transacciones interrelacionadas en el que los terceros Estados no podrán en general encontrar apoyo para el ejercicio de derechos consuetudinarios. Según el Embajador Arias-Schreiber de Perú, hablando en nombre del Grupo de los 77 ante el plenario de la Tercera Conferencia:

Durante la negociación y la aprobación de la Convención, la Conferencia ha tenido en cuenta que los problemas del espacio oceánico están estrechamente interrelacionados y deben ser considerados en conjunto. Según el enfoque del "acuerdo global" quedaba excluida la posibilidad de una aplicación selectiva de la Convención. De conformidad con el entendimiento logrado por la Conferencia desde el prin-

⁵⁷ Id., pág. 353. El juez de Lacharrière parece coincidir con la opinión de Jennings acerca de los efectos jurídicos del acuerdo global. Véase de Lacharrière, *La Réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies*, 84 *Revue Générale de Droit International Public* (1980), pág. 216.

cipio y con arreglo al derecho internacional, ningún Estado o grupo de Estados podría reivindicar jurídicamente derechos o invocar las obligaciones de terceros Estados mediante la referencia de determinadas disposiciones de la Convención. Análogamente los Estados que decidan adherirse a la Convención no tendrán la obligación de aplicar sus disposiciones con respecto a Estados que no sean partes. Esto es válido tanto en el caso de las nuevas normas establecidas por la Convención para las zonas bajo jurisdicción nacional (aguas interiores, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental, aguas archipelágicas; y estrechos utilizados para la navegación internacional) como para el régimen instituido, en virtud de la Convención y de las resoluciones pertinentes aprobadas por la Conferencia, para la utilización de la zona de los fondos marinos fuera de los límites de la jurisdicción nacional⁵⁸.

Además, el Embajador Tommy Koh, de Singapur, Presidente de la Tercera Conferencia, al referirse a las declaraciones hechas por los Estados al suscribirse la Convención de 1982, expresó: :

La segunda idea que surge de las declaraciones formuladas es que las disposiciones de la Convención están estrechamente relacionadas entre sí y constituyen un todo indisoluble. Por lo tanto, los Estados no pueden elegir lo que les guste y hacer caso omiso de lo que no les guste. Se afirmó también que derechos y obligaciones son inseparables y que no es posible reivindicar derechos con arreglo a la Convención si no se está dispuesto a asumir las obligaciones correspondientes⁵⁹.

La Convención, si bien se compone de una serie de transacciones, forma un todo inseparable. Por ello, no prevé la posibilidad de que se formulen reservas y por ello los estados no pueden escoger lo que les gusta y dejar de lado lo que no les guste. En derecho internacional al igual que en el interno, los derechos y las obligaciones son inseparables. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico no es posible reivindi-

⁵⁸ Documentos Oficiales, Vol. XVII, pág. 3.

⁵⁹ *El Derecho del Mar*: Texto oficial de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar con anexos e índice temático. Naciones Unidas, Nueva York, 1984, pág. XX.

car derechos en virtud de la Convención si no se está dispuesto a asumir las obligaciones correspondientes ⁶⁰.

Finalmente, el Senador Claiborne Pell, de los Estados Unidos, al declarar en una audiencia de la Subcomisión de Relaciones Exteriores del Senado norteamericano, que reexaminaba la posición de los Estados Unidos de suscribir o no la Convención de 1982, se refirió a esta cuestión de modo bien ilustrativo:

Permitaseme presentar mi próximo punto en términos simples. Lo que estamos haciendo es manifestar que este es un tratado muy interesante. Aquellas guindas que nos gustan nos las comeremos, pero aquellas que no nos agraden, las ignoraremos. Las guindas que nos gustan decimos que son derecho internacional consuetudinario, pero las que no nos gustan decimos que no nos adheriremos a ellas...

...Cómo es que podemos mirar a los tratados y tomar de los mismos aquellas posiciones que aprobamos, y decir que adheriremos a ellas, y que esperamos que otros adhieran a las mismas; y de aquellas disposiciones que no nos gustan decimos que no adherimos, y que no importa si otros adhieren o no a ellas. Pienso que hay gran número de tratados de los que nos agradarían algunas partes, pero no el tratado en su integridad ⁶¹.

Aunque expresado en lenguaje simple, las observaciones del Senador Pell dan en el centro mismo del problema de los efectos jurídicos del acuerdo global: los terceros Estados no podrán gozar de los derechos estipulados en la Convención de 1982, simplemente porque la práctica de los Estados ha convertido, aparentemente, algunas de sus disposiciones innovadoras en derecho consuetudinario internacional. La naturaleza global de la Convención de 1982 une a casi todo su articulado, haciéndolo indivisible y modificando así la aplicación de las reglas tradicio-

⁶⁰ Id., pág. XXIII.

⁶¹ Law of the Sea Negotiations: Hearings Before the Subcommittee on Arms Control, Oceans, International Operations and Environment of the Senate Committee on Foreign Relations, 97th Congress, 2nd Sess. (1982), págs. 18-19.

nales aplicables a la relación entre los tratados y la costumbre que la Corte indentificó en los casos de la *Plataforma Continental en el Mar del Norte*⁶².

VII

a) en primer lugar, el acuerdo global no podrá afectar aquellas disposiciones de la Convención que fueron tomadas directamente de las Convenciones de 1958⁶³ y que eran expresión de la costumbre internacional anterior a la Tercera Conferencia. Dichas disposiciones, prescindiendo de su ubicación en el acuerdo global de 1982, podrán seguir siendo ejercidas por los terceros Estados y continuarán siendo obligatorias para los mismos. No obstante, cuando las normas consuetudinarias ya establecidas que aparecen en la Convención de 1982 hayan sido modificadas, no podrá presumirse que tales modificaciones han adquirido una naturaleza similar⁶⁴.

En realidad, se han hecho cambios significativos en la mayo-

Aunque los efectos jurídicos del acuerdo global representan un alejamiento de las reglas tradicionales que vienen rigiendo la relación tratado-costumbre, aquellos presentan algunas limitaciones.

La puerta no ha quedado del todo cerrada en cuanto a la capacidad de la Convención de 1982, de reflejar derechos y obligaciones, basados en la costumbre, que alcanzan a los terceros Estados. Las limitaciones se aplican a dos categorías de normas consuetudinarias:

⁶² Véanse *supra*, notas 44 y 45 y textos correspondientes.

⁶³ Véase *supra*, nota 2.

⁶⁴ Por ejemplo, mientras que el Artículo 17 de la Convención de 1982 (derecho de paso inocente) refleja, sin lugar a dudas, la costumbre internacional codificada en el Artículo 14 (1) de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958, las modificaciones que aparecen en los Artículos 18 y 19 pueden no haber alcanzado una condición similar.

ría de aquellas disposiciones que fueron incorporadas a la Convención de 1982⁶⁵.

b) El otro grupo de estipulaciones que no ha sido afectado por el acuerdo global, incluye a todas aquellas disposiciones innovadoras de la Convención de 1982 que adquirieron la condición de costumbre internacional durante las negociaciones, esto es, después de la iniciación de la Tercera Conferencia, en 1973, y antes de la adopción del nuevo instrumento el 30 de abril de 1982⁶⁶. Esta excepción se funda en que el acuerdo global no pudo haber cristalizado las disposiciones de la Convención en un todo indivisible antes de que el tratado fuese adoptado⁶⁷. Como lo advirtió el Presidente de la Tercera Conferencia:

...el concepto de acuerdo global suponía necesariamente, por su propia naturaleza, que no se considerase irrevocable la

⁶⁵ Como señala el Juez Jennings: "Otras normas jurídicas que hasta ahora se consideraban firmemente establecidas [en el derecho internacional consuetudinario] no han permanecido intactas. Notablemente, el régimen de la alta mar, tal como está regulado en la [Convención de 1982], ha visto cambios significativos como resultado, por lo menos en parte, del proceso negociador; aún cuando el principio de la libertad de los mares con todos sus corolarios era antes considerado como quizás el más firmemente establecido de todo el cuerpo del derecho internacional consuetudinario. No es casi necesario agregar que el significado y contenido del régimen de la alta mar es también dominante en la cuestión de la minería de los fondos marinos, que ha sido el debatido con mayor tenacidad de todos los elementos del proceso de navegación".

Jennings, *supra*, nota 50, pág. 349. En otro pasaje, Jennings observa que "no existe virtualmente parte alguna del derecho consuetudinario que pueda ser sensiblemente codificado sin elementos considerables de desarrollo progresivo, a fin de llenar vacíos, aclarar dudas, controversias e incertidumbres, para cristalizar verdaderas normas provenientes de principios o nociones vagos y alcanzar el grado necesario de elaboración". Jennings, *supra*, nota 13, pág. 623.

⁶⁶ Este grupo incluye, por supuesto, aquellas disposiciones de la Convención de 1982 que reflejan normas de costumbre nacidas entre la celebración de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas en 1958 y el comienzo de la Tercera Conferencia en 1973.

⁶⁷ La Convención de 1982 fue adoptada el 30 de abril de ese año junto con cuatro resoluciones que fueron incorporadas al Acta Final de la Conferencia.

posición de una delegación sobre una cuestión determinada por lo menos mientras todos los elementos del mismo no hubieran sido objeto de acuerdo. Por lo tanto, cada delegación tenía derecho a reservar su posición sobre cualquier cuestión determinada hasta que hubiese obtenido satisfacción respecto de otras cuestiones que consideraba de importancia vital para ella⁶⁸.

Parece, entonces, que el acuerdo global no habría podido ser "sellado" definitivamente mientras las negociaciones seguían su curso y que ello sólo pudo haber ocurrido con la formal adopción de la Convención de 1982.

Las cláusulas innovadoras de la Convención que alcanzaron la condición de costumbre internacional antes de que cristalizara el acuerdo global, hallándose excluidas, como es obvio, de los efectos del mismo. En consecuencia, esas cláusulas podrán seguir reflejando derechos y obligaciones, tanto para las partes como para los terceros Estados. Un buen ejemplo, es la parte V de la Convención sobre la zona económica exclusiva. La práctica de los Estados al establecer zonas de recursos hasta 200 millas bajo jurisdicción nacional muestra que aquel concepto había adquirido carácter consuetudinario con anterioridad a la adopción de la Convención de 1982⁶⁹. Debe recalcar que la norma de costumbre no deriva de las disposiciones de la Convención relativa a la zona económica exclusiva sino de la práctica de los Estados. Esta última se refleja en el resultado combinado de una abundante legislación nacional que crea dichas zonas y los innumerables acuerdos bilaterales de pesca celebrados en los últimos diez años. Sin embargo, el régimen de la zona económica exclusiva convertido en costumbre internacional no es idéntico al reglado en la Convención de 1982⁷⁰.

⁶⁸ Memorando Explicativo del Presidente de la Conferencia Doc. A/CONF. 62/WP. 10/Rev. 1 (1979), pág. 21.

⁶⁹ Véase la Proclama del Presidente de los Estados Unidos, *supra*, nota 23.

⁷⁰ Sobre este punto véase del autor: *El régimen de la pesca y conservación de los recursos vivos en la zona económica exclusiva: implicaciones jurídicas y económicas* en Economía de los Océanos, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina (E/CEPAL/L. 156/Rev.

La última categoría de disposiciones que debe considerarse, comprende las que, al 30 de abril de 1982, no habían alcanzado el carácter de normas consuetudinarias. Si damos por sentado que el acuerdo global quedó forjado en el momento en que se adoptó la Convención, aquellas cláusulas que, para esa fecha, no hubiesen alcanzado la calidad de costumbre internacional, podrían haber quedado impedidas de lograrla en el futuro. Es cierto que, con el transcurso del tiempo, algunos terceros Estados podrán posiblemente comenzar a adquirir derechos estipulados en la Convención de 1982 frente a otros terceros Estados como así también a Estados partes, mediante la aquiescencia de una práctica internacional uniforme y generalizada. Este resultado, empero, no puede ser presumido con ligereza de modo tal que la multitud de cláusulas innovadoras de la Convención de 1982 pueda ser incorporada al derecho internacional general. Además, dicho proceso es una verdadera espada de doble filo por cuanto el mismo podría hacer aplicables a los terceros Estados las obligaciones innovadoras contenidas en la Convención de 1982.

Por consiguiente, todo el impulso de los efectos jurídicos del acuerdo global se aplica a esta última categoría de disposiciones. Estas comprenden un buen número de artículos de la Convención e incluyen, especialmente, la Parte III, Sección 2 referente al paso en tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional y la casi totalidad de la Parte XI que trata sobre la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo⁷¹. Más de 150 Estados acordaron adoptar el consenso y el

2), Vol. I (1978), especialmente págs. 110-120; *El régimen de la pesca en la zona económica exclusiva* en: *La Zona Económica Exclusiva: Una perspectiva Latinoamericana* (F. Orrego Vicuña, editor), Santiago (1982), págs. 131-147.

⁷¹ Empero, debe señalarse que el principio que establece que la explotación de los fondos marinos más allá de las jurisdicciones nacionales sólo puede estar regulado por el régimen internacional establecido en la Convención de 1982, es independiente de la Convención misma, y puede alcanzar el carácter de costumbre internacional, si es que no lo ha obtenido ya, con prescindencia de la condición jurídica de la Parte XI.

acuerdo global como procedimientos para la negociación y, de ese modo, esta última categoría de estipulaciones quedó jurídicamente unida a la Convención en toda su integridad. Por esta razón, los terceros Estados hallarán sumamente difícil la invocación de dichas estipulaciones en base a las normas tradicionales mediante las cuales los tratados multilaterales proveen el ímpetu para crear un nuevo derecho consuetudinario.

Cabe decir algo acerca de la noción de la cristalización instantánea de la costumbre internacional y su supuesta aplicación a la Convención de 1982. Hay quienes sostienen que como casi todos los miembros de la comunidad internacional se reunieron en la Tercera Conferencia, y a través de un esfuerzo colectivo adoptaron muchas disposiciones por consenso, los artículos resultantes entraron automáticamente a formar parte del derecho consuetudinario internacional⁷². Quienes apoyan este punto de vista, afirman que los requisitos de transcurso del tiempo y *opinio juris* deben darse por descontados pues la entera comunidad internacional actuó colectivamente y con prontitud, para indicar su asentimiento a dichas normas.

En verdad, esta opinión es difícil de aceptar. No puede considerarse que un Estado que no objete formalmente una determinada disposición particular, esté indicando así, en todos los casos, su consentimiento en obligarse, independientemente del hecho de que la entera comunidad internacional participe o no en el consenso. Por lo demás, la verdadera prueba de la existencia de una norma de costumbre internacional es la práctica de los Estados⁷³. Las relaciones jurídicas que surgen de los instrumentos concluidos en negociaciones multilaterales no son de naturaleza consuetudinaria sino convencional.

⁷² Para un análisis de la noción de derecho consuetudinario internacional instantáneo, véase Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?* 5 *Indian Journal of International Law* (1965), pág. 23; y H. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (1972).

⁷³ El Artículo 38, párrafo 1 (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pone bien en claro que la Corte deberá aplicar "la costumbre internacional como prueba de una *práctica* generalmente aceptada como derecho". (el subrayado es nuestro).

En consecuencia, la práctica de los Estados mantienese como el medio exclusivo de identificación de las normas de costumbre internacional. En el caso de la Convención de 1982, el acuerdo global ha creado serios obstáculos para la aplicación lisa y llana de aquel medio, en tanto y en cuanto no pocas de sus disposiciones podrán verse impedidas de llegar a transformarse en derecho consuetudinario. La medida en que los futuros Estados partes se sientan obligados a respetar el acuerdo global y a actuar en su consecuencia, no prestando su aquiescencia a la creación de normas de costumbre internacional, determinará, si hubiere lugar, cuáles de la mayoría de las normas innovadoras de la Convención de 1982, podrán ingresar al derecho internacional general. El porvenir del acuerdo global, por tanto, quedará en las manos de los futuros Estados partes y en su voluntad para que sus consecuencias jurídicas se mantengan fieles a los objetivos que determinaron su adopción. En este sentido, la actitud de los países latinoamericanos, cuya contribución a las normas innovadoras de la Convención de 1982 fue tan importante, deberá ser el fruto de un profundo análisis basado en la aspiración de asegurar un orden justo y equitativo en los océanos.

Por último, para decirlo con las palabras del Juez Jennings:

En el espacio de este artículo sólo ha sido posible referirse a un aspecto de los muchos problemas surgidos de los recientes desarrollos relativos a las fuentes del derecho del mar y las medidas en que el derecho se hace, es elaborado o se modifica. Aún así, sólo ha sido posible formular preguntas y de ningún modo, dar soluciones. Es evidente, no obstante, que estos nuevos enfoques de la elaboración del derecho y de las fuentes del derecho internacional necesitan ser indagados, puestos a prueba y, en general, hechos parte de un sistema estructurado. Esa es esencialmente una tarea para el jurista académico internacional y constituye un desafío a su sabiduría y habilidades, tan importante, y en verdad tan urgente, como ninguna otra en los últimos tiempos ⁷⁴.

⁷⁴ Jennings, *supra*, nota 50, pág. 355. Sobre el tema de las fuentes del derecho del mar, véase del Autor, en colaboración con Vicente Marotta Rangel, *Les sources du droit de la mer* en René-Jean Dupuy-Daniel Vignes *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, París, (1985), págs. 27-121.

SUMMARY

This article analyzes the treaty-custom relationship with respect to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, in the light of the package deal procedure adopted by UNCLOS III.

The author deals with the evolution of the package deal at that UN Conference and with the declarations made by the President and many delegations at the time of signature of the Convention on the question of that negotiating technique. The prevailing idea is that through the package deal/consensus procedures most of the innovative provisions in the new treaty became interdependent and constitute an integral whole.

In discussing the legal effects of the package deal, the traditional treaty-custom rules are analyzed both under the Vienna Convention on the Law of Treaties and the judgments of the International Court of Justice, particularly the 1969 North Sea Continental Shelf Cases. The conclusion is that those rules have been affected by the package deal and that the right of third States to invoke provisions of the 1982 Convention on the basis of their transformation into customary law is in jeopardy. Non-ratifying States are not free to choose those parts of the Convention which are acceptable to them and reject the ones they dislike.

Finally, the limitations of the package deal are studied. The provisions of the 1982 Convention that remain unaffected by the package deal include those articles that achieved customary status while UNCLOS III negotiations were under way. However, full effect of the package deal on the traditional treaty-custom rules applies to those conventional norms which, as of the date of signature, have failed to achieve customary law status, as, for instance, those dealing with transit passage through straits used for international navigation and the international sea-bed regime.

ENCUADRE JURIDICO DE LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA EXPLOTACION DEL PETROLEO

por EDUARDO A. PIGRETTI *

¿Una definición previa?

Una de las cuestiones que nos parecen más difíciles de abordar en materia de explotación del petróleo, es la de obtener una definición previa sobre el régimen general jurídico que se emplea para llevar a cabo dicha explotación.

El esfuerzo de síntesis que tal tipo de especulación requiere, se presenta como si fuera inabordable. Sin embargo, si partimos de ciertas tradiciones petroleras y las combinamos con una visión generalista, propia de los modernos enfoques jurídicos que provienen del derecho de los recursos naturales y del derecho de la energía, el tema adopta una posibilidad de sencillez y aproximación muy conveniente¹.

Para lograr la sencillez indicada es previo dejar fuera de consideración la multitud de leyes, resoluciones, contrataciones, de que da cuenta la historia legal del petróleo, para tratar de obtener la síntesis. En primera revisión, las leyes parecen no co-

* Profesor titular ordinario de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales de la Facultad de Derecho de la Universidad Buenos Aires.

¹ Entre otros véase: Cano, Guillermo J.: *Marco jurídico-institucional para el manejo de los recursos naturales*, FAO, Roma, 1975; Carrozza, Antonio: *Recursos naturales y Derecho agrario*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 25; Pigretti, Eduardo A.: *Derecho ambiental*, Educa, Buenos Aires, 1985.

responderse, al atender motivaciones nacionales que le exigen respeto a tradiciones locales y creencias, y sentirse enraizados.

Pero en un segundo análisis, es posible identificar rasgos comunes que han sido influidos por una sola realidad, que es la dictada por un único modelo de trabajo, cual es el modelo petrolero.

Si a esta consideración relativa a la similitud del accionar petrolero en cualquier parte del planeta, agregamos la convicción que respecto de esa realidad tienen los productores de petróleo en relación a obtener fidelidad por parte de la legislación a "el modelo petrolero", lograremos advertir que las aparentemente diversas modalidades legislativas no tienen en definitiva el grado de diferenciación que la lectura inicial pudiera indicarnos.

La propiedad de los yacimientos

La propiedad de los yacimientos ha sido en nuestro criterio un tema que, desde el ángulo jurídico obstaculizó el desarrollo institucional, al permitir la afirmación fuera de contexto de postulados no convalidados por la legislación.

Veamos en forma breve la cuestión. En los Estados Unidos de América la propiedad del yacimiento se torna una cuestión indiferente, si se atiende al poder de las corporaciones que explotan con acuerdo negociado con el propietario del suelo, en los casos en que son titulares de los yacimientos. Sea un particular el dueño de los yacimientos o el Estado o una corporación pública, por ser titular de los terrenos superficiales o no, todos deben someterse a los límites regulatorios de extracción impuestos por el Estado, de modo que la política de conservación del recurso y restricción de la actividad petrolera, juegan con indiferencia a los deseos particulares o empresarios de extracción excesiva, cuestión que ya pertenece al pasado. Ser propietario en consecuencia, no garantiza la explotación ilimitada del petróleo².

Otros países declaran la titularidad de los yacimientos por parte del Estado y la explotación monopólica y exclusiva del

² Krom, Beatriz S.: *Régimen jurídico de la minería y de los hidrocarburos en los Estados Unidos*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1970, pág. 118.

mismo, como la Unión Soviética y países sometidos a su influencia. Allí sólo se autorizan trabajos especializados de corporaciones privadas en casos excepcionales y limitados a servicios de alta especialización.

La China, partiendo del concepto de soberanía, ha permitido la participación privada amplia, mediante contrataciones abiertas a particulares. Hasta esta variación la República Popular China mantuvo sus yacimientos en explotación exclusiva.

