

REVISTA
JURIDICA
DE
BUENOS AIRES

1

9

8

7

II

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

REVISTA JURIDICA
DE
BUENOS AIRES

1987

II



ABELEDOPERROT

BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sienra.

Secretario Académico: Profesor César Sicler.

Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Saura.

Subsecretaria Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

Consejeros Titulares: Dr. Alberto Antonio Spota, Dr. Ezequiel Bulygin,
Dr. Carlos Horacio Vidal Taquini, Dr. Sergio Nilsoño Le Rosa, Vlá-
tor Zanenfeld, Eduardo Ángel Russo, Miguel Ángel Ekmeleddin,
Alejandro Jorge Padilla.

Consejeros Suplentes: Jorge Omar Maffía, Dr. Jaime Eduardo Makarewicz
Gott, Dr. Carlos E. Alchourrón, Norberto Eduardo Spofarsky, Dr.
Manuel Antonio Laquis, Alejandro M. E. Giugliani, Hebe Mabel
Leonardi de Herbón.

Graduados:

Consejeros Titulares: Jorge Alberto Kors, Carlos Alberto Oscar Carró,
María Cecilia Gómez Mastá, Eduardo E. Peña.

Consejeros Suplentes: Néstor A. Subiquai, Jorge F. Ovidio Alberner,
José María Monner Sans, Ana Elá Caroneate.

Alumnos:

Consejeros Titulares: Pablo Rueda, Jorge Resqui Vizcaino, Gustavo Craxi-
beda Paz, Alejandro Quiróga.

Consejeros Suplentes: Flavia Cozaboz, Raúl Marcelo Mazzarini, Juan Ca-
ronchel.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director: Profesor (E) Dr. Ignacio Wisnizky.

Subdirector: Profesor (C) Dr. Carlos J. Colombo.

Secretario General: Profesor Enrique M. Falcoá.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Profesor (E) Dr. Ignacio Wisnizky.

Subdirector: Profesor Carlos Eduardo Colombo.

Secretaria de Publicación: Profesora Ana María M. de Aguirre.

Comité de Redacción: Pedro Alberdi (E), Augusto Dora Ojeda, Dr.
Oscar A. Fernández Buisa, Daniel H. Lago, Rubén de Esteban Mandovil,
Dr. Nelson Pinao, Jorge Alberto Utrera, Dr. Anselmo Vázquez Via-
baché Dra. Lucía Weinberg.

PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN UN ESTADO
FEDERAL, AUTORIDAD CONCURRENTES
(El caso de los Estados Unidos)

JULIO C. CUETO RÚA *

I. INTRODUCCION

La protección estatal del medio ambiente para evitar su contaminación y degradación, presenta complejos problemas de jurisdicción y administración, particularmente serios en el caso de gobiernos federales.

La experiencia de los Estados Unidos en esta materia puede ser útil e ilustrativa a otros gobiernos de tipo federal, como el nuestro. Hace ya más de treinta años que se vienen llevando a cabo esfuerzos sistemáticos y sostenidos en los Estados Unidos para prevenir, controlar y sancionar actividades dañosas del medio ambiente, poniendo a prueba diversos procedimientos para lograrlo.

Los Estados Unidos, por sus dimensiones, su desarrollo tecnológico y su dinamismo, suelen experimentar primero problemas y dificultades, que luego ganarán magnitud continental. Seguir de cerca la experiencia norteamericana, estudiar sus éxitos y sus fracasos, ganar información detallada sobre su eficiencia, ayudará a efectuar una juiciosa selección de medidas, especialmente en el caso de países de organización federal.

Este artículo procura suministrar alguna información sintética sobre las fórmulas empleadas por el Gobierno federal de

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Los Estados Unidos para coordinar su acción con la de los Gobiernos de los Estados, y de sus diversas autoridades locales (condados y "cities"), una normativa de regulación, control y protección del medio ambiente. El tema ha merecido tratamiento extenso por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Dos casos son particularmente ilustrativos: *Hancock v. Train* (426 U.S. 167), relativo a la protección de la atmósfera, y *E.P.A. v. California* (436 U.S. 200), referente a la protección del agua. A ello haremos referencia en el presente artículo, como así también a las acciones legislativas del Congreso de los Estados Unidos, para poner fin a las consecuencias de esos dos fallos.

II. EL CRITERIO BASICO

En los Estados Unidos, la protección del medio ambiente es materia del interés común y de la autoridad compartida de las autoridades federales y de las estatales. Los fenómenos atmosféricos, hidrológicos y ecológicos, no son locales, no se detienen en los límites políticos de los Estados (States). Tampoco la contaminación ambiental queda reducida a efectos y manifestaciones locales. Las medidas de saneamiento requieren, para ser plenamente eficaces, su complementación con medidas de alcance interestadual.

Hay un interés federal en preservar, proteger y mejorar el medio ambiente. En un país altamente industrializado, como los Estados Unidos, sus fuerzas y elementos dinámicos hacen sentir su presencia más allá de los límites de las jurisdicciones estatales. Los Estados (States), por su parte, procuran garantizar a sus ciudadanos una vida sana e higiénica, a salvo de los estragos y los peligros generales por sustancias tóxicas incorporadas al agua, al suelo, y a la atmósfera. Estas cuestiones se agudizaron notablemente en el curso de las tres últimas décadas.

El Congreso de los Estados Unidos consideró estas cuestiones, respondiendo a intensas presiones de diversos núcleos de la sociedad norteamericana. Un tema de particular preocupación legislativa fue el relativo a la definición de los ámbitos reservados a la autoridad de los Estados y aquellos sujetos a la autoridad de los Estados Unidos. La decisión central fue adoptada por el

Congreso en 1969 al sancionar la National Environmental Policy Act (NEPA), 42 U.S.C. par. 4321-47 (1970) as amended (Supp. V, 1975). Dicha ley declaró ser política del gobierno federal la de atribuir la responsabilidad por el establecimiento de los estándares cualitativos (sustantivos) del medio ambiente al gobierno de los Estados Unidos, tanto era responsabilidad de los Estados (States) reglamentar, complementar y aplicar esos estándares.

En cumplimiento de tal distribución de responsabilidades, el Congreso sancionó durante el curso de la década del setenta diversas leyes protectoras del medio ambiente, estableciendo los estándares mínimos a satisfacer en el territorio norteamericano por personas, empresas, y organismos oficiales, con el propósito de preservar y mejorar el medio ambiente. Tres leyes se distinguen por su importancia:

1 Federal Water Pollution Control Act, as amended, 33 U.S.C. par 1323 (Supp. V, 1975). Esta ley fue sancionada en 1948 (62 Stat. at L. 1155) y luego modificada en 1970 (Water Quality Improvement Act. 84 Stat. at L. 91). Una nueva modificación tuvo lugar en 1972 (86 Stat. at L. 816) en cuya oportunidad se creó el National Pollutant Discharge Elimination System (NPDES). El Gobierno federal quedó obligado al cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias relativas al control y la eliminación de la contaminación de las aguas, establecidas tanto por el Gobierno federal, como por los gobiernos estatales (States), y por los gobiernos locales. Tal cumplimiento era el mismo que se exigía de cualquier persona (Sección 313 de la ley), salvo que el Presidente de los Estados Unidos hubiera concedido una excepción.

2 Clean Air Act, 42 U.S.C. par. 1857-1858 (a) 1970, as amended (Supp. V, 1975). Esta ley, de manera similar a la anterior, dispuso que los organismos federales en las ramas ejecutiva, legislativa y judicial debían cumplir con los correspondientes estándares de emisión federales, estatales, inter-estadales y locales “en la misma medida en que cualquier persona se encontraba sujeta a tales requerimientos”, salvo el caso de una excepción concedida por el Presidente.

3 Noise Control Act. 1972, 42 U.S.C. par. 4901-4918 (Supp. V, 1975). Esta ley sujeta los organismos federales a los niveles de sonidos establecidos por las autoridades estatales y locales. La sección 4 (b) de la ley requiere de los organismos federales el cumplimiento de los requerimientos federales, estatales, inter-estatales y locales relativos al control y la eliminación del ruido en el medio ambiente “en la misma medida que cualquier otra persona sujeta a tales requerimientos”, salvo cuando el Presidente de los Estados Unidos ha concedido una excepción.

La breve síntesis efectuada precedentemente permite ganar una idea del método seguido para proteger el medio ambiente por parte del Gobierno federal de los Estados Unidos. Se destacan los siguientes puntos:

Primero: el Congreso de los Estados Unidos establece los requisitos básicos, aplicables en todo el territorio de los Estados Unidos, con el objeto de proteger el medio ambiente.

Segundo: los Estados (States) tienen la responsabilidad de reglamentar los requerimientos federales pudiendo imponer si así lo desean, más estrictas exigencias.

Tercero: el Gobierno federal y sus dependencias y organismos, se encuentran obligados a cumplir “como cualquier otra persona”, los requisitos y las exigencias establecidas por el Gobierno federal, los gobiernos estatales, los entes inter-estatales y las autoridades locales, salvo las excepciones autorizadas por el Presidente de los Estados Unidos.

Cuarto: la tarea concreta y específica de aplicar los estándares federales y las reglamentaciones estatales y locales, está a cargo de los organismos públicos de los diversos Estados y de las autoridades locales.

El sistema, como se ve, tiende a conciliar y a coordinar la actuación de los organismos federales (primordialmente la Environmental Protection Agency, EPA) y de las dependencias públicas competentes de los diversos Estados, siguiendo un criterio de distribución aparentemente sencillo: los estándares básicos los establece la autoridad federal; su reglamentación y aplicación

queda reservada a los Estados; los organismos federales se encuentran obligados a cumplir los estándares federales inter-estadales y locales “como cualquier otra persona”.

El principio constitucional básico enunciado por Marshall en *McCulloch v. Maryland*, (17 C.S. 316) de la supremacía de las autoridades federales sobre las estatales y locales deja de operar, en el caso de renuncia por parte del Gobierno federal a su supremacía constitucional sobre los Estados (States). Esta doctrina, conocida bajo el nombre de “renuncia a la inmunidad federal” (“waiver of federal immunity”) requiere un acto expreso del Congreso de los Estados Unidos sujetando los organismos y autoridades federales al cumplimiento de disposiciones legislativas y reglamentarias sancionadas por los Estados en materia de su competencia constitucional (Ver, por ejemplo, los siguientes fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos: *Paul v. United States*, 371 U.S. 245; *Kern-Lemeric v. Scurlock*, 347 U.S. 110; *Mayo v. United States*, 319 U.S. 441).