México, al reformar en 1940 el artículo 27 de la Constitución mantuvo la prohibición de establecer concesiones pero autorizó al Estado Federal a actuar, sea por trabajos a cargo del Estado, por instituciones petroleras tales como Pemex, o por contratos con particulares³.

Esta última posibilidad fue adoptada por la Argentina al sancionar la Ley de Nacionalización 14.773, con un criterio similar.

Sistemas de explotación petrolera con intervención particular en uso

A partir de la formulación precedente, podemos intentar precisar los sistemas de utilización más generalizada en el encuadre jurídico petrolero.

Para abordar el punto, dejaremos de considerar —al menos conceptualmente— los temas que en lo estrictamente jurídico han perturbado con contenido político los esquemas legales. Así, por ejemplo, la deseada defensa del patrimonio de recursos naturales suele llevar consigo una actitud monopólica en la explotación, que se ha sorteado con comodidad mediante fórmulas como la establecida en la reforma de la Constitución Mexicana de 1917, reforma que autorizó la participación de compañías particulares, a través de contratos de obras y servicios.

Vista en esta perspectiva la cuestión y descartando los casos de estados nacionales que explotan en forma monopólica y por una administración propia los yacimientos (caso de la URSS y

³ Carrió, Genaro: *Locación de Servicio para la Explotación del Petróleo en el Derecho mexicano*, Diario La Prensa, Buenos Aires, 7-9-1958.

otros de su área de influencia), la preocupación legislativa se limita a regular —pese a su aparente heterogeneidad— contratos típicos petroleros, respecto de los cuales pueden distinguirse variaciones en lo atinente a normas económicas, pero de una identidad conceptual y en oportunidad gramatical, absolutas.

Se trate de jeques árabes, estados constitucionales, sultanatos, reinos, repúblicas representativas o populares, cuando la explotación petrolera presume la participación de empresarios privados la legislación en forma inevitable tenderá a tres tipos de modelos operacionales, sean cuales fueran los moldes jurídicos a implementar (contratos, concesiones, arrendamientos, etc.). Dichos moldes tenderán a normar, ya sea: 1) las formas legales que permitan los trabajos de exploración y desarrollo o, 2) el supuesto denominado desarrollo de yacimientos o, 3) las formas jurídicas que faciliten la prestación de trabajos puntuales, sean de perforación, cementación, perfilaje y demás modalidades semejantes.

Corresponderán a la categoría jurídica que señalamos en primer lugar, las modalidades que correspondan a las típicas "concesiones", tanto de adjudicación directa por un soberano, sin otra sujeción que su voluntad particular y contrato suscripto, como las que se sometan a esquemas legales específicos, diseñados en forma general para aplicar en un estado de derecho.

En el caso señalado como 2) se trataría de campos petrolíferos que ya se encuentran en exploración y aun, iniciada la explotación. Tal supuesto atiende también a formas de compromiso (contrato o concesión), que permiten ejecutar una inversión inicial menos costosa, dado que se presume que las etapas iniciales de investigación y determinación de capacidad productiva de los yacimientos ya ha sido cumplida, por algún operador anterior, ente fiscal o servicio geológico.

Por último, el tercer supuesto se vincula a contratos que podemos denominar específicos, cuyo principal modelo está dado por la intervención de un operador que trabaja sobre instrucciones del poder político o del ente administrador, recibiendo su retribución según el tiempo y la maquinaria empleada, pero resul-

tando desvinculado su accionar del éxito o fracaso de la producción.

Establecidas estas premisas, es fácil colegir que más allá de la lógica aceptación de legislaciones "modelos" por parte de los estados de menor desarrollo petrolero, puede señalarse con facilidad la identidad de premisas legislativas entre ellos, atento regular una idéntica modalidad operativa.

La Argentina —casi por una cuestión de modalidad— ha logrado emplear a través de su historia, la mayoría —sino todos— los criterios operacionales que hemos dejado expuestos.

La contradicción de la práctica con la teoría legal ha sido frecuente. Así la ley 12.161, que permitía el uso de concesiones no dio paso amplio a tal régimen, sino que mediante el exagerado procedimiento de "reserva de áreas en favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF)" se malogró la intervención particular que la ley autorizaba, hasta restringirla, a precedentes anteriores a 1940 muy escasos.

Cuando en 1958 se nacionalizaron los yacimientos, el procedimiento de contratación de obras y servicios permitió la participación privada, justo cuando la totalidad del "negocio" petrolero le fue encomendado a YPF.

En la actualidad, la ley vigente 17.319 repite el esquema de la Ley de Nacionalización, pero admite la participación privada mediante concesiones, figura que sin embargo el Gobierno surgido de los comicios de 1983 no desea implementar.

Las regalías sobre hidrocarburos

Dando como premisa válida de nuestro estudio que los "modelos operacionales" se centran en tres tipos de contrataciones más allá de aspectos accidentales, nos parece conveniente atender a las características y modalidades de las relaciones jurídicas existentes en torno al poder concedente o contratante y los particulares, aspecto de menos frecuentación.

En dicho sentido, nuestra óptica nos indica conveniente atender a las particulares modalidades que provoca en el negocio petrolero el pago de regalías.

Como se sabe, sea mediante normas públicas o administrativas o específicamente mineras, como consecuencia de una antigua tradición, el explotador petrolero abona "regalías", fuera de otras normas comerciales o impositivas que existieran en el negocio. Es posiblemente lo más característico y lo menos tratado por los juristas.

Por ello completaremos este encuadre jurídico con las modalidades que sobre regalías adoptan los países de América Latina y el Caribe.

Argentina

Conforme con la legislación vigente (ley 17.319), el Estado Nacional reconoce en favor de las Provincias dentro de cuyos límites se explotaren yacimientos, una participación en el producido, pagadera en efectivo. En el caso del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, deberá destinarse un porcentaje de la regalía para el desarrollo del mismo.

Para el caso de explotación por concesionario, el pago podrá efectuarse por éste al Estado Nacional, en efectivo o especie, en la forma que indica la ley (artículos 59, 60 y 61). La ley 21.778 fija la responsabilidad de pago en YPF, quien lo recibe del contratista privado.

El valor de la regalía, sea de petróleo o gas, se fijó en el 12 ‰ del valor del petróleo crudo en boca de pozo. Del porcentaje puede deducirse lo usado en la explotación ⁴.

Barbados

En la ley de operaciones para la obtención de petróleo de Barbados, de 2 de julio de 1951, se establece que todo titular de una licencia o concesión debe abonar una regalía que se establece conforme una tarifa del contrato a aplicar a todo el petróleo o gas extraído. A su turno, la Corona abonará al propietario del

⁴ Pigretti, Eduardo A.: *Código de minería comentado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

fundo en donde el pozo se encuentra, una cuota proporcional al 25 % de la regalía percibida, proporción que deberá atender a la superficie que cada propietario posea en los fundos bajo los cuales se encuentra el yacimiento en producción. En 1868 el petróleo pasó a posesión de la Corona ⁵.

Bélice

La antigua ley de producción de petróleo de Bélice, del 23 de octubre de 1937, prevé la posibilidad de establecer regalía u otra modalidad de compensación, a abonar por los licenciarios o concesionarios, solicitantes de derechos de explotación de yacimientos, como contrapartida de sus derechos.

El monto a abonar es fijado por el Gobernador, atendiendo a criterios que estime adecuados. Los propietarios superficiales tienen, a su vez, derecho a percibir un cinco por ciento de lo que abone el concesionario ⁶.

Bolivia

La Ley General de Hidrocarburos, aprobada por Ley Decreto N° 10.170, de 28 de marzo de 1972, dispone como norma general que las operaciones que efectúe YPF Boliviano en materia petrolera deberán abonar una regalía del 11 % en boca de pozo, pagadero en favor del Departamento en que la perforación se efectúe, sin perjuicio de un impuesto nacional en favor del Estado Nacional del 19 % de la producción bruta en boca del pozo. La obligación que dejamos señalada se transfiere a los particulares, a los que YPFB le retiene de la retribución contractual, todo ello sin perjuicio de los demás impuestos establecidos (véase contrato de operación suscrito entre YPFB y Bolivia Andina Petroleum Corporation, de 29 de junio de 1982, artículo 14.1).

⁵ Organización de Estados Americanos, Secretaría General, Mining and Petroleum Legislation, Latin America and the Caribbean, Oceana Publications, New York, USA (publicación periódica: 1-1979 a 2-1981).

⁶ Organización Latinoamericana de Energía, Leyes de Hidrocarburos en América Latina, Quito, Ecuador, agosto, de 1984, pág. 72.

Brasil

Capitalización de yacimientos.

La cuestión está regida por la ley 2004, Ley de Petróleo Brasileño de 3 de octubre de 1953, la que prevé la capitalización de las reservas petroleras o gasíferas existentes por parte de la empresa petrolera PETROBRAS. La suscripción de tales acciones correrá de cuenta del Estado Nacional (la unión) quien transferirá sin costo alguno a los Estados o municipios en que existan yacimientos de petróleo, el 8 % de las acciones, y en el caso de yacimientos gasíferos, el 2 % de las acciones⁷.

En ningún caso el Estado (la unión) podrá detentar menos del 51 % del capital votante. El capital se incrementará en forma periódica con parte de la renta del impuesto único de los combustibles líquidos previsto en el artículo 3º de la ley 1749 del 28 de noviembre de 1952, impuesto que se prevé en el 40 % a favor del Estado, distrito federal y a los municipios el 12 %.

En lo que se refiere a refinación, se autoriza a Estados y Distritos Federales a participar de la misma, mediante la integración de hasta el 20 % del capital de las empresas subsidiarias de Petrobrás que se destine a ese objeto, sean estatales o de economía mixta.

Indemnizaciones.

Fuera de lo señalado, PETROBRAS y/o los explotadores deben abonar un 4 % de lo extraído a los Estados en donde se extraiga y un 1 % a los municipios en que se produzca, sea gas o petróleo.

La explotación de petróleo off-shore autoriza a percibir una imposición del 5 % en favor del Consejo Nacional de Petróleo, que lo destinará a stocks de reserva para producción de energía eléctrica.

⁷ Organización Latinoamericana de Energía, Estatutos de las Empresas Petroleras de América Latina, Quito, Ecuador, agosto de 1984, pág. 40.

Fuera de la porción de renta del impuesto único a los combustibles y lubricantes, que se dedica a integrar capital de PETROBRAS o empresas subsidiarias públicas o privadas, se destinan también a fondos a la industria del petróleo y el Fondo Vial Federal. Los municipios se aseguran así una distribución adicional del 12% del Fondo Vial.

Colombia

Este país abolió por decreto legislativo nº 2310 las concesiones petroleras, el 28 de octubre de 1974, oportunidad en la que resolvió establecer que la Empresa Colombiana de Petróleos, abone una regalía del 9,5% en favor de los Departamentos, intendencias y Comisarías y, 2,5% en favor de los municipios, todo lo cual totaliza una regalía del 12%.

Con anterioridad a esa disposición la ley 165 de creación de ECOPETROL del 27 de diciembre de 1948, había fijado una regalía del 10% como mínimo a abonar a Departamentos y municipios, por las concesiones preexistentes.

En la actualidad, habiendo adoptado Colombia un sistema de contrato tipo con contratistas, para operaciones conjuntas, se estableció en el mismo que el operador entregará a ECOPETROL una regalía del 20% de cada área, la que a su vez deberá distribuirse entre la Nación, las Provincias y los Municipios, conforme disposiciones de una ley especial. Una vez percibida la regalía, el hidrocarburo restante se distribuye al 50% entre el operador y ECOPETROL⁸.

Chile

La Ley de Hidrocarburos chilena es el decreto-ley nº 1089 de 9 de julio de 1975, que faculta por el artículo 1 a la Empresa Nacional de Petróleo a suscribir contratos de operación.

Por el carácter unitario de organización del país trasandino, no se prevén regalías en favor de las provincias.

⁸ Organización Latinoamericana de Energía, Modelos de contratos de servicio en América Latina, Quito, Ecuador, agosto de 1984, pág. 34.

Costa Rica

Estimamos aplicable el Código de Minería sancionado el 4 de octubre de 1882, aprobado con mucha oposición pública. Existe además un proyecto del Poder Ejecutivo de ley de hidrocarburos de 1983 que no prevé régimen especial de regalía. La regalía minera es del 2%, agregándose 1% cuando se trate de territorio indígena.

Ecuador

La Ley de Hidrocarburos n° 2967 de 6 de noviembre de 1978, establece la posibilidad de contratos de asociación, con las más diversas posibilidades de compensación entre las partes, sean regalías, primas, derechos superficiarios, obras de compensación y obligaciones similares (véase el art. 15 de la Ley).

De todos esos mecanismos, la ley señala una regalía en favor del Estado del 12,5% sobre la producción bruta, porcentaje que se elevará al 1% si la producción mensual es entre 30.000 a 60.000 barriles o al 18% si es superior a la última cifra. El gas abona el 16%.

Las reformas introducidas el 28 de julio de 1982 por la ley n° 101, modifican la norma diciendo que los servicios de exploración y explotación realizados por contratistas de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) no están sujetos a regalías, dado que la CEPE es la responsable de abonar las regalías al Estado.

Los contratos de exploración prevén una regalía de 12,5% en favor de la Defensa Nacional.

A su vez, la Ley Tributaria para la Contratación de prestación de servicios en la explotación de hidrocarburos del 4 de agosto de 1982, que lleva el número 102, confiere del rendimiento total del impuesto a la renta, el 12% para financiar programas y obras de infraestructura y desarrollo rural.

El Salvador

La Ley de Hidrocarburos de 17 de marzo de 1981 es el decreto n° 626 que prevé que los contratistas de "Combustibles de

El Salvador (CEL) " pagan una regalía del 12% cuando la producción es de hasta 50.000 barriles/día, elevándose al 17% cuando supera 250.000.

Entre iguales valores se aplica el Impuesto Directo Específico que va de 45% a 50% de la totalidad del petróleo que el contratista se adjudica. Por su parte, el contratista del total extraído es retribuido entre el 81 y el 71%, reteniendo el CEL entre el 7 y el 12% del total, fuera de los porcentajes antedichos.

Granada

La ley n° 14 para yacimientos de petróleo y gas natural de 9 de agosto de 1974, establece que sin perjuicio de las concesiones adjudicadas por la Corona Inglesa, la propiedad de las yacimientos petroleros corresponde al Gobierno de Grenada a quien se deberá abonar los derechos, tasas y regalías de ley.

Al Ministro competente en la materia le corresponde definir el monto de las regalías, tasas y derechos a abonar por el licenciatario o concesionario, decisión que respeta las tradiciones del obrar anglosajón.

Guatemala

Este país dedica todos sus ingresos por regalías y participaciones petroleras a un Fondo para el desarrollo económico de la Nación, cuyo destino es el crecimiento del interior y el desarrollo de nuevas fuentes de energía, en particular las renovables.

La Ley de Hidrocarburos del 23 de setiembre de 1983, determina que los contratistas de operaciones petroleras, abonarán una regalía que se establece entre el 5 y el 20%, ajustándose en el 1% dicha cifra, por cada grado API mayor o menor a los 30° API.

El petróleo proveniente de yacimientos sin declaración de comercialidad, abona una regalía del 35%, hasta el momento de registrar su manifestación. Se prevé el ajuste de las regalías anteriores a la ley.

El Acuerdo Gubernativo n° 203/84 reproduce las disposiciones legales, en el Modelo de Contratación en la Producción,

para la conversión de Contratos de Operaciones Petroleras de Explotación del 23 de marzo de 1984.

Guyana

La ley de Producción de Petróleo de 18 de setiembre de 1939, autoriza a la Comisión de Geología y Minas a conceder licencias para obtener petróleo, a cambio de una compensación, que puede ser el pago de una regalía u otra forma, con destino al Fondo Consolidado del Gobierno, quien es el encargado de fijar los porcentajes.

Jamaica

La ley n° 12 de 15 de junio de 1979, regula el petróleo, facultando a una Corporación que crea, a explorar y explotar los recursos petroleros de posesión de la Corona.

Queda librado a dicha entidad estipular la participación, ayuda o cooperación de subcontratistas, con entera libertad.

El Ministro pertinente fijará sin embargo el valor del petróleo y gas, sobre cuya base se formularán los pagos.

La legislación aclara que en ningún caso una regalía podrá ser inferior al 12%.

México

Corresponde al Congreso, según la Constitución mexicana, la regulación del tema de los hidrocarburos, facultándosele a "fijar contribuciones especiales sobre gasolina y otros productos derivados del petróleo", tributo en el que participan las entidades federativas estatales, en proporción que fije la ley.

El artículo 27 de la Constitución tiene una ley reglamentaria sancionada el 27 de setiembre de 1958, según la cual, a la industria petrolera le corresponde la jurisdicción federal, siendo el gobierno federal encargado de fijar las tributaciones al respecto.

En el petróleo no se otorgan concesiones ni permisos, por lo que no existen regalías ni participaciones. Existen sí contratos de obras y servicios, que se retribuyen en moneda corriente.

Paraguay

El régimen legal para la prospección, exploración y explotación de petróleo y otros hidrocarburos, contenido en la ley n° 675 de 14 de setiembre de 1960, encomienda al Estado, sus organismos o personas o entidades que obtengan concesión, la explotación del petróleo, debiendo los particulares —a partir de la ley— ofrecer participación al Estado.

Cuando se trata de concesión de explotación la regalía que se establece fluctúa entre el 10% cuando se extraen 5.000 barriles diarios a 15% cuando se exceden los 10.000. El gas paga el 12% y el asfalto y los semisólidos el 15%.

Perú

El Perú suprimió el 18 de febrero de 1869, por decreto-ley n° 17.440 sobre petróleo e hidrocarburos, las concesiones petroleras, para el futuro. Como consecuencia de tal determinación, la empresa PETROPERU corre a cargo del pago de derechos, cánones y regalías, admitiéndose la participación privada, mediante el régimen de contratos, los que deben ajustarse al decreto n° 22.774 del 6 de diciembre de 1979, llamado de Bases Generales para Contratos Petroleros en operaciones de explotación de Hidrocarburos.

República Dominicana

Por su ley de hidrocarburos n° 4532 del 31 de agosto de 1956, el Estado es titular de los yacimientos, pudiendo los particulares participar solamente mediante contratos que gestionará el Poder Ejecutivo, a quien compete fijar las formas y condiciones. Por lo expresado, es facultad del Ejecutivo fijar las exenciones impositivas, no existiendo regalías que abonar.

San Vicente

La ley n° 15 de Producción Petrolera de 12 de setiembre de 1958, encomienda al Gobernador del Consejo, conforme la tradición inglesa, la facultad de otorgar las licencias o concesio-

nes, las que en todos los casos deben otorgarse a cambio de una regalía o compensación, cuyos términos y condiciones fija el propio Gobernador.

Trinidad y Tobago

El régimen legal de Desarrollo y Producción de Petróleo, sancionado el 30 de diciembre de 1969 exige la obtención de licencia para explorar y explotar o la firma por el Ministro respectivo de un contrato de producción compartida, que deberá prever regalías por los volúmenes extraídos, un impuesto por los gastos de la administración pública y un arriendo en favor del superficiario, correspondiendo al Presidente fijar los montos de los tres gravámenes.

Uruguay

Las normas para la exploración y explotación de hidrocarburos uruguayas, sancionadas por ley n° 14.181 de 29 de marzo de 1969, facultan a la Administración Nacional del Cemento, Alcohol y Petróleo (ANCAP) a tomar a su cargo, con intervención de terceros, la explotación de petróleo, por cualquiera de las formas posibles.

Los contratistas abonarán como único impuesto anual el 15% que podrá abonarse en especie, supuesto en que abonará el 7,5%

La liquidación y forma de pago será determinada por el Poder Ejecutivo.

Venezuela

La legislación venezolana, contenida en la Ley de Hidrocarburos de 7 de agosto de 1977, prevé un régimen de explotación de petróleo que admite la participación de concesionarios, a quienes se impone el 16,2/3% de regalía sobre el petróleo crudo extraído, monto que el Poder Ejecutivo queda facultado a bajar, si se torna antieconómica la explotación, determinación que puede variar, si existen nuevas razones para ello.

Si adoptado un precio para la liquidación del tributo, se ad-

vierte una modificación en más, se incrementará la diferencia con un tributo de un 16,2/3% más, para compensar el quebranto.

La legislación prevé el pago sin exenciones del resto de los tributos existentes.

Encuadre jurídico de la explotación

A manera de resumen de nuestro encuadre jurídico, puede concluirse que son tres las cuestiones centrales a que la legislación mundial y latinoamericana en particular debe atender cuando de explotación de petróleo se trata. La primera de ellas se refiere al tema de la soberanía sobre los recursos o más comúnmente llamada propiedad de los yacimientos. Ese tema de tanta trascendencia política, ha sido relativizado por el segundo asunto, cual es el régimen de explotación petrolera por particulares, que hemos explicado, ha diluido en la faz práctica los postulados políticos del primer asunto, mediante el uso de fórmulas que pueden reconocerse vigentes en la mayoría de las legislaciones en uso, de lo que resulta una identidad llamativa. La tercer cuestión es la participación mediante regalías en la explotación petrolera, tema que también acreditamos, presenta un paralelismo significativo en la legislación comparada general.

Como conclusión puede afirmarse que más allá de las diversidades formales, el encuadre jurídico universal en países que aceptan la participación privada, admite una identidad jurídica sustancial, entre los diversos esquemas de derecho de las naciones.

SOMMAIRE

AJUSTEMENT JURIDIQUE DU PROBLEMATIQUE RESULTANT DE L'EXPLOITATION DU PETROLE

Aux pays où l'exploration de réservoirs par des entreprises particulières est permise, l'exploitation pétrolière en tant que question juridique porte sur trois sujets dont l'identité juridique conceptuelle est indiscutable.

Les dits sujets sont: la propriété des réservoirs, le régime d'exploitation, les "royalties" à payer par le concessionnaire.

La diversité des optiques que présentent les différents droits nationaux ne fait pas obstacle à l'identité conceptuelle déjà remarquée.

SUMMARY

LEGAL SCOPE OF OIL EXPLOTATION CONSEQUENCES

The world's oil exploitation, in those countries that allowed private participation of oil fields, oblige to pay attention to three principal matters, that shows a conceptual legal identity, impossible to discuss.

The matters are: the property of oil fields, the regimen of exploitation and the royalty that the owner of leasing must pay to the government. Differences between national laws are not great. They are similar.

SOMMARIO

SCOPO GIURIDICO DELLA PROBLEMATIC DERIVATA DALLA ESTRAZIONE DI PETROLIO

Tre temi principali richiamano l'attenzione nei paesi che autorizzano l'estrazione di petrolio da privati: la proprietà dei giacimenti petroliferi, il regime di sfruttamento ed il royalty allo stato, temi tutti essi vastissimi.

La diversità di ottiche che presentano i diversi diritti nazionali non ostano alla loro identità concettuale.

LA POLITICA Y LA LEGISLACION AMBIENTAL: UNA RESPUESTA AL DESAFIO DEL SIGLO

PEDRO TARAK *

I. INTRODUCCION

a. *Nacimiento de una crisis*

Pronosticar situaciones futuras, y en particular las de crisis, ha sido casi una constante en la historia de la humanidad. Así, tanto Julio Verne como George Orwell, en uno u otro sentido predijeron el futuro, algunas veces con y otras sin acierto. Del mismo modo algunos pensadores, ya no sólo basándose en la imaginación pura sino en los conceptos de las ciencias naturales y físicas, pronosticaron desde fines del siglo pasado situaciones críticas ambientales que de no revertirse generarían procesos irreversibles de destrucción de los sistemas de vida. Por ejemplo, ya en 1864 el estadounidense George Perkins Marsh, padre del conservacionismo clásico de su país, en su libro "El Hombre y la Naturaleza"¹, argumentaba que "...trastornar el equilibrio natural sin calcular sus consecuencias es una invitación al desastre". Recomendaba así reconocer la existencia de sistemas naturales con procesos y reglas propias, los cuales al no ser tenidos en cuenta podrían provocar desastres al hombre. Esta opinión es hoy una de las nociones más básicas de la ciencia ecoló-

* Abogado, Ll. M., (Universidad de Indiana); Jefe de Redacción de la Revista Ambiente y Recursos Naturales; Secretario Gerente de la Fundación ARN.

¹ Marsh, George Perkins: *Man and Nature*, Ed. David Lowental, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1965; XXIX, 472 (Reedición de 1864).

gica, ciencia que nace a partir de la biología, para entender las múltiples interacciones existentes entre los diversos elementos de la naturaleza, tanto bióticos (vivos) como abióticos (inertes). Muchos años más tarde —en 1977— otro pensador, Paul Ehrlich, explicaba que "...a los fines de comprender el papel de la humanidad en los ecosistemas", era necesario el estudio de los elementos tanto bióticos como abióticos, ubicados en sistemas naturales e interrelacionando sus propiedades².

Actualmente, unos y otros autores expresan su preocupación por la situación ambiental que, desde las distintas ópticas científicas, se percibe como crisis, ya no sólo para el hombre sino para todas las demás formas de vida. La extinción de especies, la desaparición de masas críticas de bosques naturales, la erosión de los suelos, la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, la contaminación del aire y del suelo, la modificación del clima, la reducción de la capa de ozono, la liberación al medio natural de residuos peligrosos persistentes, bioacumulables y no degradables, etc., son todos flagelos que no responden a procesos naturales de evolución sino que son esencialmente inducidos o generados por el hombre, los que a esta altura de los acontecimientos no sólo perjudican a la naturaleza en sí misma sino al hombre y a sus futuras generaciones. Evidencia de esto último es la reducción de áreas cultivables de alimentos, pesca limitada debido al agotamiento de stocks disponibles de recursos vivos marinos; problemas gravísimos de salud pública, especialmente de los sectores más marginados, debido a su contacto permanente con cursos hídricos o aire altamente contaminado.

Esta situación, como resultado de largos procesos históricos de interrelación entre los sistemas humano y natural, es quizá el motivo por el cual la problemática deja de ser un objeto exclusivo de estudio científico para pasar a ser preocupación del hombre común y de los decisores políticos. Así, y a partir de la

² Ehrlich, Paul R.; Ehrlich H., Anne; Holdren, John P.: *Ecoscience: Population, Resources, Environment*; W. H. Freeman and Co., San Francisco, 1977.

década de los sesenta, van naciendo los movimientos ciudadanos ambientalistas en el mundo desarrollado, cuestionando los modelos de desarrollo económicos y tecnológicos existentes y actuando como guardianes de la naturaleza y la calidad ambiental propicia para la vida humana. Expresión catalizadora de la época fue el conocido libro de Rachel Carson "La Primavera Silenciosa"³.

Como respuesta a la creciente movilización pública proyectada especialmente en el mundo occidental y desarrollada la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2398/68, determinó la convocatoria de la Conferencia Mundial del Medio Ambiente Humano, luego realizada en Estocolmo, en junio de 1972. Recién a fines de la década de los setenta y a inicio de los ochenta es que la problemática cobra dimensión pública en algunos países en vías de desarrollo. Por ejemplo, en la Argentina recién a comienzos de la democracia, reinstaurada en diciembre de 1983, es que el movimiento ambientalista ciudadano se manifiesta públicamente con cierta notoriedad. Así, desde esa fecha hasta la actualidad se han creado unas 170 entidades intermedias aproximadamente, agrupando a ciudadanos de las más diversas ideologías en torno de la problemática ambiental⁴.

b. *Niveles críticos de conciencia pública*

Tanto en el Primer como en el Tercer Mundo, para que el ambiente sea objeto de preocupación política es necesario que sea sustentado por un *nivel crítico de preocupación social o pública sobre éste*. Sin embargo, no existen instrumentos de medición que permitan evaluar ese nivel crítico. A esos efectos puede ser de utilidad que se considere —entre otros fenómenos— la intensidad de aparición de artículos periodísticos, programas te-

³ Carson, Rachel L.: *Silent Spring*, Houghton Mifflin, Boston, Massachusetts, 1962.

⁴ Ver Tarak, Pedro: *Las ONG ambientalistas se organizan para participar en la democracia argentina*, ARN (Ambiente y Recursos Naturales), Vol. I, n 4, La Ley, 1984.

levisivos, proyectos legislativos presentados, reuniones científicas, creación de entidades intermedias ambientalistas y sus actividades, y acciones judiciales en defensa de algún valor ambiental.

Recién luego de alcanzado cierto nivel crítico de preocupación pública es que comienzan a formularse *políticas ambientales, leyes* que las expresen e *instituciones* que las ejecuten. Empero, surgen ciertas dificultades conceptuales que atrasan la formulación de decisiones políticas ambientales, en particular porque el ambientalismo nace de vertientes diversas, cada una de visiones diferentes y quizá parcializadas de la problemática. Así pueden mencionarse a las correspondientes a la conservación de cada uno de los recursos naturales (aire, agua, fauna, bosques, etc.); a la protección de la salud pública (saneamiento), al correcto uso del espacio físico (ordenamiento territorial); y más recientemente, a la protección de procesos ecológicos esenciales, la diversidad genética y el desarrollo sostenido, (base conceptual de la Estrategia Mundial de Conservación, documento de gran impacto político en muchas regiones del Mundo⁵, y producto, quizá, de las nociones científicas de la ecología).

Sin embargo, poco a poco, estas visiones van teniendo en cuenta ciertas realidades objetivas —fenómeno que ayuda a unificar enfoques sectoriales—. Así surge con bastante fuerza la noción de finitud de la tierra, la vulnerabilidad de los ecosistemas naturales y la necesidad última de equilibrio y de autorregeneración de los componentes naturales. Como excepción a esto, y a pesar de las recomendaciones del mundo científico, un aspecto que no configura objeto de preocupación social de los

⁵ *Estrategia Mundial de Conservación - Conservación de Recursos Vivos para un Desarrollo Sostenido*, preparado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) con la colaboración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), al Fondo Mundial de la Naturaleza (WWF), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 1980.

movimientos ciudadanos ambientales masivos, al menos conscientemente y hasta el presente, es el que se refiere a los temas de población, temas que, por supuesto, son profundamente analizados por científicos de todo el mundo.

Como se dijo previamente, en la medida en que el ambiente o los problemas que le afecten se conviertan en temas públicos de cierta dimensión, surge la necesidad de responder a ellos política, legislativa e institucionalmente. Nace así la necesidad de estudiar científicamente el proceso de formulación de políticas ambientales, cómo plasmarlas en proyectos legislativos y cómo reajustar el sistema institucional administrativo para ejecutarlas con efectividad y eficacia. Es en este sentido que se desarrollará el presente artículo.

II. EL AMBIENTE COMO OBJETO DE LA POLITICA Y DE LA LEGISLACION "LO AMBIENTAL"

a. *¿Qué es el ambiente?*

Para que el ambiente actúe como objeto de preocupación política, que a su vez pueda ser plasmada en normas y más aún pueda ser "manejada" o administrada mediante mecanismos institucionales, es necesario acotar "lo ambiental" en algún marco de referencia. Esta necesidad de definir lo ambiental tiene fundamentos prácticos, especialmente para los administradores, quienes de alguna manera son los que ejecutan las decisiones políticas. Por ello no sirven las definiciones abiertas en donde el ambiente es *todo lo que rodea al hombre*, (incluyendo a los demás seres humanos). Si así se aceptara, la legislación sería exclusivamente ambiental, al igual que la administración. Por ello es que diversos autores de nuestro medio y del extranjero han tratado de dar una respuesta a esta problema acotándolo. Mientras, otros autores definen lo ambiental sin pretender necesariamente darle consecuencias políticas o jurídicas, quizá sólo filosóficas. Entre los primeros, Joaquín López, de la Universidad de Mendoza, afirma que hay que acotar lo ambiental, a los

efectos de su regulación jurídica, a los recursos naturales, a las catástrofes de la naturaleza y al deterioro de ésta causado por el hombre ⁶.

Guillermo Cano incluye, en cambio, en su definición de ambiente humano:

1) el *ambiente natural*, constituido por los recursos naturales (atmósfera, tierras, suelo, pendientes, aguas, etc.) y los fenómenos naturales nocivos (movimientos sísmicos, erupciones volcánicas, ciclones, epidemias, epizootias, etc.); 2) el *ambiente cultivado* (donde "...el hombre induce e influye en la producción de recursos naturales: productos de la agricultura, silvicultura, ganadería, acuicultura, energía secundaria); y, finalmente, 3) el *ambiente creado*: "...edificios, construcciones (diques, caminos, etc.), productos manufacturados (alimentos, remedios, fertilizantes, pesticidas) y los elementos fabricados que forman el ambiente sensorial: ruido, olores, sabores y paisajes creados ⁷. Juristas en ambos casos, hay que recordar que son especialistas en el derecho de los recursos naturales. Esto explica la inclusión de los recursos de la naturaleza en el concepto de lo ambiental y casi como punto de partida de éste. Otro jurista, Ramón Martín Mateo, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Alicante, define al ambiente como sector, incluyendo únicamente bienes de titularidad común, en particular el aire y el agua ⁸. Con respecto a la fauna y la flora los ubica en el concepto de "*naturaleza*". Este autor realiza dicha discriminación en función de la aplicación de instituciones comunes propias de unos y otros elementos naturales.

En otras latitudes, la necesidad de conceptualizar el ambiente no ha sido objeto de grandes discusiones. Así la escuela estadounidense de derecho ambiental ha enumerado una serie

⁶ López, Joaquín: *Apuntes para el curso de Derecho de Aguas y Ambiente*, Bolilla 2, Universidad de Mendoza.

⁷ Cano, Guillermo J.: *Derecho, Política y Administración Ambientales* Depalma, Buenos Aires, 1978.

⁸ Martín Mateo, Ramón: *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

de problemas y ha respondido a ellos sectorialmente. Por ejemplo, el curso que sobre política y derecho ambiental ofrece periódicamente la Universidad de Harvard, conducido por el profesor Richard B. Stewart e incluido en su libro: "Environmental and Policy"⁹, analiza los siguientes aspectos:

Capítulo I. El problema del deterioro ambiental: Naturaleza y efectos.

Capítulo II. El problema del deterioro ambiental: causas (tecnología, población, crecimiento, incentivos económicos, ajustes institucionales, política, moral, religión y valores culturales).

Capítulo III. Un marco analítico para el derecho y la política ambiental (la perspectiva del economista; el marco analítico aplicado a las reglas de responsabilidad; las limitaciones típicas del análisis económico frente a metas sociales más amplias que las referidas a la asignación eficiente de los recursos).

Capítulo IV. El problema de la contaminación y los tribunales: El proceso judicial en las acciones privadas (la doctrina tradicional y su aplicación al problema; la magnitud de los daños y las medidas de no-innovar; la teoría de la culpa y responsabilidad objetiva; el "equilibrio de las equidades"; determinación judicial de costos de prevención y recuperación ambiental, restricciones del sistema judicial para la resolución de problemas ambientales; acciones objetivas y de clase).

Capítulo V. Legislación de control de contaminación y su administración: un enfoque reglamentario. Controles federales para la contaminación del aire. La Ley Federal de Aire Limpio de 1970 y sus enmiendas. Control de fuentes fijas y móviles (vehículos nuevos y usados); ejecución. La Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua de 1972 y sus enmiendas. Estándares ambientales y valores límites, tecnología forzada; ejecución.

⁹ Stewart, Richard B.; Krier, James, E.: *Environmental Law and Policy Readings, Materials and Notes*, Contemporary Legal Education Series; The Bubbs-Merill Co. Inc. Publishers, New York, 1978.

Capítulo VI. Subsidios, cargas y otras alternativas a la reglamentación administrativa (tasas para contaminar, permisos transferibles, sistemas mixtos y compensados).

Capítulo VII. Aspectos de derecho ambiental del derecho administrativo (Acceso a instancias judiciales posteriores y problemas de legitimación procesal; el ministerio público y el ambiente; formalismos administrativos).

Capítulo VIII. La Ley Nacional de Política Ambiental de 1969 (Su uso por los tribunales; exigencias de la declaración de impacto ambiental; quién las prepara, revisión judicial de las mismas).

Capítulo IX. El financiamiento de las acciones judiciales en defensa del ambiente.

Algo parecido ocurre con los franceses, quienes en su Código Permanente del Ambiente y de las Molestias¹⁰, compilación de legislación y jurisprudencia, clasifican a éstas según una enumeración arbitraria de elementos de la naturaleza (aire, agua, vida silvestre y áreas protegidas), problemas que le afectan (residuos, ruido, productos antiparasitarios y químicos) y actividades fuentes de deterioro ambiental (instalaciones clasificadas).

b. *Tierra y Mundo: dos realidades del Hombre*

Obviamente, la noción de ambiente genera un debate que el hombre está lejos de concluir, por lo menos en lo que se refiere a su incidencia en la política, en la legislación y en la administración. Sin embargo, mucho sirve para esclarecer este concepto la distinción que entre Tierra y Mundo desarrolla el profesor Lynton K. Caldwell en su libro "International Environmental Policy"¹¹.

¹⁰ Code Permanent: *Environnement et Nuisances*, Editions Législatives et Administratives, París, 1984.

¹¹ Caldwell, Lynton Keith: *International Environmental Policy - Emergence and Dimensions*, Duke Press Policy Studies, Duke University Press, Durham, North Carolina, 1984.

Dice así: "La Humanidad vive en dos realidades. La realidad absoluta es la de la *Tierra* —o planeta— la cual es independiente del Hombre y de sus tareas; la otra realidad, la trascendental, es la del *Mundo*, una creación de la mente humana. La Tierra y su biósfera conforman una gran síntesis de sistemas interactuantes complejos, a su vez ubicados en otros sistemas, orgánicos e inorgánicos, animados e inanimados. El Mundo, en cambio, es la manera en que la Humanidad ha comprendido y organizado su propia ocupación de la Tierra: una expresión de la imaginación y fines materializados mediante la exploración, la invención, el trabajo y la violencia. Océanos, islas, especies y ecosistemas forman todos éstos parte integral de la Tierra, pero el Mundo no es íntegro, sus culturas y valores son (intrínsecamente) diversos. Físicamente, el Hombre pertenece a la Tierra; sin embargo, intelectualmente trasciende a ella; una libertad peligrosa cuando se encuentra disociada de las necesidades de vida de la misma Tierra".

Esta distinción entre Tierra y Mundo reconoce la existencia de necesidades y reglas propias de ambas realidades. Empero, como decía Caldwell, las reglas y necesidades de la primera son absolutas para todo ser humano y sociedad, mientras que las correspondientes a la segunda lo son exclusivamente de cada sociedad (Por ello es que existen tantos cuerpos jurídicos como culturas). Sin embargo, hasta hace muy poco, y en especial en el mundo occidental, los cuerpos jurídicos normativos no incluían en sus consideraciones la existencia de la realidad *Tierra*, en particular porque la misma no se veía afectada por el hombre, más allá de su capacidad de regeneración y autoequilibrio natural. Fue sólo cuando la presión del Mundo sobre la Tierra inició procesos de debilitamiento de los sistemas naturales, mediante la depredación de recursos naturales y contaminación ambiental con tendencias de destrucción irreversibles, reduciendo la capacidad productiva de la biósfera y afectando la satisfacción de necesidades del Hombre, que las políticas y leyes de diversos países comenzaron a responder a las necesidades y reglas propias de la Tierra.

c. *La Tierra como objeto del ambiente*

Si partimos de esta visión, mucho puede ser comprendido cuando se habla de política, legislación o administración del ambiente. Así, puede ser afirmado que es necesario darle un reconocimiento político a la realidad de la Tierra para garantizar que sus reglas y necesidades sean satisfechas a la par de las correspondientes al Mundo. En este sentido la Estrategia Mundial de Conservación¹² establece dos prerequisites para garantizar un desarrollo sostenido del Hombre en cualquier punto de la Tierra: la preservación de los procesos ecológicos esenciales y la preservación de la diversidad genética¹³. En otras palabras, el documento determina el marco vital necesario para que, por un lado sean respetadas las necesidades de vida de la Tierra, y por el otro, se garantice la satisfacción de necesidades humanas (las del Mundo), no sólo de las actuales generaciones sino de las futuras. Así se podría agregar que los derechos "ambientales" de las futuras generaciones deben ser jurídicamente resguardados por las actuales. Encontrar las técnicas políticas y jurídicas que los amparan es un desafío a los juristas del presente.

Surge con evidencia la necesidad de determinar el marco de *preservación mínima* de la Tierra, dentro del cual se seguirán satisfaciendo las necesidades humanas. *Esta determinación es*

¹² Ver, *infra*, nº 5.

¹³ Según la versión castellana del documento, describe a ambos conceptos de la siguiente manera:

"a. mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas vitales (ej.: la regeneración y protección de los suelos, el reciclado de nutrientes y la purificación de aguas), de los cuales dependen la supervivencia y el desarrollo humanos; b. preservar la diversidad genética (toda la gama del material genético que se encuentra en los organismos vivos del mundo entero) de la que depende el funcionamiento de muchos de los procesos y sistemas arriba mencionados, los programas de cría necesarios para la protección y la mejora de las plantas cultivadas, de los animales domésticos y de los micro-organismos, así como buena parte del progreso científico y médico, de la innovación técnica y de la seguridad de las numerosas industrias que utilizan los recursos vivos". Resumen del documento publicado en Ambiente y Recursos Naturales, Vol. II, nº 2, 1985, Fundación ARN y Ed. La Ley.

el objeto de la política ambiental, su expresión normativa, la que configura la legislación; y la respuesta institucional para su ejecución, la que corresponde a la administración. Establecido ese marco puede observarse cómo se desarrollan las otras políticas sectoriales correspondientes a la satisfacción de las necesidades humanas. Por ejemplo, si se decide que los ríos van a ser "pescables" (esto implica que sean capaces de autosostener sus sistemas de vida) la legislación correspondiente a cada actividad humana que afecte a los ríos debe ser reajustada automáticamente. De tal suerte se verían afectadas las políticas industriales, ya que estimularían el tratamiento previo de efluentes; lo propio ocurriría con las políticas de salud pública que inducirían a las poblaciones aledañas de los ríos "no pescables" a evitar el contacto; a la política agropecuaria a evitar el uso de determinados agroquímicos altamente tóxicos, persistentes, bioacumulables y no degradables; a la política de transportes fluviales a evitar el lavado de las centinas de los buques fuera de piletones especiales, a la política demográfica a distribuir la presión poblacional según la capacidad de sostén del ambiente y de los ríos, en particular, como receptores de sus desechos domiciliarios, etc.

Sin embargo, no siempre la decisión política va a asemejarse al ejemplo expuesto (ríos pescables), especialmente por tener en cuenta factores económicos. (Más aún, muchas veces la Tierra no exige que todos sus cursos de agua sean "pescables" para preservar ese marco de referencia al que se aludía en el párrafo anterior. De hecho, la Naturaleza tiene una capacidad intrínseca para absorber la presión que sobre ella genera el hombre. Así surge el concepto de "*capacidad soporte*" de la Naturaleza, capacidad que, en definitiva, es la que permite al hombre su uso permanente. Este concepto es esencial para la política ambiental, ya que por sobre todas las cosas su función es la de garantizar esa capacidad. No es, en cambio, convertir a la Tierra en el Jardín de Adán. De tal manera, y siguiendo el ejemplo anterior, la Tierra puede aceptar que algunos de sus cursos hídricos dejen de ser ríos para servir de desagües "cloacales" a cielo abierto, como sería el caso de un río que deja de serlo para servir de desagüe.