El conflicto. Las leyes sancionadas por el Congreso de los Estados Unidos con el propósito de proteger las aguas y la atmósfera traducían de manera clara y expresa, la voluntad del Congreso de renunciar a la inmunidad federal frente a las leyes, reglamentaciones y requisitos sancionados por los Estados en el marco de los recaudos sustantivos establecidos por el Congreso. La Sección 118 de la Clean Air Act (42 U.S.C. par. 1857f) dispone:

“Cada departamento, organismo, o ente de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial del Gobierno Federal¹ que tenga jurisdicción sobre cualquier propiedad o recurso o² lleve a cabo actividades que se traduzcan, o puedan traducirse, en la emisión de agentes contaminantes del aire, deberán cumplir requerimientos federales, estatales, inter-estadales y locales relativos al control y a la eliminación de la contaminación del aire en la misma medida en que cualquier persona se encuentra sujeta a tales requerimientos. El Presidente puede eximir cualquier fuente emisora de cualquier departamento, organismo o ente de la rama ejecutiva de cumplir tal requerimiento si él determina que el interés máximo

de los Estados Unidos requiere tal exención. . . No se otorgará una exención en base a la carencia de partida presupuestaria, a menos que el Presidente haya requerido específicamente esa partida presupuestaria como parte del proceso de sanción del presupuesto y el Congreso no haya concedido esa partida presupuestaria. Cualquier exención lo será por un período no mayor de un año, pero pueden concederse exenciones adicionales por períodos que no excedan de un año luego que el Presidente haya efectuado una nueva determinación. El Presidente informará cada mes de enero al Congreso todas las exenciones de los requerimientos de esta Sección otorgadas durante el precedente año calendario, junto con sus razones para otorgar tal exención”.

El correspondiente texto de la Federal Water Pollution Control Act, 1ª Sección 313 traduce el mismo criterio, si bien con algunas diferencias. Dispone en la parte pertinente:

“Cada departamento, organismo o ente de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial del Gobierno Federal 1) que tenga jurisdicción sobre cualquier propiedad o recurso o 2) lleve a cabo actividades que se traduzcan, o que puedan traducirse, en la descarga o derrame de contaminantes deberá cumplir con requerimientos federales, estatales, inter-estatales y locales relativos al control y eliminación de contaminación en la misma medida en que cualquier persona se encuentra sujeta a tales requerimientos, inclusive el pago de tasas de servicio razonables. . .”.

De ambos textos legislativos se desprende que el Congreso de los Estados Unidos renunció a la supremacía federal respecto de las autoridades estatales y locales, al aceptar que las dependencias y organismos del Gobierno federal en cualquiera de sus tres ramas, se encontraban obligados a cumplir los requerimientos establecidos por la legislación estatal o local, “como cualquier otra persona”.

Pronto surgió el conflicto entre las autoridades federales, principalmente la Environmental Protection Agency (EPA) y las estatales. Los organismos federales sostuvieron que el Gobier-

no Federal sólo había renunciado a su inmunidad o supremacía respecto de las disposiciones sustantivas (los estándares de operación de las dependencias, equipos o instrumentos del Gobierno federal) pero no respecto de los aspectos procesales, principalmente los relacionados con la gestión ante las autoridades estatales o locales de permisos para operar equipos con aptitud contaminante.

La mayoría de los Estados en ejercicio de las facultades otorgadas por las leyes protectoras del medio ambiente (v. gr. las más arriba citadas sobre atmósfera, agua y ruidos), habían adoptado, por considerarlo más eficaz, sistemas de permisos sin cuyo previo otorgamiento no se podían operar equipos o instalaciones con capacidad contaminante. Ese procedimiento había demostrado ser útil. Permitía una supervisión individualizada de las actividades contaminantes, el cálculo de la contaminación y la selección de medidas idóneas para reducirla y mejorar progresivamente la calidad del medio ambiente.

Los organismos federales sostuvieron que las leyes de protección del medio ambiente sólo les obligan a respetar los estándares sustantivos prescriptos por normas federales, estatales, inter-estadales y locales, como "cualquier otra persona". No existía, en cambio, obligación de cumplir con los aspectos procesales, como la previa obtención de un permiso a ser otorgado por las autoridades estatales, previa petición de las autoridades federales. En esta vena, dependencias de la Marina, del Ejército, de la Agencia Regulatoria Nuclear, se negaron a gestionar ante las dependencias estatales el otorgamiento del permiso requerido por las reglamentaciones del Estado o de las diversas autoridades locales.

La primera interpretación judicial de la Sección 118 de la Clean Air Act la efectuó un Tribunal de Distrito en el Estado de California (California v. Stastny, 382 F. Supp. 222). Resolvió que las autoridades de la base naval de Long Beach, no se encontraban obligadas a solicitar un permiso para operar instalaciones de la Marina a las autoridades de Los Angeles County Air Pollution Control District. Dijo el Juez Federal:

“En la medida en que la norma 10 de las Normas y Regulaciones del Los Angeles County Air Pollution District requiere de los demandados soliciten y obtengan permisos del County Air Pollution District con anterioridad a la operación o empleo de los equipos y maquinarias en la base naval de Long Beach, una dependencia federal, se encuentra más allá del ámbito de los requerimientos impuestos a las dependencias federales por la Sección 118...”.

Poco después, en junio de 1973, otro Juez Federal, en Alabama, resolvió en el caso *Alabama v. Seeber* (502 F. 2d 1238) que los funcionarios federales destacados en Alabama no se encontraban obligados a solicitar permisos de las autoridades locales para la operación de equipos e instrumentos de propiedad federal. Dos meses después, en *Kentucky ex rel. Hancock v. Ruckelhaus* (362 F. Supp. 360), el Juez Federal se negó a expedir una orden judicial prohibitiva de la operación de equipos federales que causaban contaminación, sosteniendo que la Sección 118 de la ley solo se refería a los estándares sustantivos de operación de las maquinarias y equipos para satisfacer las exigencias de la legislación protectora de la atmósfera, pero no a los requerimientos formales o procesales. Entre otras razones de su fallo, dijo el Juez Federal:

“Además, destacamos que un permiso nada tiene que hacer con la calidad del aire. Los requerimientos sustantivos de implementación del plan si tienen que ver, y son estos “requerimientos” los que son esenciales para el mejoramiento de la calidad del aire; son, nos parece, los requerimientos relativos al control y la eliminación de la contaminación del aire a que se refiere la Sección 118”.

El primer caso en que el tema fue abordado por una Cámara Federal de Apelaciones fue *Kentucky ex rel. Hancock v. Ruckelhaus* (497 F. 2d 1172). La sentencia fue dictada por la Cámara Federal de Apelaciones para el Sexto Circuito. Ella resultó contraria a las pretensiones del Estado de Kentucky. Según la Cámara se estaba ante una seria cuestión por encontrarse de por me-

dio la doctrina de la supremacía de las autoridades federales y el principio de la inmunidad federal respecto de las normas o disposiciones estatales o locales. Destacó que la Sección 118 de la Clean Air Act no traía una expresa renuncia a la inmunidad soberana de las autoridades federales y llegó a la conclusión de que la mencionada Sección solo se refería a los estándares sustantivos, y no, en cambio, a las disposiciones procesales. Así, los “requerimientos” que debían satisfacer los organismos federales eran los relativos a los comportamientos necesarios para evitar la contaminación atmosférica, y no los “requerimientos” procesales, tales como la solicitud de permisos para operar equipos, maquinarias e instalaciones federales.

El criterio establecido por la Cámara Federal para el Sexto Circuito no fue seguido, en cambio, por la Cámara Federal de Apelaciones para el Quinto Circuito. En *Alabama v. Seeber*, más arriba citado, la mayoría del Tribunal llegó a la conclusión de que la Sección 118 de la ley se refería tanto a los recaudos sustantivos como a los aspectos procesales o formales. Según la Cámara, la distinción carecía de todo fundamento y, en realidad, no era sino una fórmula utilizada por los organismos federales para eludir el cumplimiento de las exigencias establecidas por la ley para mejorar el medio ambiente.

Luego de estas sentencias contrapuestas de las Cámaras Federales de Apelaciones para el Sexto y el Quinto circuito, se planteó el tema similar relativo al alcance de la Sección 313 de la Federal Water Pollution Control Act, semejante por su contenido a la Sección 118 de la Clean Air Act. El asunto se discutió en *California ex rel. State Water Resources Control Board v. EPA* (511 F. 2d 963), por ante la Cámara Federal de Apelaciones para el Noveno Circuito. Esta dictó sentencia favorable a las pretensiones del Estado de California. Declaró que las dependencias y organismos federales se encontraban también obligados a cumplir las exigencias procesales establecidas por la autoridad estatal y requerir de ella el correspondiente permiso. Destacó la Cámara que desde el comienzo mismo de la acción sistemática del Estado federal para mejorar y proteger el medio ambiente, se había atribuido la responsabilidad primaria por la aplicación

de la legislación protectora del medio ambiente a funcionarios de los diversos Estados de la Unión. A éstos les correspondía controlar el grado de contaminación existente en el Estado y disminuirla. La Cámara sostuvo que

“sin la participación de los organismos federales en el procedimiento administrativo regular del Estado, sería difícil determinar cuáles eran los requerimientos sustantivos propiamente aplicables. En consecuencia, a menos que se les obligara a solicitar permisos como cualquier otro ente que derramaba efluentes, los organismos federales no estarían cumpliendo con los requerimientos estatales —sustantivos o procesales— ‘en la misma medida que cualquier persona se encuentra sometida a tales requerimientos’, debilitando, de tal manera, el propósito de la Sección 313”.

Las posiciones de las tres Cámaras Federales de Apelaciones habían quedado definidas en términos contrapuestos: el Noveno Circuito y la mayoría del Quinto Circuito, consideraban que las autoridades federales se encontraban obligadas a cumplir tanto las exigencias sustantivas como los aspectos procesales, inclusive el pedido, la tramitación y la obtención de un permiso, emitido por las autoridades estatales o locales, para encontrarse en condiciones legítimas de operar equipos, recursos o instrumentos federales. Por el otro lado, el Sexto Circuito y la minoría del Quinto Circuito sostenían la tesis opuesta (autoridades federales solo obligadas a cumplir exigencias sustantivas).

III. EL CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Las divergencias registradas entre las Cámaras Federales fueron sometidas al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia. Esta dictó sentencia en los dos casos apelados, el mismo día, 7 de junio de 1976. Una mayoría de siete jueces adoptó el criterio del Sexto Circuito. Una minoría de dos jueces, el del Noveno Circuito. En ambos juicios, *Hancock v. Train*, y *EPA v. California*, el

voto de la mayoría fue redactado por el Juez White. El caso *Hancock v. Train* se refiere a la Clean Air Act. El caso *EPA v. California*, a la Federal Water Pollution Control Act.

La mayoría de la Suprema Corte se inclinó por la posición de las autoridades federales. Entendió que no había mediado en la especie, la clara manifestación de voluntad del Congreso en el sentido de renunciar a la inmunidad federal frente a la acción legislativa y reglamentaria de los Estados y de las autoridades locales. La síntesis (Syllabus) elaborada en cada caso por el Reporter of Decisions de la Suprema Corte de los Estados Unidos señala el sentido y el fundamento de la sentencia dictada por la mayoría del Tribunal. El del caso *Hancock v. Train* dice así:

“Aunque la Sección 118 de la Clean Air Act obliga a las instalaciones federales que descargan agentes contaminantes del aire a sumarse a las instalaciones no federales en cumplimiento de los ‘requerimientos relativos al control y la eliminación de la contaminación atmosférica establecidos por el Estado’, a obtener permiso de un Estado que cuenta con un plan de implementación aprobado por la autoridad federal, obtener tal permiso no se encuentra entre los referidos requisitos. No se puede encontrar en la Sección 118 ya sea en su texto, ya en relación a la ley como un todo ni tampoco se puede derivar de la historia legislativa de la Clean Air Amendments de 1970, una declaración clara y carente de ambigüedad del Congreso en el sentido de que tales instalaciones federales no pueden operar sin un permiso del Estado. Tampoco se puede inferir, por implicación, la intención legislativa de someter la actividad federal al control del Estado en base a la afirmación de que es solo a través de un sistema de permisos que un plan del Estado aprobado por la autoridad federal, habrá de llevar al cumplimiento de calendarios de tareas y otros requerimientos que pueden ser impuestos administrativamente a las instalaciones federales”.

Y el Syllabus preparado por el Reporter of Decisions en el caso *EPA v. California*, dice así:

‘En tanto las instalaciones federales que descargan contaminantes del agua se encuentran obligadas, conforme a la

Sección 313 de la Federal Water Pollution Control Act Amendments de 1972, a cumplir en la misma medida que instalaciones no federales con los 'requerimientos relativos al control y la eliminación de contaminación' establecidos por el Estado, obtener un permiso del Estado que cuenta con un programa aprobado por las autoridades federales no se encuentra entre tales requerimientos. Las instalaciones federales se encuentran sujetas a regulaciones estatales sólo cuando y en la medida en que una autorización legislativa es clara y carente de ambigüedad, "Hancock v. Train 426 U. S. 167, 96 S. Ct. 2006, 48 L. Ed. 2d. 555", y aquí los Amendments no sujetan las instalaciones federales a los requerimientos de permisos estatales con el necesario grado de claridad".

Kenneth Murchison en su trabajo "Waivers of Intergovernmental Immunity in Federal Environmental Statutes" (Virginia Law Review, t. 62, N° 7, pág. 1177) sostiene que la interpretación restrictiva seguida por la mayoría de la Suprema Corte no guarda relación con la índole de los problemas suscitados por la contaminación ambiental, ni tiene en cuenta adecuada los antecedentes legislativos de las dos leyes citadas, ni la serie de determinaciones directas y procedimientos adoptados por el Gobierno federal; de los cuales surgía con claridad la voluntad del Gobierno federal de someterse a las exigencias, tanto sustantivas como procesales, de las reglamentaciones estatales para colocar a las dependencias, organismos, entes y equipos federales en estricto cumplimiento de esas exigencias. Sostiene Murchison (pág. 1209):

"La máxima de interpretación estricta de las renunciaciones a la inmunidad intergubernamental es particularmente inapropiada en la interpretación de leyes relativas al medio ambiente. Ignora la intención legislativa de lanzar un ataque integrado contra un gran problema nacional y de preservar el ideal del federalismo. A diferencia de *McCulloch* y los casos subsiguientes que desarrollaron la doctrina de la inmunidad intergubernamental, las políticas del Gobierno federal y de los gobiernos estatales en el control de la contaminación son complementarias más que opuestas".

Como era previsible, estos dos fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos causaron marcada preocupación en los diversos núcleos sociales dedicados a la defensa del medio ambiente. Inmediatamente se lanzaron a una intensa actividad para lograr la neutralización del significado de dichos fallos. La vía más directa era, obviamente, una pronunciamiento explícito del Congreso de los Estados Unidos renunciando a la inmunidad federal tanto en los aspectos sustantivos de la legislación protectora del medio ambiente, como en los procesales, incluido el régimen de permisos. En su virtud, las dependencias y los organismos federales (también las Fuerzas Armadas) vendrían a encontrarse obligadas a obtener permisos para la instalación de equipos, maquinarias e instrumentos y su operación, que tuvieran aptitud contaminante.

La movilización de esos pujantes sectores de la sociedad norteamericana dedicados a la defensa del medio ambiente tuvo rápida repercusión en los partidos políticos, en las asociaciones de bien público y en el Congreso. Con gran rapidez se puso en marcha el procedimiento legislativo para lograr una declaración explícita de renuncia a la inmunidad federal también respecto de las exigencias procesales, incluidos los permisos, impuestos por autoridades estatales y locales.

Como consecuencia de esas presiones políticas y de los intereses de la salubridad pública, el Congreso efectuó esa renuncia a la inmunidad federal. Mediante la Public Law 95-217, promulgada el 27 de diciembre de 1977, 91 Stat. at L. 1597, y la Public Law 95-95, promulgada el 7 de agosto de 1977, Stat. at L. 711, se introdujeron modificaciones en el texto de la Federal Water Pollution Control Act y de la Clean Air Act para satisfacer las exigencias formales señaladas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en ambos casos, *Hancock v. Train* y *EPA v. California*.

Quedaron así sancionados nuevos textos legislativos, con referencia a la Federal Water Pollution Control Act se aprobó el texto siguiente (33 U.S.C. par, 1223 [a]).

"Cada departamento, dependencia o instrumentos... del Gobierno federal se encuentran sujetos y deberán cumplir

con todos los requerimientos del Gobierno federal, del Gobierno de los Estados, de las autoridades interestadales y locales, como así también las disposiciones de las autoridades administrativas, los procedimientos, y las sanciones, relativas al control y a la eliminación de la contaminación del agua en la misma manera y con el mismo alcance que cualquier entidad no gubernamental, inclusive el pago de tasas razonables por servicios. La disposición precedente se aplicará (A) a todo requerimiento, sea sustantivo o procesal (inclusive los requerimientos relativos a archivos e informes, y cualquier otro requerimiento) (B) al ejercicio de cualquier autoridad administrativa federal, estadual o local y C) a cualquier proceso o sanción, ya sea aplicada a través de Tribunales federales, estaduales o locales o de cualquier otra manera. Esta sub-sección se aplicará no obstante cualquier inmunidad de tales dependencias basada en cualquier derecho o norma jurídica. Los Estados Unidos serán responsables sólo por aquellas sanciones civiles establecidas por el Derecho federal o impuestas por Tribunales estaduales o locales para hacer efectiva una orden o el procedimiento de tales Tribunales”.

Un texto sustancialmente similar fue sancionado respecto de la protección de la atmósfera (Clean Air Act, par. 118 (a), 42 U.S.C. par. 7418 [a]).

Ambas sanciones legislativas acreditan la intensidad de la voluntad política de los dirigentes norteamericanos de poner a disposición de las autoridades estaduales y locales, cuantos instrumentos jurídicos sean necesarios para asegurar la vigencia de los estándares sustantivos y las reglas de procedimiento establecidos por los gobiernos de los Estados, de los condados y de las “parishes” con el propósito de proteger el medio ambiente. Se tenía la evidencia de que eran los propios organismos del Gobierno federal quienes con mayor asiduidad violaban las normas protectoras del medio ambiente.

Es así como se ha llegado al punto de someter al Gobierno federal a la jurisdicción de las autoridades estaduales y locales no solo respecto de los estándares sustantivos y de los procedimientos administrativos, sino, además, de admitir la proceden-

cia de sanciones civiles aplicadas por autoridades estatales o locales, imponer coercitivamente al cumplimiento de las disposiciones estatales o locales a las autoridades federales. Para decirlo con palabras de rápida comprensión por los lectores argentinos: el Gobierno federal ha aceptado verse demandado por las autoridades estatales y locales, y condenado a cumplir sanciones civiles aplicadas por violación de las normas sustantivas o procesales de protección del medio ambiente.

IV. EPILOGO PARA ARGENTINOS

Los desarrollos legales y jurisprudenciales descritos en esta breve colaboración pueden ser estudiados con provecho por los políticos, los constitucionalistas y los funcionarios argentinos. El tema es muy significativo; se trata de la distribución de los poderes de gobierno entre el Gobierno federal, los gobiernos estatales y las autoridades locales. Está en juego el aprovechamiento de recursos naturales, su procesamiento, la protección del medio ambiente, el desarrollo de actividades industriales. Se enfrentan quienes dan prioridad a la satisfacción de necesidades materiales inmediatas, y quienes prefieren en cambio, la preservación del medio ambiente en beneficio de las futuras generaciones.

La colaboración estrecha y constante de las autoridades federales argentinas con las provinciales, permitiría evitar disputas y enfrentamientos, y el tipo de diferencias públicas de las cuales los casos norteamericanos mencionados en este trabajo son buen ejemplo. Pero no se debería poner excesivas esperanzas en la acción de coordinación y cooperación. Son inevitables los conflictos o las diferencias de criterio entre las autoridades nacionales y las locales. Cuestiones como las relativas al tratamiento de los efluentes industriales, la operación de empresas del Estado con aptitud contaminante, la extracción de recursos naturales en detrimento del medio ambiente, han acreditado la dificultad de lograr y mantener regularmente una estrecha cooperación pública.

En caso de falta de coordinación o de acuerdo entre autoridades de diversas jurisdicciones en la adopción de medidas des-

tinadas a la protección del medio ambiente, prevalecería, tanto en la Argentina, como en los Estados Unidos, la autoridad federal. Operaría la llamada supremacía federal, tan firmemente establecida en ambos países a partir de la decisión de *Mc Culloch v. Maryland*.