Lo complejo radica en el proceso de determinación de la capacidad soporte de la naturaleza para una región en particular. Las limitaciones para lograrlo consisten, principalmente, en la incapacidad del hombre para entender a la Tierra en forma global y comprender al Mundo holísticamente. Sólo recientemente es que la ecología como ciencia vincula a los componentes naturales entre sí. La complejidad de los sistemas naturales es de tal magnitud que el hombre intenta desplazarla y reducirla a su propio entendimiento. Un ejemplo trágico es el fenómeno de la deforestación masiva, donde el Hombre desplaza sistemas complejísimos compuestos por miles de especies de flora y fauna e introduce agricultura, sistema de producción de alimentos (y abrigo) que sí comprende biológica y económicamente. Claro está que poco a poco, y debido a los efectos negativos de dichas prácticas (erosión de suelos, salinización, escorrentía en exceso, extinción de especies) los cuales, a su vez, afectan drásticamente la posibilidad de seguir satisfaciendo necesidades de la agricultura, se van buscando nuevas alternativas a dichas prácticas, en general tratando de determinar cuál es la alteración ambiental posible que sostenga en forma permanente la práctica agrícola u otra que satisfaga otro tipo de necesidad humana. Así, sobre la marcha, se va determinando ese nivel o alteración máxima o capacidad soporte de la naturaleza, empero, parcializándolo a cada uno de sus elementos. Surgen así ciertos criterios científico-técnicos que luego son incorporados a la legislación. Por ejemplo, y con referencia al ambiente marino, comienzan a fijarse estándares de pesca que garanticen la preservación de las poblaciones marinas contemplando no sólo su aspecto numérico sino su función dentro de la cadena trófica y del ecosistema. Así surge el concepto de Población Óptima Sostenible (POS) frente al concepto anterior de Rentabilidad Máxima Sostenible (RMS), que sólo consideraba la renovación de los stocks. Este es el criterio de la Ley de Protección de Mamíferos Marinos de los Estados Unidos, del año 1972¹⁴. Lo propio ocurre con los criterios adoptados por la Comisión Ballenera Internacional

¹⁴ USC, Sec. 1361 y sig., 1972.

en sus Nuevos Procedimientos de Manejo¹⁵ aplicados a los 'ce-
táceos.

Algo parecido se presenta con otros elementos de la naturaleza. Por ejemplo, se determinan los niveles máximos posibles de plomo en el aire, o de materia coliforme fecal en los cursos de agua. O se prohíbe toda liberación al ambiente de ciertas sustancias químicas o residuos altamente peligrosos. De alguna manera la determinación de estos toques o prohibiciones de contaminación es el modo en que, por un lado, se reconoce la necesidad de no traspasar la capacidad de soporte de la naturaleza y, por el otro, se utiliza esa capacidad para depurar cierto grado de efectos residuales de la actividad humana. Este tipo de criterio es el que se encuentra en casi todas las leyes referidas al control de contaminación.

d. *La capacidad de soporte como marco de referencia*

Se observa entonces que de alguna manera la interpretación científica que de la capacidad-soporte de la naturaleza realiza el hombre, es incorporado a la normativa como estandar legislativo inductivo de los comportamientos particulares y también de los estatales. Es, en definitiva, la manera en que el hombre va diseñando su propio marco dentro del cual va realineando sus actividades. Esta orientación es útil para distinguir la política y el derecho correspondiente a los recursos naturales de la ambiental. Mientras que la primera tiene por fin exclusivo maximizar el rendimiento de los recursos naturales con el objeto de satisfacer necesidades del Hombre, la segunda sólo fija el nivel de modificación permisible de la Naturaleza, procurando mantenerlo y garantizando preservar las reglas de la Tierra. Así, se podría distinguir entre la fauna como recurso natural y, por lo tanto, susceptible de caza (siendo el derecho de caza el que se preocupa de aspectos como el uso de armas y trampas, permi-

¹⁵ Ver Scarff, James E.: *The International Management of Whales, Dolphins and Porpoises: an Interdisciplinary Assessment*, en *Ecology Law Quarterly*, Vol. 6, nº 2, University of California, Berkeley, Estados Unidos, 1977.

...sos, etc.) y la fauna como elemento ambiental que cumple una función en el ecosistema natural donde el derecho ambiental procura lograr poblaciones óptimas por especie, protege hábitats de recreación o alimentación, previene contaminación que los afecte, evita obstáculos a la migración o al desplazamiento y previene o controla la introducción de especies exóticas¹⁶. De la misma manera, también puede distinguirse al agua como recurso natural útil para el consumo humano, la recreación, la navegación, la explotación agrícola, la hidroelectricidad, etc., para lo cual el derecho de agua regula su titularidad, su manejo productivo, modos de determinación de prioridades de uso, etc. (incluso el de receptor de contaminación); del agua como elemento ambiental que cumple un papel fundamental en los sistemas vitales de la naturaleza. En este caso la política y el derecho ambiental velan por preservar las características intrínsecas del agua como elemento ambiental para que pueda seguir respondiendo a las reglas propias de la naturaleza y satisfaciendo necesidades humanas. Surgen así los conceptos mencionados previamente de fijación de estándares de calidad y niveles máximos para efluentes industriales o domiciliarios (estándares de tratamiento y pretratamiento), prohibición de verter ciertos residuos peligrosos, aplicación de tecnologías apropiadas de tratamiento de efluentes (Mejor Tecnología Aplicable o Mejor Tecnología Disponible), etc.¹⁷.

a. *Visión sistémica del ambiente y de los recursos naturales*

Vale la pena una aclaración con respecto a la distinción hecha entre los recursos naturales y el ambiente, a propósito, cuando se habla del manejo integrado de los primeros. La necesidad de vincular a los recursos naturales entre sí responde a

¹⁶ Ver Martelli, Hugo César: *La fauna silvestre y el sistema federal en la República Argentina, Ambiente y Recursos Naturales* (ARN), Vol. I, nº 4, Fundación ARN y Ed. La Ley, 1984.

¹⁷ Ver en este sentido Tarak, Pedro: *Environmental Legislation and Pollution Control Regarding Water Resources*, en *Water Human Consumption*, International Water Resources Association (IWRA), Tycooly International ed., 1982.

un enfoque por un lado económico y por el otro sistémico. En la medida en que así se haga pueden maximizarse los rendimientos en el uso de cada recurso en el marco del conjunto de los mismos y en relación con las diversas actividades humanas sostenidas por ellos. De la misma manera se habla del manejo integrado del ambiente, ya no para su utilización por parte del hombre sino en función de la preservación de la Tierra. Así, la necesidad de integrar tanto los recursos naturales como el ambiente, responde a una visión sistémica en la cual se inmersa el Hombre para comprender globalmente las realidades que le toca vivir —Mundo y Tierra— ambas presentándose como sistemas, y no parcialidades, que deben ser observadas, comprendidas y manejadas sistémicamente. Este enfoque ha obtenido una creciente acogida por parte de científicos de las ciencias naturales y, recientemente, de las sociales. En el campo del derecho este criterio fue utilizado por el Dr. G. J. Cano¹⁸ para diseñar el Código de los Recursos Naturales y del Ambiente de Colombia, del año 1973. Sin embargo, la aplicación práctica de esta visión está aún muy lejos de completarse frente a las tendencias históricas de resolución "lineal" de problemas, sea de recursos naturales o elementos ambientales. Un caso conocido ha sido el manejo de pestes mediante el uso de pesticidas (resolución lineal) priorizando efectos inmediatos positivos observados en las cosechas afectadas, sin contemplar los efectos negativos en la salud pública, a mediano y largo plazo, ni analizar las consecuencias en el ambiente natural, en particular en otras especies de la flora y fauna, las cuales seguramente cumplen funciones ecológicas que si fuesen tenidas en cuenta podrían ayudar a la erradicación de las pestes (resolución sistémica). Las ventajas del enfoque sistémico en el análisis de las relaciones entre el Mundo y la Tierra y en los procesos de toma de decisiones que al respecto se hacen, consisten básicamente en focalizar la conceptualización de realidades percibidas intrínsecamente complejas, obligando a la búsqueda de todos los parámetros significativos de un problema (identificando fronteras en el tiempo, espacio y cir-

¹⁸ Ver *infra*, n.º 7.

cunstancia), ayudando a clarificar el marco de "lo óptimo" y calculando costos y beneficios¹⁹.

III. LA POLITICA AMBIENTAL

a. El objeto de la política ambiental

En todo proceso de formulación política es necesario tener en claro un fin deseado, fijándose plazos para obtenerlo. En lo que se refiere al ambiente decimos que el objeto de su política es la *determinación permanente del ambiente deseado y posible*. Esto implica que en una sociedad debe manifestarse cómo quiere que sea su ambiente o los componentes de éste. Por ejemplo, puede determinar que sus ríos navegables (o no) van a ser "pescales" o "bañables" en un determinado plazo²⁰.

También puede determinar que la contaminación de su territorio va a reducirse en un 80 % en un plazo establecido²¹; que las aguas marinas costeras permitan la vida y el crecimiento

¹⁹ Esta fue la tesitura del doctor Edgardo Díaz Araujo [Universidad de Mendoza] quien expuso al respecto en el Seminario Internacional de Derecho Ambiental, Fundación ARN y Universidad de Mendoza, Agosto 26-30, 1985. Ver también Boulding, Keneth, "General System Theory - The Skeleton of Science" en *Management Science* 2, Abril 3, 1956; Lazlo, Ervin, "The System View of the World: The Natural Philosophy of the New Developments in the Sciences", ed. Braziller, N. York, 1972; Hoos, Ida R.: "Systems Analysis in Public Policy: A Critique", University of California Press, Berkeley, 1973.

²⁰ Así lo hizo la Ley Federal por el Control de la Contaminación del Agua de los Estados Unidos del año 1972 al fijar metas para 1983 y 1985 las que mediante enmiendas posteriores fueron oportunamente postergadas. Ver al respecto, Zener, Robert, "The Federal Water Pollution Control Act", en *Federal Environmental Law*, Ed. Dolgin & Guilbert, West Publishing Co., N. York, 1974.

²¹ Francia fijó esa meta para lograrlo en el período 1985-1990. Ver al respecto Johnson, Ralph W. & Brown Gardner, M., *Cleaning up Europe's Waters: Economics, Management and Policies*, Praeger, New York, 1976, Lamarque, Jean: *Droit de la protection de la Nature et de l'environnement*, LGDJ, París, 1973.

de mariscos y que contribuyen a la calidad de los productos conchilícolas comestibles²²; o que se quiere obtener una población óptima de determinadas especies en estado silvestre. Esto último ocurre en aquellas sociedades donde se evalúa el estado de amenaza a la que se encuentran sometidas ciertas especies silvestres y se desea revertir la situación²³.

También puede precisar de qué manera las actividades humanas van a reajustar sus comportamientos para adecuarse a las metas ambientales. Así, que las industrias contaminantes tratan sus efluentes con una tecnología apropiada o cambiarán sus procesos tecnológicos a otros menos contaminantes, o que se estimulará el transporte masivo por ferrocarriles o subterráneos para reducir el uso de automóviles, evitando de ese modo la circulación de fuentes móviles de contaminación atmosférica; o suplantando el uso de ciertos agroquímicos para la prevención de epizootias por otros o por otras prácticas de control, etc.

De esta manera, toda sociedad está estableciendo, en definitiva, cuál va a ser el espacio político que le cabe al ambiente. Sin embargo, esta determinación es cambiante, ya que la percepción sobre un valor ambiental es de características dinámicas. Un dato novedoso de la ciencia sobre la realidad "Tierra" o sobre la manera en que el hombre afecta a ella, puede cambiar drásticamente la percepción social del problema ambiental, modificando la política que sobre ella existía. Sin ir más lejos, las investigaciones resultantes de la catástrofe de la planta de la Union Carbide en Bhopal, India, modificaron las políticas ambientales de varias provincias de ese país y generaron la formulación de políticas ambientales nuevas en Indonesia y en otros es-

²² En este sentido la Comunidad Económica Europea adoptó una directiva (nº 923/79 del 30 de octubre de 1979), para la protección y recuperación de zonas costeras. Ver: *Las directivas en materia de lucha contra la contaminación*, Institut für Europäische Umweltpolitik, Bonn, 1980.

²³ La Ley de Especies Amenazadas de 1973 de los Estados Unidos fija este tipo de metas protegiendo especies consideradas en vías de extinción y cuyas tendencias se desea revertir. Ver Bean, Michael J., *The Evolution of National Wildlife Law*, ed. Council on Environmental Quality, Environmental Law Institute, Washington DC, 1977.

tados del sudeste asiático²⁴. Por este fenómeno es que se habla de la "determinación permanente" del ambiente deseado, y no una determinación fija o cristalizada.

También se incluye en la definición del objeto de la política ambiental el factor de la *posibilidad*, concepto que corresponde a las limitaciones económicas existentes en toda sociedad.

b. *Formulación de políticas ambientales*

Cuatro factores inciden en la formulación de las políticas ambientales: las ciencias naturales y físicas, la tecnología, la economía y la cultura:

1. La *ciencia* tiene un papel fundamental en el proceso de entendimiento de la realidad Tierra. Así, estudia, cuáles son sus reglas y necesidades (*evaluación ambiental*). Analiza también cuál es, ha sido y será la incidencia en la naturaleza de las múltiples actividades que desarrolla el hombre permanentemente (*evaluación del impacto ambiental*). Ella es la que debe determinar con sus investigaciones, por un lado, cuál es la "capacidad de soporte" que tiene el medio natural, y por el otro, los niveles máximos de alteración ambiental provocados por cada actividad humana. Concordantemente, e ilustrando su papel en el manejo de un sólo elemento ambiental como el agua, ella es la que dice cuáles son los "estándares de calidad" de un cuerpo de agua capaces de sostener ciclos vitales habituales de ese cuerpo, así como los "valores tope" de efluentes permisibles a cada industria alejada para que no vulneren la capacidad de soporte del medio natural al descargarlos.

Vale aclarar que estas determinaciones no son estáticas ya que la investigación científica se caracteriza por su estado permanente de evolución y cambio. Dicha situación incide fuertemente en la formulación de políticas ambientales y condiciona marcadamente el diseño de su legislación.

²⁴ Ver: Tarak, Pedro: *El ambiente y las relaciones económicas internacionales*, Revista Ambiente y Recursos Naturales, Fundación ARN y Ed. La Ley, vol. II, nº 1, 1985.

Según vimos en el párrafo anterior, la *ciencia* cumple dos procesos de consecuencias importantes: el proceso de *evaluación permanente del ambiente* y el proceso de *evaluación del impacto ambiental* de las actividades humanas. Toda sociedad debe conocer su realidad Tierra —sus comportamientos y posibilidades de aprovechamiento sostenido— si desea organizar y administrar productivamente su propia ocupación terrestre. Sin embargo, debe también *predecir y prevenir los efectos negativos al ambiente de toda actividad proyectada*²⁵. Por ello que muchísimas naciones han incorporado a su orden normativo la exigencia de la evaluación del impacto ambiental, esto hecho a través de “declaraciones” o “estudios”, o como parte de procedimientos de asignación de uso del suelo en los procesos de ordenamiento territorial²⁶.

Un aspecto que no debe descuidarse, sea porque no existen los recursos financieros para la investigación científica o porque no se logran resultados a partir de los cuales se pueden adoptar decisiones políticas, es la indicación y conceptualización de lo que no se conoce. *La política responsable debe tomar decisiones en base de lo conocido*, señalando el “desconocimiento”.

2. En segundo lugar, la *tecnología* es la que se encarga de responder qué procesos son necesarios para prevenir un deterioro ambiental no deseado, recuperar un ambiente natural degradado más allá de sus niveles de alteración posibles o reajustar los

²⁵ Lynton Caldwell afirma que: “...la crisis (ambiental) moderna, esencialmente inducida por el Hombre, es una consecuencia del fracaso de la intuición e ingenio humano para predecir y prevenir los efectos negativos de la imaginación y propósitos humanos”, *op. cit.*, *infra*, nº 11.

²⁶ Ver Alhéritiere, Dominique: *La evaluación de los impactos en el medio ambiente y el desarrollo agrícola*, Estudio FAO: Medio Ambiente, Roma, 1983; OCDE: “Environmental Impact Assessment, Analysis of the Environmental Consequences of Significant Public and Private Projects”, París, 1979; Delogu, Orlando E.: *United States Experience with the Preparation and Analysis of Environmental Impact Assessment* en Trends in Environmental Policy and Law, IUCN Paper, nº 15, Gland, 1980.

procesos de elaboración de bienes y servicios a los fines de evitar una incidencia negativa al ambiente. Así surgen los conceptos políticos de aplicación de criterios en el uso de tecnologías depuradoras de efluentes o emisiones, tales como las Mejores Tecnologías Aplicables (MTA) o las Mejores Tecnologías Disponibles (MTD), según si se incluyen o no los factores económicos al uso de las mismas²⁷.

Consecuentemente, una política ambiental, con respecto a los cursos de agua por ejemplo, puede exigir el criterio MTD o MTA en la construcción de plantas de tratamiento de efluentes industriales o municipales, según la capacidad financiera de una sociedad para costear las obras y su operación. En algunos casos, puede ocurrir que no existan las tecnologías apropiadas para prevenir un deterioro ambiental. En tales situaciones la política ambiental puede establecer plazos para que los generadores del deterioro ambiental busquen nuevas tecnologías, financiando las investigaciones pertinentes o modificando sus procesos de producción hasta ese momento aceptados por la sociedad.

3. La *economía* es —como clásicamente se afirma— la ciencia que determina la *medida* de lo posible. La disponibilidad de recursos financieros para recuperar, o incluso prevenir, un deterioro ambiental, tiene siempre sus limitaciones. Siguiendo el ejemplo de la política ambiental referida al agua, el costo de recuperación de ciertos ríos es de tal magnitud que supera ampliamente los presupuestos anuales de los municipios afectados. La asignación de fondos para tales proyectos por parte de los niveles superiores de la administración política sólo se da si existen condiciones económicas favorables y una importante demanda pública al respecto, situación acaecida en los conocidos casos de limpieza del Lago Washington en Seattle, Estados Unidos, o el del río Támesis en el Reino Unido. La alternativa en los

²⁷ Ver Johnson & Gardner, *ob. cit.*, infra, 21; Lundvist, Lanmart, J.: *Clean Air Policies in the United States and Sweden: What matters most, technology, economics or politics?*, Informe presentado a la reunión anual de 1979, de la American Political Association, Washington D. C., agosto 31-septiembre 3, 1979.

países menos favorecidos es la de fijar metas de recuperación y prevención ambiental a plazos más lejanos que en aquéllos utilizados en los países desarrollados. Es por este factor, el económico, que se habla de la "determinación del ambiente deseado y posible", ya que permite ubicar la formulación de la política ambiental a una realidad social y económica de un país y no por imitación a metas ambientales de otras sociedades con posibilidades económicas diferentes.

4. Finalmente, es el *factor cultural* en el proceso de formulación de la política ambiental el que prioriza la recomendación de la ciencia sobre los valores puramente económicos o viceversa. La cultura de una sociedad, entendida ésta como el conjunto de emociones y valores que interactúan frente a infinitas situaciones, puede manifestarse con mayor o menor margen de expresión en las democracias libres que en los regímenes totalitarios. También puede afirmarse que en las democracias participativas (en las que los procesos de decisión han sido "democratizados") existe una mayor amplitud de expresión cultural de un pueblo que en las democracias exclusivamente representativas. Por ello es que las mecánicas de participación directa, como la de las audiencias públicas o las consultas populares hayan tenido tanto éxito en la solución de problemas ambientales. En este sentido, el Senador Nacional, Dr. Miguel Mathus Escorihuela, ha convocado la realización de varias audiencias públicas para tratar diversos temas ambientales en el ámbito del Senado argentino²⁸. Es en esas oportunidades donde los decisores políticos pueden informarse en forma directa de las diversas opiniones que sobre un problema existen en una sociedad. Con esta mecánica y con las demás que tradicionalmente se hayan utilizado (manifestaciones callejeras, programas radiales o televisivos, artículos en la prensa, etc.) puede evidenciarse el conjunto de valores que sobre la problemática ambiental existe. Así, si la ciencia recomienda la recuperación de los ríos a niveles adecuados para garantizar la salud humana y prote-

²⁸ Ver Sabsay, Daniel: *Síntesis de lo tratado por expertos. Audiencia pública sobre contaminación de los ríos, Ambiente y Recursos Naturales*, Vol. II, nº 2, Fundación ARN y Ed. La Ley, Buenos Aires, 1985

ger los ciclos naturales pero implicando el cierre de fábricas en un sitio específico, será la cultura de la sociedad afectada la que determinará qué grado de fuerza tendrá la opinión científica sobre el factor económico.

La interacción de estos cuatro factores —ciencia, tecnología, economía y cultura— es lo que permite al decisor político determinar el ambiente deseado y posible. Es muy importante recalcar que tal determinación corresponde en principio a los cuerpos representativos de la sociedad —los legislativos— y no los ejecutivos, ya que son los primeros los que expresan la voluntad de sus representados, en definitiva los únicos que pueden determinar qué ambiente desean, una meta que en realidad se conforma con la confluencia de las múltiples voluntades populares. En cambio, el papel de los ejecutivos es el de proponer a los legislativos, mediante proyectos de leyes, metas ambientales estimativas, las que deben ser profundamente debatidas y cotejadas con las opiniones de los diversos sectores interesados.

IV. LA LEGISLACION AMBIENTAL

Vista la legislación como expresión normativa de la política, la legislación ambiental surge para regular el comportamiento del ser humano en función de metas ambientales deseadas por el conjunto social. Asimismo, teniendo en cuenta que la ley ambiental debe, por un lado, preservar las reglas y respetar las necesidades de la Tierra, y por el otro, prevenir la alteración ambiental no deseada y generada por las múltiples actividades del hombre, puede clasificarse la legislación en esta materia de la siguiente manera:

- a. leyes que controlen *actividades* permanentes del hombre en función del ambiente.

Se refieren a la clasificación de fuentes generadoras de deterioro en categorías específicas a las que se les aplica un régimen de exigencias, tanto en el proceso de instalación como en el de su posterior operación. Este sistema es el conocido ejemplo francés

del régimen de control de los "establecimientos clasificados" o *établissements classés*. A pesar de que su origen se remontaba hacia antes de la Revolución Francesa, recién fue el Decreto Imperial del 15 de octubre de 1810, el que se refirió a "... las manufacturas e instalaciones insalubres, molestas y peligrosas". Sin embargo, recién mediante la ley del 17 de diciembre de 1917 se estableció un régimen especial de instalaciones o establecimientos clasificados. Actualmente, la ley correspondiente del 19 de julio de 1976 ya no regula las instalaciones en función de la salud y la seguridad pública, sino que orienta la clasificación de las mismas en función de la capacidad de soporte de la naturaleza. Así agrupa a las posibles fuentes de deterioro en tres categorías, según su grado de peligrosidad al ambiente (hay que recordar que normalmente lo que se considera peligroso al ambiente es en principio peligroso a la salud humana) y establece exigencias técnicas para la prevención de deterioros no deseados y también para mitigar daños en caso de accidentes. La ventaja de este sistema radica en que los posibles deterioros son evitados o controlados desde las etapas de iniciación de las actividades humanas, especialmente desde los procesos de autorización para la instalación de las mismas²⁸.

También pueden clasificarse en esta categoría de leyes aquellas que tienen por objeto el ordenamiento territorial de alguna región e incluyen consideraciones ambientales en las exigencias aplicadas a cada actividad, según el espacio físico donde se desarrollan y la función que a este espacio se le asigne. En Alemania Federal, la Ley Federal de Planificación Regional *Raumordnungsgesetz* del 8 de abril de 1965, reformada por ley del 20 de diciembre de 1976, establece el marco, mediante principios y directrices, dentro del cual debe considerarse la dimensión ambiental en la planificación a cargo de las agencias federales y las provincias²⁹.

²⁸ Gabolde, Christian: *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Collection Sirey, París, 1978.

²⁹ Ver Salzwedel, Jürgen: *The Law and Practice Relating to Pollution Control in the Federal Republic of Germany*, Graham and Trotman, London 1983; ver también OCDE, *ob. cit.*, 26.

Finalmente, caen en esta categoría leyes que contemplan actividades específicas, las que por sus características no pueden ser agrupadas con otras. Así figuran las leyes que contemplan los riesgos causados por la energía nuclear, determinadas actividades mineras, la actividad petrolera, el transporte ferroviario, aéreo, rutario, etc.

- b. leyes que protegen *un elemento ambiental* en particular, determinando sus características deseadas a alcanzar y mantener en forma permanente.

Incluye a leyes que tienen por objeto regular los comportamiento humanos que afectan las características propias de cada elemento ambiental —aire, agua, suelo, fauna y flora— continental y marítimo. A diferencia de aquéllas referidas en la categoría anterior, éstas normalmente fijan situaciones ambientales deseadas e inducen comportamientos de parte del Estado y también de particulares para lograrlas. Por ejemplo, las leyes de conservación de fauna, y una vez determinadas cuáles son las especies silvestres en vías de extinción, fijan las obligaciones que corresponden al Estado y a los particulares para proteger su hábitat, evitar que sean afectadas por contaminación y establecer prohibiciones totales de caza o demás molestias (persecución, recolección de huevos o nidos, etc.). Asimismo, establecen mecanismos de relevamiento permanente para estudiar su estado de conservación o diseñan sistemas de alerta y respuestas frente a emergencias o catástrofes (ej.: incendios o grandes nevadas). También pueden establecer cuáles son los derechos de los particulares para velar por el buen cumplimiento de la ley (ej.: otorgando legitimación procesal para actuar en juicios, sumario o amparo o permitiendo a éstos participar de operativos de inspección).

Ejemplos de estas leyes existen en muchos estados del mundo. En la Argentina, lo propio ocurre con la Ley n° 20.284 sobre "Normas para la preservación de los recursos del aire" o la Ley N° 22.428 de "Conservación de Suelos". Asimismo figuran en esta categoría la ley costarricense n° 4551 de 1972 sobre "Conservación de la Fauna Silvestre"; la ley japonesa de Control de Contaminación del Agua de 1970; la ley estadounidense de Control

Federal de la Contaminación del Agua de 1972; la Directiva nº 779 del año 1980 de la Comunidad Económica Europea sobre contenido atmosférico de anhídrido sulfuroso y partículas en suspensión en medios urbanos, etc.

En esta categoría figuran también las leyes que tienen por objeto una protección y manejo especial de "áreas protegidas". La ley cordobesa (Argentina) nº 6964, sobre "Áreas naturales de la Provincia", de 1983, establece los criterios de administración correspondientes a las diversas categorías de áreas a las cuales se refiere. También ocurre lo mismo con la ley argentina nº 22.351 (federal) sobre el "Régimen Legal de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales", de 1980.

- c. leyes que protegen *al ambiente en forma general* y a cada uno de sus elementos en particular.

Esta categoría de legislación incluye leyes que otorgan un marco general de protección al ambiente, estableciendo instituciones comunes para la normativa correspondiente a la protección de cada uno de sus elementos. Así, y en general, establecen instituciones encargadas de la protección ambiental y sus atribuciones, crean fondos financieros para proyectos de recuperación del ambiente, establecen exigencias al Estado de preparar planes de prevención y recuperación ambiental, determinan obligaciones para elaborar estudios de impacto ambiental de grandes obras públicas, crean registros de fuentes generadoras del deterioro, diseñan sistemas de vigilancia sobre el estado del ambiente; y a veces establecen normas de índole contravencional o penal en caso de infracciones a las prescripciones de las mismas. Asimismo, regulan las actividades que afectan las características ambientales de cada componente natural —nuevamente aire, agua, suelo, fauna y flora—. Finalmente, incluyen dentro de su normativa el control de ciertos *problemas generados por el hombre*, que en sí mismos pueden causar deterioros ambientales o a la salud pública. Es el caso de los residuos sólidos (basuras), los residuos peligrosos y el ruido.

Hay ejemplos abundantes de esta categoría de leyes. Quizá

vale la pena mencionar que son las más conocidas en el mundo latinoamericano. Así el Código de los Recursos Naturales y el Ambiente de Colombia, de 1973, contempla en forma integrada los aspectos ambientales de cada recurso natural. Este también es el caso de la ley mexicana de "Protección del Medio Ambiente" del año 1984; la ley brasileña sobre "Política Nacional del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales", de 1981. Lo propio ocurre en otros ámbitos geográficos como la "Ley General del Medio Ambiente" de China Popular, de 1979; la "Ley de Preservación Ambiental" de Corea del Sud, de 1979; la ley húngara de "Protección del Ambiente Humano", de 1980; la ley rumana sobre "Protección del Ambiente", de 1976, sueca de "Protección del Ambiente", de 1969.

- d. leyes que enfocan *problemas* que afectan permanentemente al ambiente y a la salud pública.

Estas leyes se refieren, en particular, al manejo integrado de *problemas* como el de los residuos peligrosos³¹, residuos domiciliarios, productos químicos potencialmente nocivos y el ruido. En realidad, se asemejan bastante a la primera categoría de leyes analizadas más arriba (control de actividades deteriorantes). La única diferencia con aquélla es que los *problemas* pueden generarse en diversos tipos de actividades y trasladarse a ámbitos territoriales diferentes de donde son generados. Esta característica hace que requieran legislaciones diferenciadas.

Como ejemplos de esta categoría pueden mencionarse la Directiva de la Comunidad Económica Europea del año 1978, sobre "Residuos Tóxicos Peligrosos"; la ley francesa sobre "Eliminación de desechos y recuperación de materiales" de 1975; la ley estadounidense sobre "Conservación y Recuperación de Re-

³¹ Ver sobre este aspecto Tarak, Pedro: *El manejo de los residuos peligrosos en el derecho comparado*, Ambiente y Recursos Naturales, Vol. I, nº 1, 1984, y *Hacia una política argentina para los residuos peligrosos*, Ambiente y Recursos Naturales, Vol. II, nº 2, 1985, Fundación ARN y Ed. La Ley.

cursos", de 1976; la ley dominicana sobre "Productos y Residuos Peligrosos", de 1984, y la ley rionegrina (argentina) sobre "Régimen de Erradicación de los Ruidos Molestos", de 1981.

Vale la pena formular tres consideraciones sobre esta clasificación, la cual, y desde ya, adolece de las limitaciones típicas de toda clasificación. Por de pronto, no incluye como categoría separada a aquellas legislaciones que tratan en el mismo texto los aspectos de uso de los recursos naturales. Este sería, como se dijo más arriba, el caso de los códigos de recursos naturales y ambiente que incluyen los aspectos de aprovechamiento económico y también los de preservación. Estimamos que no son practicables, ya que las intenciones que inspiran unos y otros aspectos son contrapuestos; los primeros, la maximización del rendimiento de los recursos y los segundos la limitación en el uso del ambiente para respetar necesidades propias de la Tierra (no-económicas). Asimismo, y en relación a las autoridades de aplicación de los mismos, en general se otorga esa tarea a un mismo órgano ejecutivo, que debe por un lado velar por el ambiente y por el otro garantizar el máximo aprovechamiento económico en base a cada recurso. En definitiva, debe describir en su informe anual y en términos monetarios el éxito de su gestión, la cual normalmente se mide en función de cifras numéricas de explotación (tonelaje de pesca, pieles exportadas, pulgadas de madera, etc.). Este es el caso del INDERENA, órgano de aplicación del Código de Recursos Naturales y del Ambiente de Colombia, el cual se encuentra permanentemente expuesto a problemas de equilibrio entre preservación y utilización, situación que se obviaría con la separación de funciones de administraciones específicas para el manejo del ambiente y para el aprovechamiento racional de sus recursos.

En segundo lugar, es necesario aclarar que, normalmente, se utilizan las diversas categorías legislativas en forma simultánea. Así, puede legislarse sobre uno solo de los elementos ambientales al mismo tiempo que se haga lo propio en relación a las actividades deteriorantes del ambiente. Finalmente, debe contemplarse la existencia de otro tipo de normativa que ayude a la ejecución de la legislación categorizada más arriba. Pueden mencionarse entre ellas normas constitucionales que otorgan el derecho

humano al ambiente sano y equilibrado; aquéllas que exigen la presentación de estudios de impacto ambiental de determinadas actividades humanas las que otorgan legitimación procesal a particulares o entidades intermedias ambientalistas para la protección del ambiente; las que formulan políticas nacionales de preservación ambiental; las que crean organismos especializados en la materia en los diversos estamentos de la administración; las que establecen métodos fiscales de estímulo para la preservación; las que incorporan los delitos y contravenciones ambientales dentro de los respectivos cuerpos jurídicos; las que incorporan al orden interno tratados internacionales que sobre la materia hayan ratificado los estados.

V. CONCLUSIONES

Los aspectos de ejecución de la política y la legislación ambiental no son abordados por este trabajo. Sin embargo es conveniente tener en cuenta que el de la administración ambiental es un aspecto de fundamental importancia, especialmente porque se trata de una administración que no defiende intereses económicos directos y debe competir en ese sentido con los sectores administrativos que hayan sido diseñados particularmente para maximizar rendimientos en el uso de los recursos. También es necesario agregar que en lo que hace a la ejecución de la política o la legislación ambiental no hay estado alguno que pueda administrarlo sin la participación directa de la población. Es por ello que este capítulo, el de la administración pública ambiental, requiere el análisis de mecanismos de participación ciudadana suficientemente sofisticada, que permita su ingerencia en los procesos de decisión administrativa (ej.: procesos de autorización de instalación de fábricas), en los procesos legislativos (ej.: proyectos de ley sobre promoción industrial), en el control de la gestión misma de la administración (ej.: mediante el derecho al acceso libre de información o mediante control administrativo o judicial de las decisiones administrativas), o en la fiscalización del cumplimiento de las normas ambientales por parte de otros particu-

lares (ej.: inspecciones a fuentes de generadores de deterioro por parte de entidades intermedias).

La problemática ambiental no es una moda más que viene y se va. Su realidad y percepción por parte del hombre genera nuevas modalidades de organización política. La misma necesidad de querer participar en la determinación del futuro de la Tierra como hogar de la descendencia de cada ser humano cuestiona los moldes rígidos de la representatividad parlamentaria, el manejo exclusivo de la cosa pública por parte de la administración pública y la imparcialidad del juez que jamás puede serlo por el mero hecho de ser él también parte afectada en los problemas del ambiente. Esta realidad es obviamente una que desafía al hombre moderno, ya que se trata de limitar sus satisfacciones a un marco posible, obligando a poner coto a su propio egoísmo e incorporar a su dimensión de amor y respeto la imagen de hermanos de futuras generaciones.

SUMMARY

THE LAW THE POLITICS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION. AN ANSWER TO THE CHALLENGE OF THE CENTURY

As man growingly realizes that he lives simultaneously in two realities: Earth and Cosmos, he acknowledges that manmade rules ignore both the laws and the needs of Nature.

Yet, since there were still many options left, little attention was paid to this issue until this century.

Environmental politics come up as a maturing process that gives political recognition to the fact that the Earth calls for all human behaviour to abide by the rules of natural ecosystems.

Natural Sciences, together with Technology, Economics and Culture are to determine, day by day, the conditions and the scope of the preservation of essential ecological processes and of genetical diversity.

This interaction of different approaches makes it possible for political decision-makers to shape the image of the desired environment, to sanction the corresponding legislation, and to give institutional backing to the whole process.

Thus it may be said that the task of Environmental Politics is the permanent drafting of the desired an possible environment, legislation being

its normative expression, whereas its political side accounts for the enforcement and administration-connected activities.

The paper defines what is to be understood by "environment" and it goes on to discuss the drafting of Environmental Politics and the choice of legislative techniques at hand.

ZUSAMENFARSUNG

DIE POLITIK UND DAS UMWELTRECHT: EINE ANTWORT AUF DIE HERAUSFORDERUNG DES JAHRHUNDERTS ÜBERSICHT

Gemäss der Mensch sich bewusst wird dass er zugleich in zwei Wirklichkeiten lebt —Erde und Welt— erkennt er, dass die von ihm errichteten Normen nicht in Übereinstimmung mit den Regeln und Bedürfnissen der Natur sind. Diese Situation wurde bis zum vorigen Jahrhundert als nicht bedeutend betrachtet, weil die menschliche Tätigkeit nicht in der Lage war die Erde wesentlich zu ändern. Die Umweltpolitik tritt als ein sozialer Vorgang hervor, um der Erde politische Anerkennung zu gewähren: die notwendige Anpassung des menschlichen Verhaltens gegenüber den Regeln des natürlichen Ecosystems wird akzeptiert. Die Bewahrung der wesentlichen ecologischen Vorgänge und die genetische Verschiedenheit bilden den Rahmen der ständig von der Naturwissenschaft definiert werden muss durch die Gegenüberstellung mit der Technik, der Wirtschaft und der Kultur. Diese zwei Auffassungen erlauben den Verantwortlichen der politischen Entscheidungen die erwünschte Umwelt zu bestimmen, sie in Gesetze zu ordnen und die notwendigen Anpassungen der Institutionen zu bewirken.

So kann man versichern, dass die Aufgabe der Umweltpolitik die permanente Bestimmung der erwünschten und möglichen Umwelt ist, sein gesetzlicher Ausdruck das Umweltrecht ist und die Verwaltung die Antwort als Institution.

Nachdem der Ausdruck "Umwelt" genau beschrieben wurde, analysiert der Artikel den Bildungsvorgang der Umweltpolitik und die gesetzlichen Alternativen um sie zu gestalten.

SOMMARIO

POLITICA E LEGISLAZIONE AMBIENTALE: UNA RISPOSTA ALLA SFIDA DEL SECOLO

A misura che l'uomo va prendendo coscienza del fatto che vive contemporaneamente in due realtà —Terra e Mondo—, si rende conto che le

que norme non considerano le regole e necessità della Natura. Ciò nonostante, questa situazione non era di riguardo fino a questo secolo poiché l'intervento umano sulla Terra non oltrepassava i suoi limiti di alterazione possibile. In questo modo la politica ambientale emerge come un processo sociale di maturazione per dare riconoscimento politico all'esistenza della Terra, accettando la necessità di adattare le condotte umane alle regole degli ecosistemi naturali. La preservazione dei processi ecologici è fondamentale, e quella della diversità genetica lo è nell'ambito in cui deve essere definito permanentemente dalle scienze naturali confrontando con la tecnica, l'economia e la cultura. Questa interazione di visioni è quella che permette ai dirigenti politici definire ambienti desiderati, materializzarli in leggi e appoggiarli istituzionalmente proponendo le ristrutturazioni necessarie.

Si può dire, così, che l'obiettivo della politica ambientale è lo stabilimento dell'ambiente desiderato e possibile, essendo la sua manifestazione normativa la legislazione ambientale e la sua risposta istituzionale quella dell'amministrazione.

Stabilita la cornice del problema ambientale, l'articolo analizza il processo d'impostazione delle politiche ambientali e le possibilità legislative per concretizzarle.

SOMMAIRE

LA POLITIQUE ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT: UNE RÉPONSE AU DÉFI DU SIÈCLE

Au fur et à mesure que l'homme prend conscience qu'il vit simultanément dans deux réalités (la Terre et le Monde), il commence à reconnaître que les normes créées par lui ne sont pas d'accord avec les règles et les besoins de la Nature. Jusqu'au siècle dernier cette situation n'était pas considérée comme importante car les activités humaines n'étaient pas capables de provoquer des modifications notables dans la Terre. La politique environnementale se présente comme un processus social pour octroyer à la Terre une reconnaissance politique: on accepte le besoin d'adapter les conduites humaines aux règles des écosystèmes naturelles. La préservation des processus écologiques essentiels et celle de la diversité génétique constituent le cadre qui doit être défini de façon permanente par les sciences naturelles et qui s'oppose à la technique, l'économie et la culture. Ces deux conceptions permettent aux responsables des décisions politiques de déterminer l'environnement voulu, de le consacrer au moyen des lois et d'introduire dans les institutions les modifications nécessaires.

On peut affirmer que l'objet de la politique environnementale est la détermination permanente de l'environnement voulu et possible. Son expres-

sion normative est le droit de l'environnement et sa réponse institutionnelle le droit administratif.

Une fois défini le cadre de ce qui est "environnemental", l'article analyse le processus de formation de la politique environnementale et les alternatives législatives pour les consacrer.

EL EJERCICIO DEL PODER EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES. CONSECUENCIAS JURIDICAS EN LA LEGISLACION ARGENTINA

ANA MARÍA M. DE AGUINIS *

I. INTRODUCCION

Hay varios regímenes de control societario que coexisten en la legislación argentina. La ley de sociedades, la de concursos, de inversiones extranjeras, entidades financieras, contrato de trabajo y la de impuesto a las ganancias fijan pautas diferentes para determinar quién ejerce el poder efectivo de dirección de los negocios sociales, y en su caso, las consecuencias jurídicas.

El objeto de este trabajo es analizar el origen y la evolución de la llamada "Teoría del control societario" y clarificar su vigencia y significación con referencia a la legislación argentina.

II. ORIGEN DEL CONTROL SOCIETARIO

1. *En general*

Una de las grandes conquistas de la ciencia jurídica contemporánea ha sido la de superar el ingenuo "esencialismo" de las definiciones en las que se alude a "naturalezas jurídicas eter-

* Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

nas e inmutables". Existen antes bien —como dice Konder Comparato—, definiciones aproximadas, en cada época histórica¹.

Esa realidad es enteramente aplicable al fenómeno del ejercicio del poder en las sociedades comerciales. Veamos:

¿Cuándo y por qué nació el interés por determinar el origen del poder económico en las grandes compañías?

Esta inquietud nació en Europa durante la primera guerra mundial para descubrir detrás de una apariencia de sociedad quiénes eran los dueños y tomaban las decisiones. Se invocaron razones de defensa económica y seguridad jurídica. Las leyes discriminatorias contra súbditos de estados enemigos —v.g. secuestro o confiscación de bienes, prohibición de comerciar— se hicieron extensivas a las sociedades que ellos controlaban.

Así, en 1916 el Ministro de Justicia de Francia mediante una circular precisó el carácter enemigo de las sociedades. Cuando la dirección o la mayoría del capital se encontraba notoriamente en manos de ciudadanos de estados enemigos, la sociedad se consideraba enemiga y se hacía susceptible de sanciones. Ello no obstante tener su sede social en Francia, que le atribuía en apariencia el carácter nacional. Hubo varios pronunciamientos judiciales acogiendo la teoría del control en esos términos.

La Cámara de los Lores en Inglaterra, en el año 1916, se pronunció en la causa "Daimler Co. vs. Continental Tyre and Rubber Co.". Las acciones de esta sociedad pertenecían a ciudadanos alemanes, excepto uno, y sus directores eran alemanes. Se enunciaron varios principios en este caso, vinculados a la nacionalidad de las sociedades registradas o "incorporadas" en el Reino Unido. Esta circunstancia se juzgó inocua. La calidad de sociedad amiga o enemiga se derivó de la nacionalidad de los accionistas que la representaban o de sus relaciones económicas o por el país donde operaba. La apariencia de sociedad registrada en Inglaterra quedó desvirtuada cuando se comprobó que el control jurídico y de hecho era ejercido por extranjeros enemigos.

¹ O poder de control na sociedade anónima, 2ª edición, 1977, págs. 79 y 81.

La teoría del control se aplicó finalmente, para hacer efectiva la prohibición de comerciar con súbditos de países enemigos².

En el Tratado de Versailles —Art. 297— se reconoció a las potencias aliadas el derecho de disponer de los bienes de los súbditos alemanes y de las sociedades controladas por ellos.

Durante la segunda conflagración aplicaron la teoría del control casi todas las partes beligerantes disponiendo el bloqueo de bienes de las personas jurídicas controladas por enemigos. La estructura de los controles económicos impuestos por el estado alemán ha sido bien descripta por Arnold Toynbee en "La Europa de Hitler". Tenía como base la organización corporativa extendida a los países ocupados bajo el control alemán directo o indirecto. Esto último con la cooperación de las administraciones indígenas.

Los Estados Unidos, en particular, hicieron realmente efectivos los "test de control" a partir de la Segunda Guerra, endureciendo los criterios de la "Trading with Enemy Act" de 1917. La Suprema Corte proclamó que "una mácula enemiga" puede ser encontrada cuando la sociedad es administrada por enemigos o tiene accionistas enemigos, aún cuando también haya accionistas no-enemigos. ("Kaufman versus Societé Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S. A.", Konder Comparato, *ob. cit.*, pág. 361).

2. En la legislación argentina

En la República Argentina se incorpora la teoría del control a nivel legislativo en el año 1946. Por Decreto-Acuerdo n° 6945/45 adhiere al Acta de Chapultepec sobre problemas de la guerra y de la paz y declara la guerra al Japón y Alemania. Entre las medidas acordes con el estado de beligerancia se dicta la Ley

² Esta decisión tiene importancia porque es la primera definición jurisprudencial sobre el poder de control en el derecho moderno. Otros casos concomitantes fueron R. V. London County Council, Ex parte London and Provincial Electric Theatres Ltd. (1915). En el derecho marítimo se aplicó la determinación de la nacionalidad de los buques "The Tommi" (1914) y "The Polzeath" (1916). (Konder Comparato, *ob. cit.*, 359-361).