Los políticos norteamericanos, a la vista del persistente desdén de las dependencias, organismos, e instalaciones federales por las normas y los procedimientos locales de protección del medio ambiente, y con el propósito de preservar y fortificar el federalismo, tomando en cuenta aspiraciones de las poblaciones locales, no han hesitado en renunciar a la inmunidad federal para reconocer prioridad en el proceso de aplicación de las normas sustantivas y de forma, a las autoridades locales.

El Congreso de los Estados Unidos ha tenido fe en la sensatez, la buena voluntad y el espíritu comunitario de las poblaciones locales. Ha actuado convencido de que esas poblaciones actuarían sanamente motivadas en el ejercicio de potestades ahora dotadas de mayor jerarquía normativa como consecuencia de la renuncia a la inmunidad federal. El Congreso ha acreditado, con su acción, la sinceridad de su voluntad de atribuir efectivas potestades administrativas a los Estados, a los condados y a las parroquias, en todo lo relativo a la protección del medio ambiente. Ha producido, así, una notable descentralización del poder, y generado un complejo mecanismo de compensación y equilibrio promotor de la autonomía individual y de la creciente influencia de los núcleos locales.

¿Estaría dispuesto el Congreso argentino a adoptar una medida similar a la tomada por el Congreso de los Estados Unidos? ¿Estarían dispuestas las autoridades de la Nación a renunciar a su primacía constitucional, en materia de medio ambiente, de modo que las autoridades provinciales o municipales estuvieran habilitadas para sancionar civilmente a organismos, dependencias o empresas nacionales (v. gr. Y.P.F., Gas del Estado, Agua y Energía Eléctrica, Fabricaciones Militares, Ferrocarriles del Estado, Somisa. Y.C.F.) porque continúan emitiendo sustancias contaminantes?

En la Argentina, las disputas entre la Nación y las Provin-

cias han terminado habitualmente a favor de la Nación, y en detrimento de las Provincias. Esa ha sido una de las causas del lastimoso estado de nuestro federalismo, declarado diariamente por políticos y gobernantes, para ser desvirtuado con no menor asiduidad, bajo la invocación del carácter supremo del interés nacional.

Las decisiones del Gobierno federal de los Estados Unidos de transferir a los Estados y a las autoridades locales, la facultad de administrar y aplicar la legislación protectora del medio ambiente, y de dictar normas y procedimientos complementarios para ganar eficacia en la acción, constituye un notable ejemplo, digno de ser imitado por cualquier gobierno deseoso de promover la causa del federalismo.

SUMMARY

The protection of the environment raises some complex jurisdictional problems, particularly in the case of countries where a federal system of government is in force.

The experience of the United States of America in this matter may be of great value to other federal countries, such as Argentina.

The Congress of the United States established the basic standards to be followed by the Federal Government, the States and local authorities, for the protection of the environment; it delegated to the States and local authorities the implementation and the enforcement of those standards, even if the State or the local authorities had established stricter requirements.

The Clean Air Act and the Federal Water Pollution Control Act, among others, established that the Federal Government was bound to comply with State and local requirements as any other person, private or official was bound. Those two Acts appeared, therefore, to have waived federal immunity vis-a-vis State and local governments and regulations in matters concerning protection of air and water.

Diverse Federal Agencies, including E.P.A. and the Armed Forces, construed the waiver of federal immunity to be limited to substantive rules and standards, but not to procedural rules, or the application to State and local authorities for permits for the operation of federal facilities, instruments or equipment.

State and local authorities tried to enforce their regulations concerning issuance of permits, and federal agencies resisted such enforcement. The disputes were then submitted to the federal judiciary for final disposition. The Fifth, the Sixth and the Ninth Courts of Appeal held opposi-

ing views. *The U. S. Supreme Court granted certiorary to settle the matter. In 1976 by majority vote (7 to 2) it decided that Federal Agencies and Instrumentalities were only bound to follow substantive rules and standards, but not rules of procedure or permits.*

In view of the decision rendered by the Supreme Court, the Congress of the United States passed in 1977 two legislative amendments, to make clear that Federal Agencies were bound to satisfy both, substantive and procedural requirements, including civil sanctions applied to the Federal government by State or local courts.

PROBLEMATICA ACTUAL DE LA PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES FRENTE AL PODER EJECUTIVO

HÉCTOR A. MAIRAL *

INTRODUCCION

La expansión de los cometidos que en un Estado moderno se atribuyen al Poder Ejecutivo y a los demás órganos y entidades que integran la Administración pública multiplica las ocasiones de controversias jurídicas entre ella y los particulares. El fenómeno se acentúa, además, debido a la tendencia general de asignar a la rama ejecutiva funciones más propias de los otros dos poderes: tal lo que ocurre con la facultad de dictar reglamentos delegados y de sancionar su incumplimiento que las leyes que regulan la economía suelen atribuir al Poder Ejecutivo. De allí que los ciudadanos, que otrora veían al Poder Judicial fundamentalmente en su rol de dirimidor de litigios particulares, recurran a él con frecuencia creciente para solicitar su amparo frente a la conducta de la Administración que agravia sus derechos.

Evidencia lo universal del fenómeno el hecho de que durante el año 1968 se llevó a cabo en Heidelberg, organizado por el Instituto Max Planck, un coloquio internacional sobre la protección judicial de los individuos frente al Poder Ejecutivo. Fueron presentados en él informes sobre más de 30 países, entre los cuales no figuró la Argentina. Su publicación, conjuntamente con la de los estudios comparativos que sobre esa base se llevaron a

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires.

cabo y de las conclusiones a que entonces se arribó, permitió compulsar el alto grado de protección judicial de los derechos individuales en su confrontación con la Administración pública que regía ya en esos años¹. Desde entonces, en los principales sistemas jurídicos del mundo dicha protección no ha hecho sino aumentar. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos expandió notablemente a partir de 1970 la legitimación para accionar contra la Administración²; en Francia se remedió parcialmente el principal defecto de su sistema que tradicionalmente impedía al tribunal administrativo hacer efectiva la sentencia, al sancionarse una ley que autoriza al Consejo de Estado a imponer *astreintes* a la Administración recalcitrante³; y en Inglaterra y en gran parte del Commonwealth se dictaron leyes que simplificaron y consolidaron los mecanismos tuitivos judiciales frente al Poder Ejecutivo⁴. Por último, en un ámbito que nos incluye, la Convención americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) suscripta en 1969 garantizó la defensa en juicio de todo tipo de derecho así como el acceso a un recurso judicial “sencillo y rápido” para amparar los derechos fundamentales aún frente a quienes ejercen funciones oficiales⁵.

Algo similar pareció ocurrir en nuestro país cuando se sancionó en 1972 la Ley de Procedimientos Administrativos. Sin embargo a quince años de dicha sanción, saludada en aquel entonces como un significativo adelanto por la doctrina adminis-

¹ *Judicial Protection Against the Executive*, Colonia-Nueva York, 1971.

² El *leading case* fue *Association of Data Processing Service Organizations, v. Camp*, 397 U. S. 150.

³ Ley del 16 de julio de 1980.

⁴ En Inglaterra se aplica la nueva Order 53. Statutory Instrument 1977 N° 1955. Para el Commonwealth ver *de Smith's Judicial Review*, 4ª ed. (J. M. Evans), Londres, 1980, p. 565.

⁵ Ver los arts. 8 y 25 de la Convención aprobada en nuestro país por ley 23.054 y ratificada (con reserva sobre otros aspectos) en setiembre de 1984. Al respecto, ver el trabajo de G. R. Moncayo, *Aspectos Actuales de la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, en el número de esta Revista correspondiente a 1985, p. 89.

trativista, se corre el riesgo de coartar indebidamente el acceso a la justicia de quienes han visto sus derechos afectados por la Administración pública. Ha parecido de interés, por ello, explicar la evolución histórica, las influencias extranjeras y las teorías que condujeron a este desenlace y proponer una rectificación de rumbo. Esta rectificación permitirá no solo recuperar el alto nivel de protección que antes de aquella sanción ya se venía desarrollando al amparo de la jurisprudencia interpretativa de la garantía constitucional de la defensa en juicio, sino también extender la protección para abarcar situaciones que hoy en día reciben tutela judicial en los sistemas más adelantados.

EVOLUCION HISTORICA

La Constitución Nacional y las primeras leyes de organización de la justicia federal reconocían sin limitaciones la potestad judicial de entender en las causas en que la Nación era parte⁶. Sin embargo, la Corte Suprema, aplicando la doctrina norteamericana de la inmunidad soberana, interpretó dichas disposiciones como habilitante de su jurisdicción únicamente cuando el Estado actuaba como demandante, exigiendo en cambio la venia legislativa para admitir las acciones interpuestas por los particulares contra la Nación⁷. La Ley 3952 de Demandas contra la Nación, sancionada en 1900, reemplazó este requisito por el de una reclamación administrativa previa, solución inicialmente limitada a las acciones civiles que se interponían contra la Nación en su carácter de persona jurídica, pero que una modificación legislativa de 1932 extendió a aquellas interpuestas contra la Nación como persona de derecho público⁸.

Desde ese entonces, pues, la procedencia de las demandas por responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, cualquiera fuera el carácter con que éste había actuado, fue indiscutible. A ese respecto regían únicamente los plazos generales de prescripción establecidos por el Código Civil.

⁶ C. N., art. 100; ley 27, art. 20; ley 48, art. 2, incs. 5 y 6.

⁷ C. S. N., Seste y Seguich, Fallos, 1-317 (1864).

⁸ Ley 11.634.

Restaba por someter a la Justicia, sin embargo, un significativo sector de la actividad administrativa. En efecto, en virtud de las potestades que la Constitución y las leyes le confieren, la Administración puede, con su decisión unilateral y sin necesidad de auxilio judicial, afectar los derechos de los particulares. En estos casos, cuando la Administración se extralimita y actúa ilegítimamente, no siempre la indemnización del daño constituye un remedio idóneo, ya que los particulares afectados pueden preferir, o incluso necesitar, una sentencia que deje sin efecto el acto administrativo violatorio de sus derechos.

Cuando la ley que otorgaba la potestad en cuestión preveía una acción o recurso judicial contra las decisiones administrativas que se dictaban en su ejecución, la respuesta era fácil. La cuestión se planteaba, en cambio, ante el silencio legislativo a ese respecto. Chocaban aquí varios factores. Por una parte, la garantía constitucional de la defensa en juicio, que exigía la intervención judicial ante medidas estatales atentatorias contra los derechos individuales. Por otra, la renuencia del Poder Judicial a inmiscuirse en asuntos de índole administrativa, renuencia que, a su vez, reconocía dos motivos. El primero era una cierta confusión acerca del rol del Poder Judicial frente al Ejecutivo, vestigio de la antigua máxima según la cual “juzgar a la Administración es administrar”. ¿Podía el juez, acaso, dejar sin efecto la cesantía de un empleado público sin incursionar en actividad reservada al Poder Ejecutivo? El segundo motivo se basaba en la ausencia de leyes que, expresamente y con carácter general, estatuyeran el control judicial en el ámbito nacional. Ello contrastaba con las jurisdicciones provinciales que habían ido dictando sucesivamente códigos especiales para prever, bien que de manera algo limitada, dicho control. En efecto, en sede nacional, si bien se llegó a introducir el fuero contencioso-administrativo en la justicia federal, la ley especial que debía regir en ese ámbito fue vetada por el Poder Ejecutivo⁹.

⁹ Ley 13.511. Ver, al respecto, Bosch, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, p. 21.

Para arribar a una solución correcta se hacía necesario precisar dos cuestiones fundamentales. Una era la reafirmación de la potestad judicial de intervenir allí donde el Estado afectaba derechos individuales, independientemente de su naturaleza civil, administrativa u otra. Esta potestad, por tener basamento constitucional, no requería ser volcada en ley alguna para poder entrar en juego. Tal definición traía aparejada, a su vez, la imposibilidad de atribuir carácter definitivo e irrevisible a los pronunciamientos administrativos que lesionan derechos individuales. La otra cuestión se refería a la distinción entre los conceptos de legitimidad y oportunidad, la consiguiente restricción del escrutinio judicial al primero de ellos y el reconocimiento de la posibilidad de la existencia de cuestiones de legitimidad aun ante el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración. Fue mérito de la doctrina administrativista ir precisando correctamente este segundo aspecto¹⁰. Pero parte de esa misma doctrina introdujo una grave confusión respecto del primer aspecto al exponer en los tratados, y enseñar en las aulas universitarias, el sistema jurisdiccional francés de tribunales administrativos, presentándolo como modelo digno de imitación pese a subrayar simultáneamente su contradicción insoslayable con nuestro régimen constitucional¹¹.

La solución que se buscó inicialmente a este conflicto fue la admisión del recurso extraordinario ante la Corte Suprema para impugnar las decisiones administrativas que afectaban derechos individuales pero respecto de las cuales no existía acción o recurso judicial expresamente previsto¹². Ello exigía considerar al órgano administrativo como “tribunal superior” de la causa

¹⁰ Fundamentalmente, J. F. Linares, *Poder Discrecional Administrativo*, y A. A. Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Capítulo X.

¹¹ Ver por ejemplo, R. Bielsa, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., t. V, N° 1037 y sigtes.

¹² Así, H. H. Heredia, *Contencioso Administrativo, Recurso de Ilegitimidad*, J. A., t. 75, Sec. Doctrina, p. 13. Ver también la reseña de J. F. Linares, *El recurso extraordinario contra decisiones administrativas*, L.L., 132-1300. Ver hoy el art. 257, C.P.C.C.

en los términos del artículo 14 de la ley 48 que regla el recurso extraordinario, y presentaba dos serias limitaciones. Una era la restricción de las causales de impugnación a las que podían ser planteadas en el reducido ámbito de dicho recurso, excluyendo así, por ejemplo, a las cuestiones de hecho¹³. La otra era la concentración de la revisión en la Corte Suprema, con la consiguiente sobrecarga de tareas no bien proliferaran los pedidos de revisión de la actividad administrativa. No es de extrañar entonces, que la Corte Suprema fuera paulatinamente cerrando esa vía y derivando a los quejosos a la acción ordinaria ante los tribunales de primera instancia, tendencia que se afirmó en la década de 1960¹⁴. Formó *pendant* con esta jurisprudencia la decisión del caso *Fernández Arias* en el cual la Corte Suprema exigió que todo pronunciamiento “jurisdiccional”¹⁵ emanado de órganos administrativos estuviera sujeto a control judicial suficiente no siendo idóneo a estos efectos, la sola procedencia del recurso extraordinario fundado en razones de inconstitucionalidad o arbitrariedad¹⁶. Pese a algún precedente discordante¹⁷ se desembocó, así, en la solución constitucionalmente correcta de admitir en forma genérica la intervención judicial amplia, aun ante el silencio de la ley, cuando un acto administrativo lesionaba los derechos subjetivos de un individuo. La vía del amparo creada pretoriamente por la Corte Suprema y reglada luego por la ley 16.986 permitía además un remedio rápido y eficaz contra los actos públicos manifiestamente ilegales.

Es frente a esta evolución que debe considerarse la sanción en 1972 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549

¹³ Jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema: ver E. Imaz y R. E. Rey, *El Recurso Extraordinario*, 2ª ed., p. 68.

¹⁴ Así, por ejemplo, *Unitas Cía. Financiera Argentina S. A.*, Fallos, 220-355; *Ducrey*, Fallos, 243-292; *Montiel v. S. A. de Créditos y Ahorros Occidental*, Fallos, 247-252; *Borro*, Fallos, 259-173; *S. A. Volcán Cuareta*, Fallos, 261-36; *Da Costa Oliveira de Matta*, Fallos, 269-115.

¹⁵ Por las razones expuestas en nuestra obra, *Control Judicial de la Administración Pública* (t. I, p. 10) preferimos utilizar el término “cuasi-jurisdiccional” y así lo haremos en el curso del presente trabajo.

¹⁶ *Fernández Arias c. Poggio*, Fallos, 247-646.

¹⁷ C. Fed. Cap., *Basterrica*, L. L., 93-96.

(LPA). Esta ley introdujo, en sus artículos 23 a 27, un régimen general de impugnación de actos y reglamentos administrativos, sujetándolo al requisito del agotamiento de la vía administrativa y a un plazo de caducidad de 90 días hábiles. Pero al mismo tiempo en sus artículos 30 a 32 mantuvo, con ciertos ajustes, el mecanismo de la reclamación administrativa previa para los demás supuestos de demandas contra la Nación.

La coexistencia de estas dos vías para provocar la intervención judicial responde a la doble vertiente que confluye en la LPA: la norteamericana, a través del requisito de la reclamación administrativa previa instituido para remover el obstáculo de la inmunidad soberana que se oponía a las demandas contra la Nación; y la europea, evidenciada en una vía de impugnación que más que una demanda contra el Estado parece consistir en un juicio seguido a un acto administrativo¹⁸.

A partir de la sanción de la LPA, pues, no caben las dudas acerca de la procedencia de la revisión judicial de la actividad de la Administración pública que lesiona derechos individuales. Tal certidumbre, sin embargo, se ha logrado a un precio que puede parecer excesivo, atento a las limitaciones que rodean la posibilidad de la revisión. Estas limitaciones derivan de la influencia que han tenido entre nosotros los regímenes de Europa continental, a despecho de su incompatibilidad básica con nuestro sistema constitucional, influencia que se evidencia en la legislación y en las teorías, tanto sustantivas como adjetivas, en boga en la materia.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO

La LPA significó la consagración legislativa en el ámbito nacional del derecho administrativo continental europeo, o sea del derecho francés y de los que en él se inspiraron como el italiano y, fundamentalmente, el español. Ello crea serios proble-

¹⁸ Como lo evidencia la carátula que se coloca en estos casos en el fuero contencioso-administrativo federal: "N. N. c/Resolución N° de"

mas de interpretación debido a las diferencias radicales que existen entre el derecho público europeo y los sistemas que, como el nuestro, se basan en la versión norteamericana del principio de división de los poderes.

En efecto, en nuestro régimen, el Poder Judicial ostenta una jerarquía igual a la de los otros dos poderes y podría decirse incluso que, en cierto sentido, es superior a ellos atento a que controla tanto la constitucionalidad de las leyes como la constitucionalidad y la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo. En Francia, en cambio, se ha llegado a decir que existen sólo dos poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, no reconociéndose, por ende, similar relevancia al Poder Judicial¹⁹. Esta situación de predominio de los dos poderes políticos se manifiesta en Europa continental de diversas maneras. Una de ellas tiene que ver con las restricciones que se imponen al Poder Judicial para controlar la validez de los actos de los otros dos poderes y que han provocado distintas soluciones en Francia, Italia y España, ya sea creando una jurisdicción interna dentro del mismo Poder Ejecutivo, ya sea rodeando de restricciones a la revisión judicial de la actividad administrativa, ya sea, finalmente, restringiendo el control de constitucionalidad a un tribunal especial. Otra expresión de ese predominio lo constituyen las restricciones a la ejecución de las sentencias contra la administración que se observan en los derechos francés, italiano y español, solo parcialmente superadas en el primero de ellos por la ya citada ley de *astreintes* de 1980²⁰.

De allí que la superposición de un derecho administrativo de origen europeo sobre nuestro sistema constitucional no pueda sino dar lugar a incongruencias como la paradoja que se observa cotidianamente en las jurisdicciones provinciales, donde cualquier juez provincial puede declarar inconstitucional una ley del Congreso Nacional, pero solo el Superior Tribunal de la provincia está facultado para declarar ilegítimo un acto administrativo del Gobernador.

¹⁹ H. Berthélemy, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 13ª ed., París, 1933; p. 11.

²⁰ Ver Mairal, *op. cit.*, t. II, p. 892.

A esta contradicción se agregan las confusiones provocadas por la diversidad de fuentes en las que ha abrevado nuestra doctrina las que, por ende, repercutieron en la LPA. Así, la noción de proceso seguido a un acto viene del derecho francés, las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo han sido desarrolladas fundamentalmente en el derecho italiano, y la vigencia general del requisito del agotamiento de la vía administrativa es hoy día propia del derecho español. Es necesario, pues, observar cómo funciona, en líneas generales, cada uno de estos sistemas, para luego compararlos con el régimen nacional que surge actualmente como resultado de esa confluencia.

Como es sabido, en Francia, en términos generales, la jurisdicción sobre las causas en las que la Administración es parte y se rigen por el derecho administrativo corresponde a la jurisdicción administrativa, cuyo tribunal superior es el Consejo de Estado, contra las decisiones del cual no hay apelación o recurso ante los tribunales judiciales²¹. Dentro de la jurisdicción administrativa se conocen dos tipos principales de recursos: el recurso de plena jurisdicción y el recurso por exceso de poder. El primero se interpone en defensa de un derecho subjetivo y, en caso de éxito, permite obtener una condena pecuniaria contra la Administración. El segundo sólo puede tener por objeto la anulación de un acto administrativo individual o general y puede ser interpuesto por quienes invocan no solo un derecho, sino también un interés siempre que éste sea personal y directo.