11.599 del 25-4-46. Allí se enuncian una serie de pautas destinadas a determinar el carácter enemigo de las empresas radicadas en el territorio argentino. Fueron ellas: el origen del capital; la verdadera participación que en el capital tengan las personas que dirijan las empresas; la relación que una empresa tenga con otras de propiedad enemiga, sea en cuanto a su dirección, a la participación en sus capitales, o en negocios comunes, o a la financiación, como al personal directivo; la atribución de ganancias o retribuciones a personas o entidades domiciliadas en países enemigos; las reservas anómalas o sospechosas; la ayuda que recíprocamente se presten las entidades radicadas en la República y otras radicadas en países enemigos o sospechadas de pertenecer a enemigos, y cualquier otra particularidad demostrativa de la vinculación o que permita presumirla.

Hubo un par de casos sonados en nuestro país en los que se aplicó la Ley 11.599 detectando el control por parte de súbditos alemanes, de sociedades bajo apariencia suiza y argentina. Fueron las sociedades "Merck Química Argentina S.A." y "Química Bayer S.A."³. La Cámara Federal de la Capital afirmó que no obstante la apariencia de sociedad suiza en el primer caso —y por lo tanto neutral— y de argentina en el segundo, la dirección y capital estaban en manos de ciudadanos alemanes domiciliados en Alemania, que comercializaban productos bajo licencia alemana, tenían relaciones bancarias y las acciones depositadas en el Banco Alemán Transatlántico. El control en definitiva estaba en manos de súbditos alemanes y por ende el gobierno argentino, aplicando la Ley 11.599, podía disponer de sus bienes como si fueran de enemigos: intervenir la sociedad, administrar y disponer, y hasta la liquidación y retiro de la personalidad jurídica (art. 25).

El conflicto austral entre Gran Bretaña y Argentina del año 1982, generó una nueva aplicación de la teoría del control para discriminar a súbditos enemigos. La República Argentina dictó la ley 22.591 cuyo artículo primero declaró "la indisponibilidad

³ Jurisprudencia Argentina (J. A.), 1946, t. III, pág. 280 y Jurisprudencia Argentina, 1946, t. IV, pág. 877.

de todos los bienes existentes en el territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción, de propiedad del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de la Corona Británica, de súbditos británicos no residentes permanentes en la República Argentina, o de personas de otra nacionalidad residentes en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de toda empresa o entidad controlada en forma directa o indirecta"⁴.

Dicha indisponibilidad importaba para sus titulares y representantes la prohibición de disponer de sus bienes, y/o disminuir por cualquier título su patrimonio o su capacidad productiva o desplazar bienes fuera de la jurisdicción del país (Art. 2).

Por esta misma ley se autorizaba el congelamiento de fondos de las sociedades controladas por súbditos ingleses. Se creaba una Comisión Nacional de Vigilancia y sanciones penales de prisión y reclusión para los que impidieran o dificultaren la indisponibilidad de los bienes.

Con fundamento en la citada ley el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial a cargo del juzgado N° 25 en autos "Telesud S.A. s/Concurso Preventivo", Exp. n° 9.590, impidió al representante de la sociedad Balfour Williamson y Co. Ltda., —cuyos capitales eran propiedad de súbditos ingleses— el derecho de voto en la junta de acreedores. Entre los considerandos señaló que "si los capitales ingleses de acuerdo a la ley 22.591 no pueden decidir la suerte de sus propias empresas radicadas en el país, mal pueden hacerlo respecto a una empresa nacional en la situación límite en la que se halla concursada preventivamente".

La ley no daba pautas para establecer las categorías de controlante y controlada por lo que había que recurrir a la ley societaria a esos fines.

En síntesis. La teoría del control nació en tiempos de guerra para discriminar a súbditos de países enemigos que encubrían su nacionalidad detrás de una persona jurídica registrada o con se-

⁴ Anales de Legislación Argentina (ADLA, XLII - D, 1982, pág. 1305).

de social en el país. Se entendía que la persona jurídica tenía la nacionalidad de las personas que dirigían sus actividades⁵.

III. LAS FUNCIONES ACTUALES DEL CONTROL SOCIETARIO

La teoría del control aparece en tiempos de beligerancia como materia del Derecho Internacional. Se enraíza en los problemas de la nacionalidad —materia del Derecho Internacional Público— y con las potestades de un estado para reglamentar la actuación en su territorio de súbditos enemigos —materia del Derecho Internacional Privado—.

En tiempos de paz, la teoría del control como instrumento sancionatorio o discriminatorio para los extranjeros pierde vigencia. Viola preceptos constitucionales universalmente aceptados.

Por ello se retorna a los criterios clásicos para determinar la ley aplicable a la constitución y funcionamiento de las sociedades. El lugar de la sede social real, de la autorización y/o donde cumple su principal objeto, son los puntos de conexión más difundidos. Se abandona la nacionalidad de los controladores como criterio complementario, por cuanto desaparecen las motivaciones políticas y económicas que le dieron origen.

La teoría del control nació dentro de una legislación de emergencia y con ese alcance no podía extenderse analógicamente a todo el sistema legal.

Sin embargo, la teoría del control no desaparece de las legislaciones nacionales. Al contrario, se afianza y generaliza para

⁵ Conforme (cfr.) Berta Kaller de Orchansky, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1976, pág. 456 y 441. "De allí que la persona jurídica tenga la nacionalidad de los individuos que «controlan sus actividades»". Si se trata de sociedades de capital deberá atribuirse a la sociedad la nacionalidad de los accionistas que posean la mayoría del paquete accionario mediante la teoría del control. Zaldívar, Enrique, *Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina*, Buenos Aires, 1972, pág. 35. "...el sistema del control atribuye la nacionalidad en función de la que predominantemente corresponda a las personas físicas que detentan o sean capaces de conseguir tal mayoría". Isaac Halperín, *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, 1977, pág. 297.

servir a otros fines. Por un lado se incorpora de manera orgánica a la legislación societaria y concursal, y por otra parte es receptada en forma individual por leyes con marcada ingerencia en la política económica (leyes de derecho económico).

El carácter que cumple en uno y otro caso es diferente.

En las leyes de sociedades cumple una función netamente informativa, en defensa de la competencia, de la integridad de los capitales y de la claridad en la conformación de los grupos societarios⁶.

En las leyes de concursos, leyes de derecho económico, bajo ciertas condiciones, los controlantes son arrastrados por la prueba de la sociedad controlada.

En el segundo caso, hay una herencia directa de sus orígenes, por cuanto la toma del control se emplea para limitar los beneficiarios de ciertas ventajas, y para excluir el ejercicio de determinadas actividades consideradas de interés vital para la nación⁷.

IV. DIFERENTES REGIMENES DE CONTROL SOCIETARIO EN LA LEGISLACION ARGENTINA

Este capítulo no tiene pretensiones de análisis particularizado. Sólo se desea destacar las líneas del sistema de control y sus consecuencias jurídicas para tratar de relacionarlas entre sí.

En el derecho positivo argentino se presentan todas las modalidades de la teoría del control anticipadas en el Capítulo III.

1. *La ley de sociedades 19.550/72 (t.o. decreto 841/84)*

Ampliada en este tema por la Ley 22.903 del año 1983, institucionaliza la relación de control de sociedades por socie-

⁶ El Código civil italiano de 1942 y su reforma del año 1974; la ley de sociedades francesa de 1966; la ley española de sociedades anónimas de 1951; la Aktiengesetz alemana de 1965; la ley accionaria sueca de 1944; la *Lei das Sociedades por Ações*, brasileña de 1976; el proyecto de Sociedad europea de 1970; la "Proposition Cousté" de 1970, entre otros.

⁷ Halperín, *ob. cit.*, pág. 298. Konder Comparato, *ob. cit.*, pág. 355.

dades (Art. 33). Describe las pautas generalmente admitidas en una relación de predominio en la vida de una sociedad, sin legislar específicamente sobre grupos de sociedades⁸.

El control se verifica mediante el ejercicio del voto o por vínculos especiales con la sociedad, que generan una influencia dominante⁹.

El ejercicio regular del poder de dirección y control no tiene sanciones ni genera un régimen preferencial o discriminatorio. No se califica de bueno ni de malo. Se acepta legislativamente la concentración económica de hecho, sea por la vía del control interno —la participación cuantitativa en los votos— o del control externo —vínculos especiales, contractuales o de otro tipo que generen influencia dominante—.

1.1. *El control interno y externo. Responsabilidades*

Además de las condiciones para que la relación de control exista, se fija una regulación propia que ha sido calificada de “preventiva” en cuanto tiende a evitar las consecuencias dañosas del control respecto de la claridad de los estados contables, la integración del capital, el funcionamiento de los órganos de fiscalización privada y la fiscalización estatal permanente¹⁰.

Entendemos que esas normas tienen carácter “informativo” para los socios y terceros. Establecen que, por medio de cuentas separadas en los estados contables, la confección de balances consolidados y en la memoria del directorio, se ponga de mani-

⁸ El tema ha sido últimamente tratado por Julio Otaegui en *Concentración Societaria*, Abaco, Buenos Aires, 1984; Antonio Boggiano, *Sociedades y Grupos Multinacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1985; J. M. Santillán, *Las sociedades controladas y la reforma de la Ley 22.903*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 1984, pág. 731-749; Carlos Odriozola y Profesores de su cátedra en el *Nuevo Régimen de sociedades controladas*, Buenos Aires, octubre 1984, Congreso de Derecho Comercial.

⁹ ADLA, XLIV-B, pág. 1310. Similar al Art. 2359 bis del Código civil italiano, reformado en 1974. Difieren en que este último sólo alude a vínculos contractuales como expresión del control externo.

¹⁰ Otaegui, *ob. cit.*, pág. 440.

fiesto la relación entre sociedades controladas, controlantes y vinculadas¹¹.

Su incumplimiento no tiene una sanción específica. Los administradores incurrirán en las responsabilidades generales derivadas del incumplimiento de normas imperativas en la confección de los estados contables y eventualmente se tipificará la figura penal del balance falso (Art. 300, inc. 3º del Código Penal).

La reforma introducida a la ley de sociedades a fines de 1983 innovó sustancialmente el régimen de control, poniéndose a la altura de las modernas legislaciones en la materia (Art. 54).

Prevé responsabilidades para el caso de ejercicio abusivo del control y la desestimación de la personalidad. Sanciona al controlante que practica un uso disvalioso de su posición de poder, con la obligación de indemnizar los daños causados a la sociedad y los terceros.

Quien, en virtud de su posición dominante, ocasiona daños a la sociedad controlada con dolo o culpa, aplica fondos sociales a negocios propios o de terceros, carga responsabilidades patrimoniales traducidas en la obligación de indemnizar o de traer las ganancias obtenidas a la sociedad.

La creación de una estructura societaria superflua e innecesaria, para encubrir fines extrasocietarios o violar la ley, autoriza la imputación de los actos de la sociedad en forma directa a los controlantes que lo hicieron posible, quienes responderán, además, solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Es la desestimación de la personalidad utilizada como mero instrumento técnico con fines ilícitos o simplemente extra-societarios, que ya venía siendo aceptada por nuestros tribunales desde la década del 70¹².

¹¹ Arts. 32-62 a 66, 286 y 299, Ley 19.550, texto ordenado, (t.o.).

¹² *El abuso de la personalidad de las sociedades. La penetración de la persona jurídica en la jurisprudencia argentina*, El Derecho, (ED); t. 48, pág. 884 y siguientes (ss.), Cámara nacional de apelaciones en lo Comercial (Cám. nac. com.), sala A; "Astesiano, Mónica y otra contra Gianina Sociedad en Comandita por Acciones". Se dijo que "la personalidad societaria no es una realidad sustancial sino de orden y dicho orden

1.2. Los sindicatos de accionistas

Dentro de la modalidad de control por el ejercicio del voto, se ubican los *sindicatos de accionistas*.

La legislación argentina no los admite expresamente y la exposición de motivos de la Comisión Redactora que acompañó a la ley societaria de 1972 expresó que "no cabe una norma única, que legitime o fulmine de nulidad o ineficacia cualquier pacto de esta clase: depende de los fines perseguidos con tal contrato, por lo que la mayoría de la Comisión juzga que son suficientes las normas generales del derecho o las del régimen de sociedades que se proyectan. En el caso concreto, y con tales criterios, el juez habrá de resolver el grado de validez que tengan en el supuesto juzgado...".

La sentencia dictada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos "Sánchez c/Banco Avellaneda S.A.", ha asumido la jerarquía de *leading case* en la materia. La doctrina sentada es rica no sólo en argumentaciones específicas referidas al sindicato de acciones impugnado y cuya validez reconociera el fallo, sino que señala criterios societarios, que van a la vanguardia en la práctica internacional¹³.

La legitimidad de estos pactos para-sociales es afirmada por la sentencia a través de los siguientes párrafos:

- a. El sindicato de mayoría o de mando está destinado, fundamentalmente, a desarrollar una determinada política de di-

sustancial consagra una unidad, no sustancial sino accidental, de modo que la personalidad societaria en cuanto centro de imputación normativa es ineficaz para servir de sostén a una exclusión de herederos legítimos. En consecuencia no se debe, en tales supuestos, tener a la sociedad como nula sino que cabe utilizar la fórmula como no escrita de la ley para disponer la inoponibilidad del ente societario ante la situación de subversión de la vocación legitimaria", (27-2-78, en *La Ley*, (L. L.), tomo (t.), 1978-B, pág. 196); Masnatta, Héctor, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva*, Orbis, Rosario, 1967; Dobson, Juan, *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

¹³ El fallo es del 22-1-82, publicado en *El Derecho*, tomo 100, página 654.

rección, creando normalmente una situación favorable al interés social. Por consiguiente, mientras no se produzcan situaciones patológicas por las que el sindicato pretenda atentar contra el interés social perjudicando a los accionistas no sindicados, no ha de surgir conflicto entre lo que el sindicato persigue y lo que el administrador pueda dar al servicio del interés social.

b. Las políticas o criterios adoptados por los accionistas sindicados son ajenos al ámbito del ordenamiento societario.

c. La deliberación asamblearia no es más que una oportunidad o una ventaja que se ofrece a los accionistas en el ordenamiento legal de la sociedad anónima, pero no es instrumento irrenunciable, careciendo de solidez los fundamentos que una antigua doctrina enraizada en una forzada analogía con las deliberaciones de los órganos o instituciones o poderes públicos; inadmisible equiparación que no tiene en cuenta la investidura de las funciones y de las obligaciones inherentes a los cargos que se desempeñan en el ámbito del derecho público, cuya extrañeza con los meros intereses patrimoniales privados, propios del derecho societario, resulta palmaria.

d. Ninguna regla imperativa de la disciplina legal de la sociedad anónima queda vulnerada por la circunstancia de que la voluntad de un socio se haya determinado al margen de la asamblea.

e. La idealización de los frutos atribuidos a la deliberación asamblearia no parece guardar conveniente correspondencia con la realidad ni con las necesidades prácticas de la sociedad, dado que el voto así emitido puede, en detrimento del verdadero interés social, reflejar un estado de ánimo consecuente a una impresión momentánea o a las inciertas manifestaciones psicológicas de los grupos.

f. El voto no es un derecho personalísimo, sino un poder para la consecución de intereses y resultados patrimoniales, abierto a su libre disposición.

g. En tanto la convención de votos no persiga un objeto

ilícito, agravie la causa societaria o, más concretamente, el interés social, o se constituya en un mero instrumento para el abuso del derecho o del fraude, los terceros carecen de acción para ingresar por su propio derecho en una esfera jurídica que les resulta ajena y que, por ende, deben respetar.

Los fundamentos del decisorio dan cartas de ciudadanía a los sindicatos de accionistas y a los grupos intrasocietarios. Su legalidad depende del caso concreto en relación con las normas imperativas de orden público que contiene la ley societaria.

2. *Ley 21.382/76 de Inversiones Extranjeras*
(t. o. decreto 1062/1980)

A los fines de la ley 21.382 sobre inversiones extranjeras, se involucra en la categoría de "Inversor extranjero" a las empresas locales de capital extranjero, creando un régimen diferencial respecto a las empresas locales de capital nacional ¹⁴.

Empresas locales de capital extranjero son aquellas domiciliadas en el territorio de la República en las cuales personas domiciliadas fuera de él son propietarias de más del 49 % del capital o cuentan con los votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios (Art. 2º, inc. 3). Es el control interno de derecho y de hecho que ha sido recibido por esta ley.

Las empresas locales de capital nacional son aquellas domiciliadas en el país, en las cuales personas también domiciliadas en él son propietarias de no menos del 51 por ciento del capital y cuentan con la cantidad de votos necesaria para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios (Art. 2º, inciso 4).

Otro aspecto decisivo en las relaciones entre empresas vinculadas lo trae el artículo 21 de la Ley.

Establece que los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la empresa que directa o indirectamente la controle u otra filial de esta última, serán conside-

¹⁴ ADLA, XL-C, pág. 2585.

rados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales entre entes independientes.

Esta norma fija un criterio jurídico con importantes implicancias en la desestimación de la personalidad jurídica. Cuando las relaciones entre la casa matriz y subsidiaria o entre otras empresas vinculadas se ajustan a las prácticas usuales entre partes independientes, se excluye el desconocimiento de la personalidad y, por lo tanto, el régimen de prestaciones de la controlante como aportes de capital y las contraprestaciones de la controlada como utilidades, tal como ocurría en la anterior ley 20.557¹⁵.

El decreto reglamentario N° 103/81 establece efectos específicos para cierto tipo de actos que no cumplan con el principio general previsto en el artículo 21 de la Ley. El exceso de prestaciones efectuadas por una empresa local de capital extranjero por encima de las que hubieran correspondido de acuerdo con las prácticas normales del mercado, será considerado como pago de utilidades y, por ende, sujeto a las normas de la ley de inversiones extranjeras, normas cambiarias, impositivas y societarias pertinentes (art. 83).

A modo de síntesis, la ley de inversiones extranjeras reglamenta pautas de control societario propias para definir dos categorías de empresas: locales de capital nacional y locales de capital extranjero.

El decreto reglamentario N° 103/81 complementa el sistema de control societario del artículo 2º, incisos 3 y 4 de la Ley¹⁶.

La prevalecencia en las asambleas de accionistas o reuniones de socios de las empresas locales de capital extranjero ocurre cuando las personas domiciliadas fuera del territorio poseen la mitad o más del total de los votos correspondientes a las acciones en circulación o participaciones existentes.

La prevalecencia en las asambleas de accionistas o reuniones de socios de las empresas locales de capital nacional ocurre

¹⁵ Cabanellas, Guillermo, *El derecho de las inversiones extranjeras*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 247.

cuando las personas domiciliadas en el país poseen la mitad o más del total de los votos correspondientes a las acciones en circulación o participaciones existentes.

Aparte de la aclaración precedente, el decreto reglamentario en el artículo 3º agrega una situación de control de hecho de la voluntad social. Cuando los votos de los inversores extranjeros superen a los de los accionistas nacionales en las asambleas o reuniones de socios que se celebren durante 3 años consecutivos o en la mayoría de ellas que se celebren durante 5 años consecutivos, la autoridad de aplicación podrá considerar que una empresa tipificada como local es de capital extranjero y procederá a cambiar su calificación.

El sistema de control societario de la Ley 21.382 tiene importantes consecuencias jurídicas.

Las empresas locales de capital extranjero inversoras en otras empresas locales, *son consideradas inversores extranjeros*, con el mismo régimen a que están sujetas las personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior, entre otros órdenes, para repatriar capitales y transferir utilidades (art. 2º, inc. 2º).

La Ley 21.382 trae diferentes regímenes de inversiones extranjeras, según requieran o no la aprobación del Poder Ejecutivo.

Se entiende por inversión extranjera tanto la llamada directa, configurada por aportes para aplicarlos a actividades económicas, como la inversión indirecta configurada por la adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente (art. 2º, inc. 1).

La "desnacionalización" de una empresa, o sea la conversión de una empresa local en empresa local de capital extranjero, de acuerdo con el sistema de participación y control de la propia ley, requiere la aprobación previa del Poder Ejecutivo (art. 4º, inc. 2).

¹⁶ ADLA, XLI-A, pág. 261.

3. *Ley de Impuesto a las Ganancias* N° 20.628/73
(l. o. decreto 3984/1977)

La Ley de Impuesto a las Ganancias tiene incorporada a su normativa la teoría del control societario en dos vertientes.

La primera de ellas, el control interno de hecho o de derecho, por remisión a la ley de inversiones extranjeras que califica a la empresa local de capital extranjero y a la empresa local de capital nacional (art. 14, último párrafo).

Esta calificación tiene consecuencias en el plano tributario porque, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 14 de la Ley que comentamos, "los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior, que directa o indirectamente *la controle* serán considerados, a todos los efectos como celebrados entre partes independientes cuando sus pretensiones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes...".

El criterio jurídico en torno a la personalidad es igual al de la ley de inversiones extranjeras. En términos de derecho tributario su efecto es que la empresa local de capital extranjero controlada tributa como una persona independiente de la persona física o jurídica controlante, domiciliada en el exterior. Sus réditos son de fuente argentina, las prestaciones de capital de la controlante no son aportes de capital y las regalías remitidas a la controlante en contraprestación no configuran pago de utilidades.

La otra vertiente de control está contenida también en el artículo 14 de la Ley de Impuesto a las Ganancias —primero y segundo párrafo—, en el artículo 70, inciso c), y en el artículo 92 del decreto reglamentario N° 2126/74¹⁷.

Nos referimos a la noción de "conjunto económico" o "unidad económica" que en materia tributaria se funda en el principio de la "realidad económica", que informa la ley de procedimientos fiscales N° 11.683.

¹⁷ ADLA, XXVIII-A, pág. 195 y ADLA, XXXV-A, pág. 152.

La Corte Suprema de Justicia tiene dicho de manera reiterada que la capacidad contributiva, o sea una valoración político-social de la riqueza, depende de la *real situación económica* y no de las formas con que las partes, en el goce de la libertad de contratar y de elegir los caminos jurídicos que el derecho positivo les depara, realizan sus operaciones.

Este principio genera divergencias entre el centro de imputación de las obligaciones del derecho privado y el derecho fiscal, y ha dado origen a la doctrina del "conjunto económico".