Es precisamente este último remedio, el recurso por exceso de poder, el que concitó principalmente la atención en Francia y en el extranjero debido a las características que lo distinguen de las acciones judiciales, a saber: la mayor amplitud de la legitimación para accionar, el atenuado carácter bilateral del trámite por considerárselo un proceso seguido no contra la Administración

²¹ En caso de conflicto de competencia la determinación corresponde al Tribunal de Conflictos integrado paritariamente por funcionarios judiciales y administrativos pero con voto definitorio de un alto funcionario administrativo en caso de empate: J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, 3ª ed., París, 1984, t. I, p. 757.

sino contra un acto de ésta, y los efectos *erga omnes* de la sentencia que acoge el pedido de anulación.

Si bien existe en Francia un plazo general de caducidad de dos meses, éste afecta fundamentalmente a los intereses y sólo en mucho menor medida a los derechos. En efecto, cuando quien invoca un derecho pierde la facultad de solicitar la anulación del acto que lo afecta por haber dejado vencer el plazo de caducidad, conserva aun, en principio, durante todo el plazo de prescripción, la posibilidad de demandar la reparación del daño sufrido dado que, se ha dicho, la inadmisibilidad del recurso no es sinónimo de patente de legalidad²². Además, en materia de contratos de obra pública no rige el plazo de caducidad respecto de los actos administrativos que se dictan en su curso²³. Por último, el requisito del agotamiento de la vía administrativa no rige respecto de ninguno de los dos recursos²⁴.

El sistema italiano distribuye la competencia sobre las causas en que la Administración es parte según que esté en juego un derecho subjetivo o un interés legítimo: en el primer caso intervienen los tribunales judiciales, en el segundo los administrativos. El plazo general de caducidad, que es de 60 días, rige sólo frente a estos últimos, o sea que, en principio, no alcanza a los derechos subjetivos²⁵. El requisito del agotamiento de la vía administrativa, inicialmente vigente pero criticado por inútil por la doctrina, se considera eliminado a partir de un decreto de 1971²⁶.

Cuando se pasa a considerar el sistema español se hacen evidentes las mayores restricciones que éste impone al contralor jurisdiccional de la actividad administrativa. Así, el régimen instaurado por la ley Santamaría de Paredes de 1888, con sus mo-

²² R. Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, París, 1982, p. 231. Ello es así a menos que la decisión no recurrida en término haya tenido objeto exclusivamente pecuniario de modo tal que el resultado de la demanda de daños se identifique con el de la anulación del acto, como ocurre con la denegatoria de una jubilación (Chapus, *op. cit.*, p. 279).

²³ Auby y Drago, *op. cit.*, t. I, p. 900.

²⁴ Chapus, *op. cit.*, p. 157.

²⁵ M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, 3ª ed., Bolonia, 1983, p. 172.

²⁶ Nigro, *op. cit.*, p. 160.

dificaciones de 1894 y 1904, atribuyó competencia sobre las causas en que la Administración es parte y se rigen por el derecho administrativo, a una rama especial dentro de los tribunales judiciales. Esta ley fue el producto de una transacción entre los liberales partidarios de establecer tal contralor, y los conservadores que preferían mantener el sistema de jurisdicción retenida, o sea en manos del Ejecutivo mismo, a tal punto que uno de los legisladores de ese momento explicó la sanción de la ley como una transacción posible gracias a que el partido liberal aceptó que la jurisdicción así creada estuviera sujeta “a ciertos recursos que la hicieran inofensiva”²⁷. Algunas de las facetas principales del régimen que ella estableció eran mucho más restrictivas que las vigentes contemporáneamente en otros países europeos: tal ocurría con la limitación de la protección jurisdiccional a los derechos subjetivos, excluyendo por ende a los intereses, la ausencia de control de las facultades discrecionales, y el establecimiento de un plazo general de caducidad así como del requisito general del agotamiento de la vía administrativa.

Obsérvese, en efecto, la fundamental diferencia con los sistemas francés e italiano: la ley Santamaría de Paredes restringía la defensa a los derechos subjetivos pero la sometía a las mismas, y aún mayores, restricciones que en Francia e Italia regían, substancialmente, solo con respecto a los intereses. Es este sistema español el que rige aún hoy en la provincia de Buenos Aires y, como se verá a continuación, el que viene siendo introducido por cierta jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo federal en el ámbito nacional.

Con la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, España remedió algunas de las restricciones antedichas al incluir bajo su amparo a los intereses y eliminar la exclusión del control de las facultades discrecionales, pero mantuvo el plazo de caducidad y el requisito del agotamiento tanto respecto de los derechos como de los intereses. A su vez, la Ley de Procedimientos Administrativos de 1958 reglamentó la forma de cumplimen-

²⁷ L. M. Rebollo, *El Proceso de Elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de setiembre de 1888*, Madrid, 1975, p. 317.

tar el recaudo del agotamiento de la vía administrativa estableciendo al respecto un régimen de recursos administrativos cuyo principal plazo de interposición es de 15 días²⁸.

Nuestra LPA, como lo demuestra la terminología que utiliza²⁹, se inspiró, en lo que respecta a la impugnación judicial de los actos administrativos, en la ley española de 1956, pero no recogió expresamente su avance fundamental que fue la expansión de la legitimación a los titulares de intereses. En consecuencia, en lo que hace a este aspecto crucial, la LPA parece retroceder al régimen de la ley Santamaría de Paredes ya que establece como condicionantes generales los plazos de caducidad y la necesidad de agotar la vía administrativa, y permite la interpretación no solo de que su amparo se restringe a los titulares de derechos subjetivos sino de que tal amparo está, a su vez, limitado por esos condicionantes. Así lo ha resuelto la jurisprudencia de las cámaras contencioso-administrativas en lo Federal, al rechazar, en principio, la posibilidad de responsabilizar al Estado si no se ha recurrido judicialmente en término contra el acto causante de la responsabilidad invocada³⁰.

TEORIAS SUSTANTIVAS

Ciertas teorías de raigambre europea, generalmente aceptadas en nuestro medio jurídico, contribuyen, directa o indirectamente, a restringir el acceso a la tutela judicial en materia contencioso-administrativa. Estas teorías se refieren tanto a los aspectos sustantivos como a los adjetivos de la disciplina. De las primeras mencionaremos las nociones de acto administrativo, funcionario público y contrato administrativo.

La LPA no define al acto administrativo, pero le otorga presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. Por su parte, la noción que sobre el particular ha desarrollado la doctrina es muy

²⁸ Es el plazo que fija su art. 122 para el recurso de alzada.

²⁹ Compárese, por ejemplo, al art. 23, LPA con el art. 37 de la ley española de 1956.

³⁰ Ver plenario *Petracca e Hijos S. A. c. Estado Nacional*, E. D., 118-391. Ver, sin embargo, nota 60, *infra*.

amplia ya que abarca, en la acepción más lograda, a toda “declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”³¹. Esta definición, por su carácter amplio, tiene la ventaja de expandir la protección en sede administrativa al permitir la interposición de recursos administrativos contra una amplia gama de pronunciamientos estatales, pero correlativamente restringe la tutela judicial atento a las consecuencias inmediatas y coactivas que la LPA atribuye a la figura del acto administrativo.

De esta manera, el régimen de la LPA, unido a la definición doctrinaria transcrita, llevan a una suerte de razonamiento circular que desemboca, finalmente, en la calificación como acto administrativo de todo pronunciamiento de un funcionario público dirigido a un particular con excepción de aquellos que son claramente provisorios o están desprovistos de toda significación jurídica. Se incluyen así no sólo los actos dictados en ejecución de una potestad constitucional o legislativa que les permite modificar unilateralmente el espectro de relaciones jurídicas, sino también aquellos que se limitan a declarar la posición de la Administración frente a la pretensión del particular. En efecto, al presumirse legítimo tal pronunciamiento, se sigue que será válido mientras no se lo declare inválido, por lo cual en caso de contradicción entre lo allí declarado y la posición del particular, habrá que estar en el interín a tal declaración, la que por lo tanto sería idónea, por sí sola, para provocar efectos jurídicos. Las consecuencias que se derivan de la falta del agotamiento de la vía administrativa, que se analizan más adelante, coinciden con tal conclusión.

Refuerza esta construcción la circunstancia de que parte de la doctrina más moderna haya rechazado la distinción entre funcionario y empleado público, la que tampoco ha encontrado acogida en la legislación³² con lo cual resulta difícil limitar la

³¹ A. A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, p. IV-39.

³² Así la ley 22.140 que establece el régimen de la función pública, utiliza el término “personal” y comprende “a las personas que presten servicios remunerados en dependencia del Poder Ejecutivo Nacional. . .”. A favor de la distinción, ver Bielsa, *op. cit.*, t. III, p. 24, y Marienhoff, *Tratado*

noción de acto administrativo a los dictados por los agentes de mayor jerarquía de la Administración.

Por otra parte, el derecho argentino ha receptado la doctrina del contrato administrativo, también oriunda del derecho francés. Esta doctrina se originó en la necesidad, propia de este sistema, de distribuir las controversias de índole contractual en las que era parte la Administración, entre las jurisdicciones administrativa y judicial. La distinción inicial entre actos de imperio y de gestión destinada a los tribunales judiciales la totalidad de las controversias contractuales respecto de las cuales una ley no disponía expresamente lo contrario. La posterior difusión de la teoría del servicio público por la llamada Escuela de Burdeos tuvo, entre otras consecuencias, la de atribuir a la jurisdicción administrativa aquellos litigios referentes a contratos directamente vinculados con la prestación de un servicio público a los que se dio en llamar "contratos administrativos". Esta figura tuvo luego un doble desarrollo: por una parte, apareció un nuevo criterio distintivo, el de las "cláusulas exorbitantes", cuyo predominio o coordinación con el criterio del servicio público ha fluctuado con la jurisprudencia del Consejo de Estado y es aún hoy materia de discusión académica. Pero, además, la doctrina trascendió su origen meramente atributivo de jurisdicción y se sustantivó, es decir, desarrolló reglas de fondo propias y diferenciadas de las del derecho privado para regir las relaciones de las partes: tales las reglas que autorizan a la Administración a modificar o rescindir unilateralmente el contrato³³.

El derecho italiano no receptó la figura del contrato administrativo por considerar que su carácter jurisdiccional la tornaba inaplicable en un sistema en el cual toda las controversias

tado de Derecho Administrativo, t. III-B, ps. 33-41; en contra Gordillo, *op. cit.*, t. 1, ps. X-1/4.