"La comprobación de la existencia en la vida económica moderna de organizaciones de empresas que, aun sin manifiestas vinculaciones entre ellas, responden a un único criterio director, a un designio único, para la mejor consecución de los *objetivos económicos del conjunto* y de cada una de las partes. Estas unidades económicas pueden o no ser provistas de personalidad jurídica a los efectos del derecho privado, pueden o no constituir entidades separadas de las empresas o personas que la componen, pero a los efectos económicos por la *unidad de control* que las dirige, se consideran sujetos pasivos de obligaciones tributarias, aunque los hechos imponibles hayan sido aparentemente realizados por sus miembros"¹⁸.

"Parke Davis y Cía. S.A." pretendió deducir en un balance impositivo las acreditaciones por concepto de regalías efectuadas a favor de "Parke Davis C", de Detroit, Estado de Michigan (U.S.A.), titular del 99,95 % de sus acciones. La pretensión fue rechazada por el Tribunal Fiscal de la Nación el 24-3-1970, y la Suprema Corte de Justicia confirmó el pronunciamiento con fecha 31-1-1973¹⁹.

En esa oportunidad dijo el Alto Tribunal que "esa cuestión de la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente conduce al examen de otro problema propio de la materia en recurso; planteado por el apelante: el alcance de la «realidad eco-

¹⁸ Cámara Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, Diciembre 22, 1952, La Ley, t. 71, pág. 586. Voto del doctor Dino Jarach.

¹⁹ El Derecho, t. 48, pág. 1043.

nómica», específicamente aceptado en las leyes impositivas nacionales (arts. 11 y 12 ley 11.683, t. o. en 1962)''.

“En el primero de esos artículos se dispone que en la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica”. Este enunciado se perfecciona en el artículo 12, disponiéndose que para “determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan contribuyentes, configurándose la intención del precepto en los párrafos siguientes.

“Tal regulación normativa da preeminencia, para configurar la cabal intención del contribuyente, a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a esa realidad económica.”

Los párrafos transcriptos son expresión de una jurisprudencia consolidada, precursora en materia de control societario y de organizaciones económicas en general, recogida en las diversas leyes impositivas sustanciales y procesales.

4. *Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744/74* (t. o. Decreto 390/76)

La Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744/74 (t. o. 1976) contempla específicamente el régimen de control de empresas en el artículo 31, con rasgos similares a los de la ley de impuesto a las ganancias. Ello en el sentido de que apela a la “realidad económica” y a la doctrina del “conjunto económico” para fijar pautas de control²⁰.

Sus efectos en materia laboral son la responsabilidad solidaria del grupo económico frente a las obligaciones contraídas por cada una de las empresas que conforman el conjunto respecto de sus trabajadores, y los organismos de seguridad social.

Dice el artículo 31 citado que “siempre que una o más empresas, aunque tuviese cada una de ellas personalidad jurídica

²⁰ ADLA, XXXVI-B, pág. 1175.

propia, estuviese bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyen un conjunto económico de carácter permanente, serán, a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad, solidariamente responsables cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.

La norma aclara que la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo se produce cuando “hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.

Se ha interpretado que la responsabilidad de los conjuntos económicos en el ámbito laboral sólo debe apreciarse en función de conductas fraudulentas o maliciosas tendientes a eludir obligaciones laborales ²¹.

En consecuencia, lo atacable no es la constitución de diferentes sociedades o empresas, sino que se lo haya realizado con dolo (fraude o temeridad), al exclusivo efecto de provocar algún perjuicio al trabajador o a los organismos de seguridad social ²².

En un caso en que el accionante, trabajador, había ocupado diferentes cargos en distintas empresas ubicadas en el país y en el extranjero, todas integrantes del grupo Dresser, la Cámara de Apelaciones del Trabajo dijo que “si el empleador es un grupo económico con una sola entidad real, que aparece bajo la forma de una persona jurídica diferente de cada uno de los países en que actúa, debe considerarse la situación real subyacente, *aun en ausencia de conductas fraudulentas*, no pudiendo hablarse de cesiones del contrato entre diferentes empresas y debiendo en-

²¹ Sardegna, *Ley de Contrato de Trabajo*, Editorial Universidad, 1982, pág. 119.

²² *Ley de Contrato de Trabajo*, varios autores, Editorial Astrea, 1981, t. I, pág. 282.

²³ Cámara nacional del Trabajo, sala III, febrero 21, 1983. “Adano, O. contra Dresser Argentina S.A.M.P.I.C.”, *Revista del Trabajo y Seguridad Social*, El Derecho, 1983, pág. 746.

tenderse, en cambio, que las partes estuvieron vinculadas por un solo contrato laboral”²³.

“Aun en ausencia de conductas fraudulentas, si el empleador es un grupo económico que aparece bajo la forma de una persona jurídica diferente en cada uno de los países en que actúa, corresponde admitir la responsabilidad de cada una de las subsidiarias por las deudas de otra o de todo el grupo.

“En el artículo 31 de la LCT se establece una garantía a favor del empleado respecto de sociedades del mismo grupo económico en las que él no ha trabajado.”

En el caso se trataba de un despido y la accionante pretendió que se considerara la existencia de un solo contrato para el cómputo de sus años de servicio, porque había trabajado en varias de las empresas integrantes del grupo Dresser, en el país y en el extranjero.

El Tribunal admitió la demanda y también la responsabilidad de todas las sociedades del grupo, aun de aquellas en las que no había trabajado el actor, por tratarse de una única empresa con diversas personalidades jurídicas, y aun en ausencia de conductas fraudulentas específicas hacia el trabajador.

Este interesante fallo interpreta en sentido lato la normativa del artículo 31 de la ley 20.744, con notable similitud a las pautas de control elegidas por la tradición fiscal.

5. *Ley de Entidades Financieras N° 21.526/77*

La Ley 21.526/77, siguiendo el criterio de la ley de sociedades comerciales N° 19.550, no atribuye nacionalidad a las entidades financieras. Define a las entidades financieras locales de capital nacional y de capital extranjero²⁴.

Una entidad financiera es local de capital extranjero cuando el 30 % de su capital es propiedad de personas domiciliadas fuera de la República o estas personas cuenten con los votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas (art. 11).

²⁴ ADLA, XXXVII-A, pág. 121.

La Ley 21.526 crea su propio sistema de control societario con especial referencia al origen nacional o extranjero de los capitales. Reedita los controles de poder económico descriptos en la evolución que inicia este trabajo.

La verificación de este control jurídico-económico acarrea consecuencias jurídicas claras en esta normativa específica. El artículo 13 de la Ley 21.526 señala que sólo se autorizan para funcionar a entidades financieras locales de capital extranjero a bancos comerciales o de inversión y la autorización quedará condicionada a que pueda favorecer las relaciones financieras y comerciales con el exterior. Queda sujeta, asimismo, a la existencia de reciprocidad con los países de origen a criterio del Banco Central de la República Argentina y a la posterior aprobación o denegación del Poder Ejecutivo Nacional.

La calificación de entidad local de capital extranjero es efectuada por la autoridad de aplicación que, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 21.526, es el Banco Central de la República Argentina.

El artículo 16 de la Ley 21.526 agrega requisitos a las entidades financieras de capital extranjero para la apertura de filiales en el territorio nacional. Necesitan "autorización" del BCRA (las nacionales sólo dan aviso) y cumplir con los requisitos de reciprocidad y fortalecimiento de las relaciones financieras y comerciales mencionadas en el artículo 13.

El Banco Central de la República Argentina, en ejercicio de sus facultades reglamentarias, ha dictado varias circulares para fijar normas a observarse respecto de las operaciones con personas físicas o jurídicas vinculadas a las entidades financieras. Determina relaciones técnicas máximas en las operaciones con las personas vinculadas y que deben reflejarse en los estados contables.

Son ellas las Circulares R.F. 1321 y 1322, del año 1981.

Se consideran personas físicas y jurídicas vinculadas económicamente a la entidad financiera a las empresas y personas que ejercen sobre ella o sobre las que la entidad financiera ejerce *el control total o influencia significativa* en las decisiones.

Se entiende por control total de hecho o de derecho cuando

la unidad de decisión del grupo económico revele la existencia de una relación de persona física o sociedad controlante-controlada.

La Circular R.F. 1321 da pautas muy amplias que denotan la existencia de una relación de controlante a controlada y que van desde la titularidad del total del capital de la controlada hasta la financiación por parte de la controlante, o la inexistencia de otra actividad de importancia excepto con la controlada o viceversa.

La posible influencia significativa se advierte por la representación en el directorio, la titularidad de votos suficientes para influir en la aprobación de los estados contables y en la distribución de utilidades, la existencia de operaciones importantes con la vinculada, el intercambio de personal directivo y otras.

6. *Ley de Concursos N° 19.551/72*

La Ley de Concursos N° 19.551/72, reformada por la Ley 22.917/83, también regula su propio sistema de control societario, en este caso para llegar a la extensión de la quiebra de la persona física o jurídica controlante²⁵.

En efecto, la quiebra se extiende a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte (art. 165-2).

Se entiende por persona controlante aquélla que en forma directa o por intermedio de una sociedad, a su vez controlada, posea participación por cualquier título que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social (art. 165-1 a.).

Se adopta el sistema de control interno en sentido amplio, similar al establecido por la ley de inversiones extranjeras, la de entidades financieras y al instituido por la ley de sociedades del año 1972, antes de la reforma de 1983 que agregó el control externo.

²⁵ ADLA, XXXII-B, pág. 1836 y LXIII-D, pág. 3768.

Como novedad legislativa la ley de concursos reconoce la formación del "grupo económico" a partir de las relaciones de control societario que ya se reconocían en la jurisprudencia.

Nuestros tribunales registran casos célebres en materia de extensión de quiebra. Así el fallo de primera instancia en los autos "Swift de La Plata S.A. s/Conc. Preventivo", del 8-11-1971, y más recientemente, "Sasetru S.A. s/Quiebra", también en fallo de primera instancia —firme— del 5/3/1981²⁶.

En el caso Swift S.A., la Cám. Nac. Com. rechazó el concordato votado por los acreedores considerando que la sociedad anónima concursada se encontraba seriamente limitada en su libertad de acción en su política comercial, por estar fuertemente ligada y estructurada en el seno de un grupo de vastísimas proyecciones —el grupo Deltec—, lo que atentaba contra el interés general.

El Tribunal de alzada no hizo lugar a la extensión de la quiebra decretada en primera instancia, por razones de índole procesal. Pero la doctrina sostenida por el Juez de Primera Instancia aún se encuentra vigente y ha sido incorporada a la legislación argentina. Dijo en aquella oportunidad el Juez Lozada que "el suponer que levantar el velo de la personalidad jurídica y enfren-
tar la situación verdadera puede implicar incertidumbre o inseguridad jurídica, sugiere una grave complacencia con la mala fe, el fraude y la desprotección del público que contrata con las sociedades, juntamente con una peligrosa indiferencia por el bien común afectado por coberturas de una unidad real regidas por un único centro de decisión económica, bajo las apariencias de diversas personalidades".

Los parámetros para extender la quiebra de Sasetru S.A. a las 36 sociedades vinculadas fueron: 1) las participaciones recíprocas; 2) directorios comunes, conducción y administración centralizada; 3) desenvolvimiento contable, administrativo y financiero. El Juez interviniente dijo que "de todos los hechos referidos y los elementos analizados queda palmariamente evidenciada la existencia de un conjunto socioeconómico sometido a

²⁶ El Derecho, t. 43, pág. 130; La Ley, Repertorio XLI, 1981, pág. 2494.

una conducción unificada. Es evidente, por tanto, que queda constituida una unidad manejada a través de una voluntad dominante que ha procurado conducir a las sociedades individuales no teniendo en mira lo que podría denominarse el interés social individual sino el grupal, en cuanto éste implicaba la pretendida consecución final del objetivo del conjunto estructurado".

Hoy no se discute en el medio jurídico la procedencia de la extensión de quiebra a la sociedad controlante, más esa procedencia en el caso concreto hay que ajustarla a los parámetros que da la ley de concursos.

V. EL CONTROL SOCIETARIO Y LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES EN EL PAIS

En la ley de sociedades existe un régimen especial para aquellas que, constituidas en el extranjero de acuerdo a las leyes de su país, quieren realizar actividades transitorias o permanentes, establecer sucursal o filial, o algún tipo de representación en el país. También se contemplan los casos de principal sede en el país o que están destinadas a cumplir su principal objeto en el territorio nacional (Arts. 118 a 124).

Conforman un conjunto de normas de derecho internacional privado destinadas a determinar la ley de constitución, funcionamiento y extinción de las sociedades que de diferentes maneras están vinculadas por puntos de conexión con el derecho nacional y también con el extranjero. En términos propios sería la normativa sobre extraterritorialidad en materia societaria en el derecho argentino interno.

Dejamos de lado el tema de la "nacionalidad de las sociedades" que ya ha sido tratado —como se ha dicho— *ad nauseam*. Las sociedades no tienen nacionalidad; vínculo sólo atribuible a las personas físicas. La calificación de "nacional" o "extranjera" refleja sólo una comodidad verbal, para señalar el sometimiento a determinado ordenamiento jurídico²⁷.

²⁷ Halperín, *ob. cit.*, pág. 295.

Lo que se desea analizar son las consecuencias jurídicas del régimen de control sobre las sociedades extranjeras que actúan en el país.

Como regla general sociedades extranjeras son aquellas constituidas en el exterior con arreglo a las leyes de su país de origen, excepto que tengan su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, en cuyo caso serán consideradas como sociedades locales a todos los efectos legales (Art. 118 y 124) ²⁸.

Para participar en la constitución de una sociedad en el país o participar de una ya existente, debe cumplir con los requisitos del artículo 123 de la ley, que se refiere a la inscripción en el Registro Público de Comercio de los antecedentes que acreditan la constitución válida en su país de origen y a la habilitación de sus representantes legales ²⁹.

En la terminología del control societario, el principio expuesto significa que las sociedades controlantes de filiales en el país, deben acreditar los requisitos formales que tienden a precisar la validez del acto que originó su creación ³⁰.

Ahora nos preguntamos cómo se califica una relación de control cuando las sociedades partícipes son de diferentes orígenes. ¿Qué ley se aplica? ¿La ley de funcionamiento de la controlante o la de la controlada?

²⁸ Boggiano, Antonio, *Sociedades y grupos multinacionales*, Depalma, 1985, pág. 13 y siguientes.

²⁹ Rovira, A. L., *Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en el país*, La Ley, t. 155, pág. 983 y sigtes.; *Sociedades constituidas en el extranjero. Participación en sociedades argentinas*, Rev. "La Información", t. XXXV, pág. 766 y sigtes. E. Zaldívar y A. L. Rovira: *El artículo 123 de la Ley 19.550. Una polémica concluida en torno a su alcance*, RDCO, 1979, pág. 731 y ss.; Fallos "Parker Hannifin Argentina S. A.", La Ley, 1977, v. C, pág. 594; "A. G. McKee Argentina Sociedad Anónima", La Ley, 1978, v. B, p. 349; "Saab Scania Argentina Sociedad Anónima", El Derecho, 1979, pág. 387.

³⁰ Rovira, A. L., "Los artículos 30; 31; 32 y 33 de la Ley de Sociedades Comerciales y su aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero", RDCO, 1982, pág. 584.

puede ocurrir que una sociedad extranjera posea participación controlante en una sociedad argentina según el criterio del artículo 33, pero no según la *lex societatis* extranjera.

Un sector de la doctrina opina que la calificación del control del artículo 33 es aplicable también a las extranjeras así como las normas sobre información contable por cuanto apuntan a la protección de los intereses de los terceros, entre los que se cuenta el estado mismo ³¹.

Boggiano analiza la situación como un conflicto de leyes.

Opina que si se aplica la *lex societatis* de la sociedad supuestamente controlada, de hecho se está diciendo también cuándo una sociedad es controlante y viceversa. Entonces, continúa, surge el conflicto ante la acumulación de derechos con igual justificación para ser aplicados. Concluye afirmando la necesidad de calificaciones multinacionales uniformes de control pues la aplicación de la ley fuori —sea de la controlante como de la controlada— para calificar la relación de control, no resulta satisfactoria ³².

A nuestro juicio la calificación del control se rige por la *lex societatis* de cada sociedad, sin acumular requisitos. Solución más justa desde el punto de vista de los intereses generales comprometidos. Así ha sido resuelto por la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de Sociedades Comerciales ³³.

La sociedad argentina controlada según el artículo 33 de la ley de sociedades, sea que la controlante sea nacional o extranjera, está sometida a las normas de información contable previstas

³¹ Rovira, A. L., "Los artículos 30; 31; 32 y 33...", pág. 598. M. C. de Roimiser, "El caso Parker Hannifin y algunas consideraciones acerca del Art. 123 de la Ley de Sociedades y de su relación con los artículos 31; 32 y 33"; RDCO, 1977, pág. 728.

³² Boggiano, *op. cit.*, pág. 174.

³³ La cuarta sesión plenaria de la Segunda Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado estableció que "para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto de las sociedades mercantiles, éstas quedan sujetas a la ley del Estado donde los realizaren. La misma ley se aplicará al control que una sociedad que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado". (Montevideo, 1979).

en los artículos 62 y siguientes de la misma ley, que revelan las relaciones de participación entre sociedades.

Las responsabilidades por el uso abusivo del control societario, ejercido por sociedades extranjeras, se rigen por el artículo 54 de la ley, en tanto se trata de una consecuencia de la calificación del artículo 33.

Existe un vacío legislativo respecto a las obligaciones de información contable que debe proporcionar la sociedad controlante extranjera. Me refiero muy especialmente a la confección de balances consolidados, que sería la única obligación de información contable que no rige para la controlada (art. 62, 3er. párrafo, Ley 19.550).

En el caso rector "Ampex Corporation", la Cám. Nac. Com. Sala C sentó la doctrina según la cual la sociedad constituida en el extranjero que participa de una sociedad en la República no debe llevar contabilidad separada. Es la sociedad de la cual la sociedad constituida en el extranjero es socia, la que debe llevar un sistema de contabilidad independiente ³⁴.

De acuerdo a la doctrina citada no parece que se pueda obligar a la sociedad controlante extranjera —calificada de acuerdo al artículo 33— a presentar balances consolidados, lo que implica cumplir con la demostración contable de sus negocios, sólo exigible a las sucursales, filiales o representaciones de sociedades extranjeras en el país (art. 118 y 120 y jurisprudencia concordante).

Otro aspecto de interés vinculado al control societario y en el que pueden estar involucradas sociedades de distintas nacionalidades, es el de la cesión del control que ha sido objeto de legislación específica en el derecho comparado ³⁵.

En nuestro derecho la transferencia del control no ha sido

³⁴ RDCO, 1977, pág. 100 en nota de M. C. de Roimiser.

³⁵ Ley de sociedades por acciones del Brasil N° 6404/76 para las compañías abiertas, artículos 254 a 256. (Konder Comparato, pág. 205 y sigtes.). En Francia el reglamento de "Compagnie des Agents de Change" del año 1973 aplica a las cesiones de control las normas de oferta pública para la adquisición de acciones.

objeto de una regulación general. Por lo tanto para las sociedades comerciales los derechos de los accionistas minoritarios se harán valer a la luz del principio de abuso del derecho —Art. 1071 Cód. Civil— y la lealtad negocial —Art. 1198 Cód. Civil— frente a los accionistas controlantes cualquiera sea su origen. Este criterio a nivel societario ya ha sido reconocido en la jurisprudencia³⁶.

El artículo 15 de la ley 21.526 de entidades financieras establece que los directorios y síndicos de las entidades financieras constituidas como sociedades anónimas en el país deben informar al Banco Central de la República Argentina sobre cualquier negociación de acciones capaz de producir un cambio en la calificación de las entidades o alterar la estructura de los respectivos grupos de accionistas. Este artículo ha sido reglamentado por la Circular R.F. 1243 del Banco Central. Esta autoridad se expide sobre la oportunidad y conveniencia de la negociación propuesta en base a una amplia información y provisión de datos que deben suministrar las partes involucradas en la operación.

³⁶ Cám. nacional comercial, sala D, 23-12-81; "Sichel, Gerardo F., contra Massuh S. A.", con nota de Raúl Aníbal Etcheverry. "Las Sociedades y la buena fe negocial". "En materia societaria la lealtad recíproca entre los accionistas o socios es un deber exigible, porque de otra manera, desaparece la perspectiva de convivencia dentro de la sociedad y ésta se convertiría en un haz de derechos individuales en permanente conmutación egoísta. Este deber de consideración está impuesto por el artículo 1198 del Código civil, en cuanto prescribe que las cláusulas implícitas en todo contrato son las especificadas en los deberes de buena fe y en el verosímil entendimiento de las cosas. Uno de esos deberes es la "consideración" con el otro contratante, consideración tanto más imperativa cuando, como sucede en este caso, el "otro es un socio" (del fallo). En el caso se trataba de una maniobra sutil de la mayoría para impedir el ejercicio del derecho de preferencia de la minoría, licuando su participación en el capital social. "...también obra en el supuesto, la magnífica regla que impide el ejercicio abusivo de los derechos llave de cierre de un sistema complementario de derecho para una comunidad nacional; la letra del artículo 1071 del Código Civil, aplicable a este caso societario, no deja lugar a dudas...", (del trabajo de Raúl Etcheverry), La Ley, t. B, 1983, pág. 493.

La Comisión Nacional de Valores estableció por Resolución nº 60 del año 1980 un procedimiento especial cuando se pretendía obtener una cantidad de acciones que permita alcanzar el control de una sociedad a través de la oferta pública de títulos valores. Sin embargo por Resolución nº 63 del año 1981 dicho procedimiento fue derogado no siendo obligatorio actualmente ningún recaudo especial para la adquisición del control por oferta pública.

VI. ¿EXISTE UN "SISTEMA" SOBRE CONTROL SOCIETARIO EN LA LEGISLACION ARGENTINA? CONCLUSIONES

"Sistema" es el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí³⁷.

Aplicado dicho concepto al control societario en la normativa local equivaldría a encontrar un orden de entrelazamiento entre las distintas leyes que convergen sobre el tema, lo que parece difícil desentrañar.

Existen varias leyes que fijan pautas para determinar el origen del poder efectivo de dirección de los negocios sociales, o de la actividad empresarial, o la posibilidad de disponer de los bienes ajenos y de decidir por otro como prerrogativa propia, según diversas nociones aportadas por autorizada doctrina³⁸.

Dichas pautas responden a un mismo principio: *aclarar las relaciones de poder permanente, no episódicas, sobre la actividad de la sociedad.*

Este es el tronco de la teoría del control recibido en la legislación argentina.