³³ Conf., en lo sustancial, con esta interpretación E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1979, t. I, ps. 574 y ss. Sobre la evolución del criterio del contrato administrativo, A. de Laubadère, *Traité des Contrats Administratifs*, 2ª ed., (F. Moderne, P. Delvolvé), París, 1983, t. I, ps. 144 a 159.

contractuales, por poner en juego derechos subjetivos, correspondían a los tribunales judiciales y no existía, por ende, la necesidad de discriminar entre dos jurisdicciones como sí ocurre en Francia³⁴. El derecho argentino, en cambio, hizo hincapié en los aspectos sustantivos de la doctrina y por ello la incorporó, con el efecto adjetivo colateral de atribuir competencia al fuero contencioso administrativo, cuando éste existía, dentro de la respectiva organización de los tribunales judiciales³⁵.

Ahora bien, esta incorporación ha tenido un doble efecto expansivo sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro régimen federal. En primer lugar, ha otorgado carácter administrativo a una sustancial parte de las controversias contractuales del Estado, con el agravante de que la imprecisión de las fórmulas utilizadas para identificar al contrato administrativo torna frecuentemente difícil pre-determinar con algún grado de certeza la tipología del contrato en análisis. Definir al contrato administrativo, como lo hace una de las posiciones más autorizadas de nuestro medio, como aquél que involucra funciones esenciales del Estado, da pie para introducir un factor ideológico que subjetiviza la noción, con grave mengua de la seguridad jurídica atento no sólo a las serias consecuencias procesales que de la distinción parecerían derivar, sino también a la pretensión de considerar incluidas implícitamente cláusulas exorbitantes que pueden alterar sustancialmente las previsiones del cocontratante del Estado.

En segundo lugar, la noción del contrato administrativo permite otorgar carácter administrativo a las relaciones contractuales de las entidades estatales descentralizadas e incluso de aquellas regidas en cierta medida por el derecho privado como

³⁴ M. S. Giannini, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milán, 1981, pp. 480-481; íd., *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, t. I, pp. 681-682; G. Landi y G. Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Milán, 1983, p. 559.

³⁵ Así, por ejemplo, C. N. Cont. Adm. Fed., Sala I, *Bordeau de Jones c. Administración Nacional de Parques Nacionales*, 12/3/1985: contrato de "concesión en venta" de tierras públicas.

ocurre con las sociedades del Estado³⁶. La importancia de estas entidades en términos económicos y la innumerable cantidad de relaciones contractuales que ellas establecen, hablan de la magnitud del impacto de su sujeción a las normas procesal-administrativas con las restricciones a la defensa de los derechos individuales que éstas actualmente conllevan.

TEORIAS ADJETIVAS

En lo que hace a las teorías adjetivas cabe mencionar a la interpretación que se ha dado al requisito del agotamiento de la vía administrativa, y al tratamiento doctrinario de la legitimación para accionar.

En primer lugar, el requisito del agotamiento de la vía administrativa ha sido interpretado como tornando inmodificable el acto no recurrido en término en dicha sede³⁷. Se introduce así cierta semejanza entre una sentencia judicial y cualquier acto administrativo y no solo aquellos cuasi-jurisdiccionales que, por venir precedidos de un procedimiento bilateral de características formales como un sumario, implicar el ejercicio de una potestad legalmente conferida de “decir el derecho” y tener previsto un recurso judicial específico merecen, ellos sí, la característica de finalidad en caso de omisión de interposición en término de ese recurso especial.

Coadyuva al desenlace que se critica la importancia que en las últimas décadas se ha otorgado al procedimiento administrativo que ha llevado a ver en él una suerte de primera instancia o, cuando menos, una etapa pre-judicial que influencia fuertemente el desarrollo ulterior de la revisión judicial. Ello resalta nítidamente al observar la opinión que otorga carácter meramen-

³⁶ En este sentido, Sindicatura General de Empresas Públicas, *Las Sociedades del Estado, su régimen jurídico y su grado de autonomía*, abril de 1980; contra, Mairal, *Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo*, L. L., 1981-A-790.

³⁷ En este sentido, C. N. Cont. Adm. Fed., Sala III, *Giménez Voga c. Comité Federal de Radiodifusión*, E. D. 97-283.

te revisor al fuero contencioso-administrativo³⁸ y así, por una parte, restringe el debate judicial a las cuestiones planteadas en sede administrativa³⁹ y, por la otra, exige que se dirija la acción judicial contra todas las decisiones administrativas denegatorias de la pretensión del particular⁴⁰. De esta manera toda controversia entre el particular y la Administración se transforma en una suerte de apelación contra una decisión de esta última. Otra demostración, ésta, de la persistente influencia de las teorías europeas, en este caso la del “ministro-juez” que rigió en Francia hasta 1889 y su sucesora, la teoría de la decisión previa, que daban a la decisión administrativa el carácter de sentencia de primera instancia. Nuevamente se observa el paralelismo entre nuestro derecho y el español en su permeabilidad al contencioso francés: así, no obstante que el carácter revisor de la Ley Santamaría de Paredes fue dejado expresamente de lado por la ley de 1956, continúa rigiendo en la jurisprudencia española así como lo hace en la argentina⁴¹.

Consecuencia necesaria de esta tendencia es la virtual absorción del mecanismo de la reclamación previa por el de la vía impugnativa de actos y reglamentos, ya que bastaría cualquier manifestación de la Administración en el curso de una controversia que verse sobre su responsabilidad contractual o aquiliana para que la litis se convierta en la impugnación de tal manifestación, como si la pretensión del particular se hubiere trans-

³⁸ Así, C. Fed. Mendoza, en pleno, *Ojeda c. Administración Nacional de Aduanas*, J. A., 1979-III-426.

³⁹ Cfr. C. N. Cont. Adm. Fed., Sala III, *Marle Construcciones S. A. c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, E. D. 112-368.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, S. C. Bs. As., *Huayqui S. A. c. Municipalidad de La Plata*, E. D., 110-629.

⁴¹ En este sentido, C. N. Cont. Adm. Fed., Sala III, *Celia S. A. c. D. N. Vialidad*, 7/3/85. Para España, García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. II, pp. 499-503. Sobre las teorías del ministro juez y de la decisión previa, ver J. Roche, *Les exceptions à la règle de la décision préalable devant le juge administratif*, en Mélanges Waline, París, 1974, t. II, p. 733.

formado de un reclamo de sumas de dinero u otra prestación, a la anulación de la negativa de acceder a tal reclamo⁴².

La cuestión adquiere ribetes opresivos atento a los breves plazos que la normativa otorga para la interposición de los recursos administrativos necesarios para agotar esa vía y que, por lo general, será el de quince días previstos para el recurso jerárquico. Repárese, además, que ni la LPA ni su decreto reglamentario distinguen, en lo que respecta a los plazos recursivos, entre los actos nulos y los meramente anulables⁴³. De donde, de acuerdo con la teoría predominante en el fuero, cualquier pronunciamiento oficial que desconozca un derecho de un particular, no importa cuán gravemente viciado, adquiriría fuerza de verdad legal ante la mera omisión del interesado de cuestionarlo durante un plazo de quince días.

Toda esta línea argumentativa merece serios reparos. En primer lugar, otorga consecuencias excesivas a un trámite que no se desarrolla ante funcionarios dotados de cierta independencia, como sí ocurre con los "jueces administrativos" en los Estados Unidos⁴⁴. Por otra parte, es incompatible con la jurisprudencia que dispensa del requisito del agotamiento cuando constituye un ritualismo inútil⁴⁵, pues si la consecuencia de la omisión fuese la pérdida del derecho ésta no debería ser menor cuando, por ejemplo, la posición inamovible de la Administración es pública y notoria. Pero fundamentalmente es criticable porque aproxima, hasta casi confundir, la función administrativa con la judicial al aplicar a ambas funciones institutos propios del derecho procesal como lo es el concepto de acto consentido, lo que, cualquiera que sea el juicio de valor que pueda merecer en otros derechos, en el nuestro es contrario al principio

⁴² Así lo sostienen B. R. Silvestri y R. M. González Arzac, *La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (Recursos y reclamos)*, E. D., 72-763.

⁴³ Así lo ha destacado la C. N. Const. Adm. Fed. en el fallo citado en nota 37, *supra*.

⁴⁴ B. Schwartz, *Administrative Law*, 2ª ed., Boston, 1984, ps. 303-309.

⁴⁵ Así, C. N. Cont. Adm. Fed., *Guaresti c. ENtel.*, 20/9/1983, Rev. del Colegio de Abogados de Bs. As., 1985, N° 1, p. 82.

cardinal de separación de los poderes. En efecto, la atribución de carácter cuasi-jurisdiccional a ciertas decisiones de la Administración, con la consiguiente firmeza en caso de no ser recurridas de inmediato, sólo es posible en casos excepcionales y allí donde la ley lo establece expresamente, pero no puede otorgarse tal carácter como regla general a toda la actividad administrativa sin esfumar irremediablemente la frontera entre ambos poderes ⁴⁶. Por último, desde un punto de vista práctico, como bien dicen García de Enterría y Fernández criticando el mismo sistema en el derecho español, ello lleva al absurdo de obligar a todas las personas “a permanecer inmóviles en su lugar de residencia para evitar que una corta ausencia de sólo quince días pudiera privarles de por vida de sus propiedades, de su profesión y de su patrimonio todo, lo cual comportaría una esclavitud rigurosamente inadmisibles” ⁴⁷.

Tampoco ha sido feliz la interpretación de la LPA en lo que respecta a la controvertida cuestión de la legitimación requerida para acceder a la instancia judicial. En efecto, tanto la LPA como su DR utilizan los términos “derecho subjetivo” e “interés legítimo” sin definirlos ⁴⁸. La única precisión que brinda la LPA es exigir la presencia de un derecho subjetivo afectado para permitir la impugnación directa de un reglamento. Nada se dice al respecto, en cambio, al establecerse los requisitos a los que se somete la impugnación de actos individuales.

Es obvio que la LPA ha recogido los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo utilizados por el derecho europeo y, más particularmente, en Italia. Aplicados allá, como se ha visto, en un sistema de doble jurisdicción, conducen a una solución satisfactoria, si bien complicada por la dificultad en la

⁴⁶ Obsérvese que el DR (Decreto 1759/72, reglamentario de la LPA) solo menciona el término “consentido” en su art. 99 al referirse a los actos de “naturaleza jurisdiccional”.

⁴⁷ *Op. cit.*, t. II, p. 451.