El control que se ejerce en tal sentido es una herramienta jurídica, un recurso técnico, como lo es la capacidad, la personalidad jurídica o la concepción organicista. Una teoría, en fin,

³⁷ Diccionario de la Real Academia Española 20ª edición, 1984.

³⁸ Claude Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, págs. 150, 107 y 161; Giuseppe Ferri: *La società*, nº 252; Konder Comparato, pág. 100.

—sin color específico— un “conocimiento especulativo con independencia de toda aplicación”³⁹.

La aplicación de la teoría del control ha respondido a fines diversos y están reflejados en distintas leyes.

Las pautas para determinar el control son más restringidas —control interno o jurídico— o más amplias —control externo o económico— de acuerdo a las consecuencias jurídicas que cada ley atribuye al control.

Dentro del marco ideológico precedente ensayaremos algunas consideraciones para armonizar los diferentes regímenes del control societario en la legislación argentina.

1. Se podría afirmar que la ley de sociedades contiene un “sistema de control” para todas las sociedades en los artículos 33, 54, 62 y concordantes que no se aplica en principio a las situaciones que tratan las demás leyes referidas en apartados anteriores, sin perjuicio de que puede utilizarse como régimen supletorio para llenar sus lagunas (Cap. IV, 1).

El objetivo básico de la ley societaria es la publicidad de la concentración económica para conocimiento del estado, los socios, accionistas y terceros en general.

Las relaciones de control se conocen a través de los estados contables y sus informaciones complementarias.

Es interesante destacar que la ley societaria incorpora a la antigua vinculación entre responsabilidad y poder de gestión, la relación entre responsabilidad y poder de control. A la responsabilidad culposa o presumida de los administradores sociales, se suma la responsabilidad que ejercen los controladores⁴⁰.

La teoría del control es el resultado del giro operado en las relaciones de poder que acompañó al crecimiento de las empresas.

La tradicional antinomia, o fuente de conflictos entre accionistas mayoritarios y minoritarios, se ve desplazada en el juego de las cesiones de control y en el crecimiento del control externo —que es el que ofrece menos riesgos— al plano de los conflictos.

³⁹ Diccionario de la Real Academia Española.

⁴⁰ Konder Comparato, pág. 324.

tos entre accionistas controlantes y accionistas controlados. Entre el grupo de control versus el grupo que no detenta el poder de control. Entre el grupo que decide y pretende lucrar con la transferencia del control y los accionistas ajenos a tal decisión.

Entre el grupo que designa el directorio, aprueba los balances y define la reforma de los estatutos y el grupo que es dueño de un paquete que no da control. Entre el grupo que ejerce una influencia dominante y el que no gobierna el patrimonio social⁴¹.

Los ordenamientos restantes analizados en este trabajo tienen fines específicos.

2. La legislación concursal instrumenta el control societario para extender la quiebra a la controlante abusiva (Cap. IV, punto 6).

3. Las demás leyes son de derecho económico porque denotan la intervención del estado como gestor de una política fiscal, social, de crédito y de inversiones externas (Cap. IV, puntos 2, 3, 4 y 5)⁴².

El control determina la participación de capitales extranjeros —ley de inversiones extranjeras y de entidades financieras— para fijarles un régimen especial en el ordenamiento de la economía.

La ley de contrato de trabajo y la de impuesto a las ganancias sustentan el control para conformar el concepto de "conjunto económico" que es la versión en estas áreas del grupo de empresas, y constituye un concepto económico antes que jurídico, como lo tiene dicho la jurisprudencia. El propósito es evitar que la apariencia de personalidad jurídica independiente burle las res-

⁴¹ J. K. Galbraith, *El nuevo estado industrial*, Sarpe, 1985, pág. 138; Raúl Etcheverry, *Algunas reflexiones sobre la contraposición de intereses en el ámbito de las sociedades anónimas*, RDCO, 1984, pág. 447; Jean Pailluseau, *Fundamentos del derecho de las sociedades*, RDCO, 1984, pág. 383; Eduardo Roca, *Transferencia del paquete de acciones*, *El Derecho*, t. 9, pág. 968; Odriozola, *Acerca de las acciones de control*, RDCO, 1978, pág. 1233.

⁴² Angel Rojo, *El derecho económico como categoría sistemática*, RDCO, 1982, pág. 197 y siguientes.

ponsabilidades que, como empleador —en un caso— o como contribuyente —en el otro— le corresponden.

4. Paralelamente al esquema descripto coexiste el régimen de sociedades constituidas en el extranjero que realizan alguna actividad en el país, aislada o permanente, en forma directa, o mediante sucursal, filial o cualquier tipo de representación.

Se trata de un sistema de normas de derecho internacional privado material, que debe ser acatado por las sociedades que quieran actuar en el país, y por todo inversor extranjero que se encuadre en las situaciones de los artículos 118 a 124 de la ley de sociedades.

Para actuar en la República las sociedades extranjeras, en tanto personas jurídicas y con independencia de su objeto, se ajustan a la normativa específica sobre extraterritorialidad partiendo del principio de que las leyes de su constitución rigen su funcionamiento.

Las reglas del control societario y la nacionalidad de las personas físicas socias no convergen como puntos de conexión para establecer la *lex societatis*, tal como se expresa en el Cap. II. de este trabajo.

En cambio, se producen conflictos de leyes en torno a la calificación del control y la aplicación de sus consecuencias jurídicas para las sociedades extranjeras que actúan en el país, según se ha expuesto en el Cap. V de este trabajo, acercando propuestas luego de la reforma de la ley societaria en el año 1983 que incrementó obligaciones de información contable de las sociedades controlantes.

VII. SUMARIO

No hay un sistema único de control societario en la legislación argentina.

Sin embargo hay un régimen "madre" aplicable a todas las sociedades, cualquiera sea su objeto, y lo contempla la Ley n° 19.550. Su finalidad es reflejar las situaciones de concentración económica, y castigar los abusos del poder de control.

Además hay diversas leyes, con regímenes propios ajustados a sus finalidades específicas. Las sociedades extranjeras controlantes se deben ajustar a los regímenes de control interno contenidos en las leyes argentinas, con las particularidades propuestas en el Cap. V de este trabajo.

Este abanico de "tests de control" pone en evidencia que la llamada teoría del control es para nosotros, una mera herramienta jurídica, un recurso técnico, estrechamente vinculado al derecho económico. En el Cap. VI del trabajo se ensaya un ordenamiento de las diversas leyes argentinas que regulan la teoría del control en las sociedades comerciales.

SOMMAIRE

L'EXERCICE DU POUVOIR DANS LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES CONSEQUENCES JURIDIQUES DANS LA LÉGISLATION ARGENTINE

L'article présente d'un point de vue interdisciplinaire les modalités législatives de l'exercice du pouvoir économique dans les sociétés. Dès ce point de départ l'article se propose de chercher des critères systématiques. Les lois sont différentes et contiennent des critères communs ou divers pour préciser qui exerce la direction des affaires de la société. Les buts sont aussi différents. Les conclusions approchent les points de vue sur les fonctions actuelles de la théorie du contrôle et son caractère instrumental.

SUMMARY

THE EXERCISE OF DECISION-MAKING POWER WITHIN PARTNERSHIPS AND CORPORATIONS UNDER ARGENTINE LEGISLATION

The paper draws on different fields of research to discuss the legal regulation of the exercise of economic power in partnerships and corporations.

The author picks up different pieces of legislation containing coinciding and sometimes differing criteria as to the relevant features implied by the notion of "control and management of corporation business".

The paper shows that those pieces of legislation endeavour to achieve different goals.

As a conclusion, the author tries to link different approaches on the contemporary role of the "theory of control" and its instrumental meaning.

SOMMARIO

L'ESERCIZIO DEL POTERE NELLE SOCIETÀ COMMERCIALI CONSEGUENZE GIURIDICHE NELLA LEGISLAZIONE ARGENTINA

Il lavoro ha come scopo presentare le modalità legislative dell'esercizio del potere economico nelle società con una impostazione interdisciplinaria. Questo premesso, ci proponiamo individuare criteri sistematici. Le leggi sono diverse e varie e includono contenuti comuni o singoli per poter stabilire a chi sarà affidata la conduzione degli affari sociali. Anche gli scopi sono diversi e variati.

Le conclusioni avvicinano punti di vista circa le attuali funzioni della Teoria del Controllo e la sua natura strumentale.

ZUSAMENFASSUNG

DIE AUSÜBUNG DER MACHT IN DEN HANDELSGESELLSCHAFTEN - JURISTISCHE FOLGERUNGEN IN DER ARGENTINISCHEN GESETZGEBUNG

Diese Arbeit hat den Zweck die gesetzliche Modalität der Ausübung der ökonomischen Macht in den Gesellschaften mit einer Interdisziplinären Einstellung vorzulegen. Davon Ausgehend, der Vorschlag beabsichtigt systematische Gesichtspunkte zu finden. Die Gesetze sind verschieden und schliessen gewöhnliche oder unterschiedliche Richtlinien ein, um festzulegen, wer die Leitung der Gesellschaft ausübt. Die Zwecke differieren. Die Schlussfolgerungen nähern Gesichtspunkte über die aktuellen Funktionen der Überwachungstheorie und dessen Instrumentalcharakter.

BIBLIOGRAFIA

NOTAS DE LIBROS

TUNC, André, *Le Droit Américain des Sociétés Anonymes*. Ed. Coll Etudes Juridiques Comparatives, 1985.

Nuestra admiración y afecto por André Tunc (Profesor Emérito de la Universidad de París) podría hacernos pasible de un subjetivismo difícilmente superable. Tenemos para nosotros que la producción monumental del ilustre profesor francés, la claridad de su lenguaje, el aporte de una erudición realmente singular, las síntesis que logra, su mirada de simpatía para el mundo y su organización jurídica y otras calidades ponderativas que me economizo en señalar, hacen que esta admiración y afecto personal sea igual a todos los que tienen la suerte de encontrarlo en su camino.

Esas calidades se reflejan en toda su obra y hacen que allá esté aureoleada por el placer de transmitir sus ideas y su información que se traduce en la sonrisa que esboza aquí en todas las líneas que escribe.

Henos pues con el libro más reciente de nuestro autor.

Vano intento sería hacer una síntesis de esa estupenda síntesis, tanto más valiosa si se tiene presente que en muchos aspectos no se trata de una unidad económico-jurídica dado el carácter federal de la nación norteamericana.

Señala el Profesor Tunc que si bien tituló a su libro "El derecho americano de la sociedad anónima" en este trabajo se ocupará del derecho de las sociedades anónimas en los Estados Unidos de Norteamérica, de manera diré, que excluye el Derecho cana-

diense y la de los países de América Latina "tan americano como aquél".

En cerca de trescientas páginas nos refleja el complejísimo drama jurídico, económico y social que protagonizan las sociedades por acciones.

Quien quiera acercarse a esta problemática en que esta actividad económica es esencial en nuestro mundo occidental, encontrará en este bellísimo brevario la más adecuada formulación de las notas básicas de ese instituto.

Previa una introducción en la cual recorre las tonalidades de esa compleja institución, dedica seis capítulos sucesivamente sobre la historia y fuentes del derecho, la formación de la sociedad, la reunión y la protección de los activos, la protección del accionista —el capítulo más nutrido de la obra (98 páginas)—, los cambios fundamentales (fusión, oferta pública, la toma del control y otros aspectos residuales) y la pequeña sociedad (*close corporation*).

Con la benevolencia de los lectores reproducimos algunos párrafos que pueden dar una idea provocativa para el estudio de esta obra.

"Or, le droit des sociétés anonymes est un domaine où il nous semble particulièrement utile d'observer ce qui se fait à l'étranger. C'est ce qu'à compris le Japon. Voulant, il y a quelques années, procéder à une réforme de son droit des sociétés, il a fait étudier soigneusement quatre droits étrangers: ceux des Etats-Unis, de l'Angleterre, de la France et de l'Allemagne. Sa commission de réforme a fait traduire les textes, a adressé des questionnaires à des experts de ces pays, les a invités à des séminaires. C'est qu'en matière de sociétés, on retrouve le même genre de problèmes dans tous les pays industrialisés. On a souvent dit que les «psychologies» étaient différentes. Mais partout on retrouve le même éventail de «psychologies»: de celle du «bon père de famille» à celle du spéculateur «au jour le jour» — l'un et l'autre s'effaçant d'ailleurs devant l'épargne collective, elle aussi diversifiée dans ses objectifs. Les pratiques elles-mêmes se répandent très vite d'un pays à l'autre. Et gare à la nation qui ne serait pas vivifiée par des courants de pensée venant de l'extérieur!"

* * *

"6. Non moins important est l'apport du barreau au déve-

loppement du droit fédéral comme à celui du droit des Etats.

La proportion des avocats qui se spécialisent dans le droit des affaires, et plus particulièrement dans le droit des sociétés, est beaucoup plus importante aux Etats-Unis qu'en France. Divorces, accidents, droit pénal, attirent évidemment à côté de quelques idéalistes, une foule de médiocres. Mais, parmi les étudiants en droit, une bonne fraction des meilleurs esprits, sinon la plupart, s'orienteront vers le droit des affaires, notamment des sociétés. Ils entreront peut-être dans le département juridique d'une société et seront sans doute étroitement associés à la marche de celle-ci. Ils préféreront peut-être un de ces grands cabinets d'avocats auxquels les départements juridiques des entreprises font appel pour les affaires plus importantes. Ou encore, ils plaideront parfois pour des actionnaires contre des dirigeants de sociétés. Où qu'ils soient, les avocats (*lawyers*) vont creuser les problèmes, concevoir de nouvelles idées ou des arguments nouveaux, inventer des pratiques nouvelles."

* * *

"8. Si encore ce droit sévère assurait vraiment la protection de l'actionnaire et du public...

Mais quand une société tombe, ce qui arrive aux Etats-Unis comme ailleurs, on découvre souvent, non seulement des erreurs de gestion, mais des pratiques indélicates. Reste que ces indélicatesses sont probablement, grâce au droit, plus rares qu'ailleurs, et, quant elles existent, plus couramment dévoilées et sanctionnées. Leur importance dans ces dernières années a suscité un recours accru au droit pénal".

* * *

"19. Cet ouvrage traitera uniquement de la *business corporation*, qu'il s'agisse d'une *close corporation* ou d'une société géante.

Peut-être est-il bon, en effet, de rappeler que «la» société par actions offre un extraordinaire éventail, que le nombre de ses *actionnaires* varie de l'unité (*one man corporation*) à quelques millions, et ses actifs, des sommes les plus minimes jusqu'aux dizaines de milliards de dollars.

Ce sont là des faits bien connus, même si l'on a tendance à les oublier, et que l'on retrouve plus ou moins dans tous les pays industrialisés. Pour fixer les idées, donnons pourtant quelques chiffres.

Sur 2,7 millions de sociétés en activité en 1980, réunissant un actif de plus de 7.600 milliard de dollars, une majorité

(55 %) avaient un actif inférieur à 100.000 dollars. L'ensemble de leurs actifs ne représentaient que 0,6 % du total. D'un autre côté, 2.900 sociétés, soit à peine plus de 1 pour 1.000, avaient chacune plus de 250 millions d'actif et réunissaient 70 % de la masse globale. Si l'on considère même l'ensemble des sociétés ayant un actif d'au moins 10 millions — ce qui est très modeste —, elles ne sont que 1,3 % en nombre, mais 88 % en valeur.

L'éventail, on l'a dit, n'est pas moins ouvert en ce qui concerne le nombre d'actionnaires. Plus de 90 % en ont 10 ou moins (chiffre médian: 3), 1 % en a plus de 100 et il n'y a pas 100 sociétés qui en aient plus de 100.000.

Ces chiffres, qui montrent à quel point les grosses sociétés dominent la scène économique, ne doivent pas faire oublier l'importance de la petite entreprise.

Les sociétés posséderaient 28 % de la fortune américaine, chiffre pratiquement inchangé depuis cinquante ans, cependant que leur part dans le revenu national aurait tendance à diminuer.

Cela dit, nous céderons évidemment à la tendance naturelle, qui est de considérer avant tout les grandes sociétés. Cela est d'ailleurs assez légitime. Quand une société a moins de 10 actionnaires, on pourrait presque considérer que ceux-ci ne méritent guère de protection: ils se connaissent ou doivent se renseigner personnellement les uns sur les autres, puis surveiller personnellement leurs dirigeants. La situation est différente dans les sociétés dont les titres sont offerts au public. Le particulier ne peut pas alors se renseigner par lui-même. On comprend que la loi doive veiller à son information, pour lui assurer une certaine protection".

Con toda razón el Profesor B. Stevenson le escribe:

"I cannot conclude this letter without remarking on how extraordinarily successfully you have captured an extremely complex body of law. Translated into English your text would make a very useful summary treatise for american lawyers and law students".

Agregamos:

"y para el resto de quienes se interesan por este tipo de sociedad".

IGNACIO WINIZKY

REVISTA DE REVISTAS

ASHE, Barry W., *Disciplining maritime pilotes: a review of state and federal pilotage regulations*, Tulane Law Review, vol. 58 June 1984, págs. 1460-1498.

El practicaaje como función a bordo de los buques, posee un tradicional abolengo. El capitán más experto puede ver perdida su nave si se aventura en zonas desconocidas, de donde surge la importancia fundamental de esta tarea.

Así la cita de Ezequiel 27:28 —con que a modo de prólogo inicia su estudio Ashe— parece de lo más adecuada, tanto para ubicar la importancia de la función mencionada, como sus lejanos orígenes.

El punto de este importante comentario gira alrededor del poder disciplinario del gobierno central y de los estatales, con relación a las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y a la suspensión o revocación de sus licencias.

Recuerda en una de las extensas y documentadas notas que completan el texto, que ventitres estados de la Unión han dictado normas sobre el practicaaje obligatorio.

Desde el punto de vista nacional, tanto las licencias como su control depende de la 'United States Coast Guard'.

Sin embargo los estados otorgan licencias de practicaaje para que éstos actúen en los barcos sujetos a sus respectivas matrículas y de navegación costera y en sus zonas de influencia.

La existencia de estos dos tipos de licencias, con sus dobles poderes disciplinarios, a cargo de cada organismo que las otorga, como muy bien señala el autor, no propende ni a la seguridad ni a la uniformidad de las normas.

Con motivo del trágico accidente que ocurriera en la Bahía de Tampa, en mayo de 1980, cuando un buque conducido por un práctico con licencia otorgada por la Asociación de la Bahía de Tampa, destruyó uno de los pilares del Sunshine Skyway Brid-

ge, produciendo la caída al mar de varios automóviles y la muerte de más de treinta personas, con graves daños materiales al mismo, se replanteó el asunto.

Se puso en evidencia una vez más que, frente a la política del Coast Guard, con relación al poder de disciplina por faltas de los prácticos que el mismo controla, no sucede lo mismo con los estatales.

Así se hizo público el hecho de que durante los cinco años anteriores a dicha tragedia, el Comité de Supervisión de los Prácticos de Tampa no había impuesto ninguna sanción a ninguno de los prácticos bajo su control, por errores en sus tareas.

Ante esta situación, que según el autor, pone en grave riesgo la navegación en los Estados Unidos, la solución aparece como difícil.

El Coast Guard trató de que se sancionaran leyes otorgándole mayor poder de control, pero siempre se chocó contra los derechos de los estados integrantes de la unión.

Propone finalmente Ashe, para conjugar los distintos criterios e intereses en juego, la creación de un Comité único o nacional, formado por los propios prácticos, el cual controle la actividad e imponga las sanciones a que hubiere lugar.

OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL

CODIGOS

ABELED0 - PERROT

bajo la supervisión de destacados especialistas

- Código Civil de la República Argentina
- Código de Comercio de la República Argentina
- Código Penal de la Nación Argentina
- Código Aduanero de la República Argentina
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
- Código de Procedimientos en Materia Penal

SIEMPRE ACTUALIZADOS



OBRAS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

ABELED0 - PERROT

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 4 —Asociación Argentina de Derecho Comparado. Comprende la Noción de *Fuente de Derecho*, con la colaboración de Cracogna, Farrell, Vilanova, Zuleta Puceiro y Cueto Rúa.

BULYGIN, FARRELL, NINO, RABOSI (compiladores). — *El lenguaje del Derecho* (Homenaje a Genaro Carrió).

CARRIO, G. — *Notas sobre Derecho y Lenguaje*.

CUETO RUA, J. — *Fuentes del Derecho*.

FARRELL, M. D. — *Utilitarismo, ética y política*.

FARRELL, M. D. — *La ética del aborto y la eutanasia*.

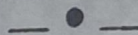
HART, H. L. A. — *El concepto de Derecho*. Traducción del doctor Genaro Carrió.

HOLMES, O. W. — *La senda en el Derecho*.

SMITH, J. C. — *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*.

VERNENGO, R. — *La interpretación literal de la ley*.

VILANOVA, J. — *Elementos de filosofía del Derecho*.



"ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA"

OBRAS DEL DERECHO COMERCIAL

ABELED - PERROT

- ALSINA, BASALDUA, COTTER MOINE. — *Código Aduanero. Comentarios. Antecedentes, Concordancias, Arts. 585 a 672.*
- BARREIRA DELFINO, E. — *Manual Jurídico para Empresas.*
- CORVALAN, A. R. — *Derecho Cooperativo Argentino.*
- COSENTINO, E. T. — *Régimen Jurídico del Transportador Aéreo.*
- FERRI, G. — *Títulos de Crédito. Traducción al español de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, por el doctor Fernando A. Legón.*
- GAGLIARDO, M. — *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas.*
- GAGLIARDO, M. — *El Directorio en la Sociedad Anónima.*
- MASCHERONI, F. H. — *Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Tercera edición actualizada con las reformas de las leyes 22.903 y 22.985.*
- MOYANO BONILLA, C. — *Violación del espacio aéreo e interceptación de aeronaves.*
- MOYANO BONILLA, C. — *La interpretación de los tratados internacionales.*
- ROVIRA, A. L. — *Sociedades extranjeras.*
- VILLEGAS, C. G. — *Derecho de las Sociedades Comerciales, 2ª edición, ampliada.*
- WILLIAMS, J. N. — *La letra de cambio y el pagaré, 2 tomos.*
- ZALDIVAR, MANOVIL, RAGAZZI. — *Contratos de colaboración empresarial.*