⁴⁸ LPA, art. 1, inc. (f) (1); art. 7, inc. (d); art. 24, inc. (a). DR, arts. 3 y 74.

distinción⁴⁹: en principio, corresponden al orden judicial las causas en las que está en juego un derecho subjetivo, y a los tribunales administrativos aquellas que involucran intereses legítimos. Los mismos conceptos, importados a un régimen puramente judicialista, como lo es el argentino, llevan a excluir del amparo judicial a los intereses legítimos, con lo cual un ancho sector de la legalidad administrativa aparece exento de todo control por un sistema de tribunales independientes. Justamente por carecer de doble jurisdicción, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha recurrido a conceptos propios que abarcan, a los efectos de la legitimación, tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo del derecho europeo: a esos efectos se requiere, fundamentalmente, la presencia de un agravio causado por el Estado a un interés ubicado dentro de la zona de intereses que la norma violada protege o regula⁵⁰. Para ello los tribunales federales norteamericanos se han limitado a interpretar los requisitos para el ejercicio de su jurisdicción que su Constitución les impone y que, al igual que los establecidos por la nuestra, se resumen en la existencia de una "causa" susceptible de dilucidación judicial. En base a esta construcción, se ha admitido la legitimación de consumidores, competidores, usuarios de servicios públicos y otras categorías de personas que, en los términos del derecho europeo, alegaban solamente un interés legítimo afectado⁵¹.

Cierto es que la presión de la realidad ya ha producido fisuras en la concepción restrictiva de la legitimación que predomina en nuestro fuero contencioso-administrativo federal. Así, ya son frecuentes las acciones promovidas dentro del marco de licitaciones públicas, acciones que, en la noción tradicional, solo invocaban en su apoyo intereses legítimos pero que, pese a ello, han encontrado andamiaje procesal⁵². También han encontra-

⁴⁹ Ver la crítica de M. Nigro al sistema italiano en *La riforma del processo amministrativo*, Giuffré ed., 1980, ps. V a VII.

⁵⁰ Ver el caso cit. en nota 2, *supra*.

⁵¹ Ampliar en Mairal, *op. cit.*, t. I, ps. 156 y sigtes.

⁵² Ver, p. ej., C. Fed. Tucumán, *La Gaceta S. A. c. Comité Federal de Radiodifusión*, E. D., 106-271.

do admisión, en general en primera instancia, algunas acciones que procuraban defender los intereses "intereses difusos" de materia de contaminación ambiental y protección del ambiente ecológico⁵³. Es de esperar, pues, que el impacto del efecto de la LPA en lo que respecta a los actos individuales, se generalice en la admisión de la defensa judicial del interés legítimo.

Como colofón cabe mostrar las relaciones que se establecen entre conceptos aparentemente independientes entre sí: la legitimación, la vigencia de un plazo de caducidad y el alcance de los efectos de la sentencia.

Obsérvese, en efecto, la diferente necesidad de un breve plazo de caducidad según la posición que ostente el administrado. Así, cuando están en juego intereses legítimos el círculo de afectados por la medida estatal suele ser más amplio, pero la intensidad del agravio menor, que cuando se involucran derechos subjetivos. El típico caso que pone en juego un interés legítimo es la impugnación de un reglamento por quien puede eventualmente verse afectado por sus normas: tal el caso del hotelero que impugna el régimen de vacaciones escolares que conoce el contencioso francés⁵⁴. Pero aún cuando se discuta la validez de un acto individual será frecuente la presencia de contra-interesados, algunos de ellos titulares posiblemente de verdaderos derechos subjetivos: ello ocurre, por ejemplo, cuando una empresa impugna la franquicia fiscal otorgada a otra empresa competidora. De allí la necesidad de establecer plazos breves para así obligar a la concentración de las impugnaciones en el tiempo y limitar el lapso durante el cual actos que interesan a un amplio sector permanecen en la incertidumbre, necesidad que se agudiza cuando la sentencia tendrá efectos *erga omnes*.

Contrasta con esa situación la relación entre el cocontratante particular que reclama una suma de dinero al Estado: ¿qué razones existen aquí para extinguir los derechos del primero luego de un plazo de días sin recurrir? ¿qué incertidumbre general

⁵³ Primera Instancia, Cont. Adm. Fed., (firme), *Kattan c. Gobierno Nacional*, L. L. 1983-D-576.

⁵⁴ *Damasio, C. E.*, 28-5-1971, Recueil Lebon 391.

surge a raíz de la litis? ¿qué intereses de terceros pueden verse directamente afectados por la sentencia que hace lugar al reclamo del particular? ¿a quiénes alcanzará, acaso, la sentencia que se dicte sino a las partes de la litis?

En definitiva, en un sistema judicialista ni el agotamiento de la vía administrativa pone en movimiento actividad cuasi-judicial de la Administración, ni el mero transcurso de 15, o aun de 90 días, es suficiente para extinguir totalmente un derecho del particular que no se agota en la sola pretensión de la anulación del acto. Los plazos generales de caducidad sólo se justifican con relación a los intereses pero no a los derechos⁵⁵. Obsérvese, en este sentido, cómo viene resolviendo otro sistema judicialista, como lo es el derecho inglés, el problema creado con la introducción en 1977 de un plazo general de caducidad de tres meses: sus tribunales ya han admitido tanto la procedencia de las acciones de responsabilidad después de vencido el plazo para impugnar el acto que le dió origen⁵⁶, así como la defensa de ilegitimidad ante la invocación en juicio de una medida oficial que repercutía sobre un contrato y tampoco había sido impugnada en término⁵⁷.

UNA NECESARIA RECTIFICACION

Resulta paradójico que, según cierta jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo, los titulares de derechos subjetivos frente al Estado se encuentren hoy más desprotegidos que antes de la sanción de la LPA. Mientras otros países buscan aumentar la protección judicial de que disponen quienes ven sus derechos, y aun sus intereses, menoscabados por la Administración, nuestro sistema, a estar a esta posición, aparece cada día ubicándose

⁵⁵ Conf., en lo sustancial, Santamaría Pastor, *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo: ¿Prescripción o caducidad?* Revista de Administración Pública Nº 58, p. 185.

⁵⁶ *Davy v. Spelthorne Borough Council*, (1984), 1 A. C. 262.

⁵⁷ *Wandsworth London Borough Council v. Winder* (1984), 3 W. R. L. 1254.

más a la par de una ley española del siglo pasado que ya era atrasada, en comparación con otros derechos europeos, a la fecha de su sanción⁵⁸. Se hace necesario, pues, rectificar el rumbo.

Para ello se deben reafirmar las bases constitucionales de nuestro sistema de control judicial de la actividad administrativa. Los argentinos no necesitamos leyes especiales para tener acceso a los tribunales en defensa de nuestros derechos frente al Estado: ello está garantizado por la misma Constitución que, a diferencia de las europeas, no es posterior al sistema jurisdiccional sino que lo precede y le da origen.

De allí que si se analiza la LPA a la luz de nuestra Constitución, quepa interpretarla en el sentido de ampliar, y no de restringir, la protección judicial que ella de por sí establece. La propia ambivalencia de esta ley, como ya se ha señalado, permite una construcción que la coloque a un nivel comparable con el de las naciones más adelantadas en la materia.

Para alcanzar este resultado basta, en lo substancial, con modificar la relación entre las dos vías procesales previstas por la LPA y ampliar el alcance de la legitimación requerida para solicitar la anulación judicial de actos administrativos. A tal efecto no hace falta una reforma legislativa ya que con la misma propiedad con que la posición actualmente mayoritaria del fuero interpreta la LPA para restringir los derechos de los particulares, cabe interpretar esta ley en el sentido que se propondrá. Pues debe admitirse que el texto de la LPA admite ambas interpretaciones: la elección debe inclinarse, entonces, hacia aquella que respete más fielmente las garantías constitucionales y los valores admitidos en un moderno Estado de Derecho.

Desde este enfoque cabe, pues, proponer las siguientes reglas básicas:

1. La legitimación para demandar la anulación de actos administrativos debe alcanzar a los titulares de lo que en el derecho europeo se denominan intereses legítimos: esta conclusión

⁵⁸ Véase el juicio que merecía a los autores españoles la ley Santamaría de Paredes, en J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1963, t. I, ps. 467/8.

puede basarse ya sea en el silencio del art. 23, LPA que, a diferencia del artículo siguiente referido a los reglamentos, no exige la presencia de un derecho subjetivo, ya sea en una noción de derecho subjetivo más amplia y también más propia de un sistema judicialista como la elaborada, sin apoyo legislativo, por la jurisprudencia norteamericana⁵⁹.

2. El régimen de los artículos 23 y 24, y consiguientemente los plazos de caducidad del artículo 25, LPA no deben ser aplicables a las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, en las cuales cabrá invocar la ilicitud o ilegitimidad de su comportamiento: nada hay en la LPA que impida esta interpretación dado que la pretensión aquí esgrimida no es la anulación del acto gravoso sino la reparación de los perjuicios que él ha causado. Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema recoge este planteo en materia contractual⁶⁰.

En una segunda etapa cabrá flexibilizar los plazos para el agotamiento de la vía administrativa como lo permite el art. 1, inc. (e), LPA al considerar a los recursos administrativos tardíos como “denuncia de ilegitimidad”, así como excluir del alcance del plazo de caducidad a la impugnación del acto viciado de nulidad absoluta apoyándose en el art. 17, LPA que obliga a la Administración a revocarlo, obligación cuyo cumplimiento podría exigirse sin límite de tiempo. Como se ve, se trata nuevamente de interpretaciones posibles de la normativa vigente, que difieren de las actualmente en boga por favorecer, en lugar de restringir, el acceso a la justicia.

Podrá argumentarse que las soluciones propuestas contrarían las consecuencias lógicas que se derivarían del establecimiento de un plazo indiscriminado de caducidad. A ello se responde de dos maneras, sin perjuicio del apoyo normativo adicional que podrá hallarse en los artículos ya citados del Pacto

⁵⁹ Así lo hemos propuesto en nuestra obra citada, *supra*, t. I, ps. 195-232.

⁶⁰ *Mevopal S.A. c. Bco. Hipotecario Nacional*, E. D., 118-381; *Oks-Hermanos y Cía. S. A. contra Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio*, 21/10/1986.

de San José de Costa Rica⁶¹. Primero, con la ya citada frase de Chapus: el vencimiento del plazo de caducidad no da patente de legitimidad al acto. Y segundo, recordando la clásica admonición del *Justice* Holmes: la lógica no es el amo sino el sirviente del derecho.

Con las reglas propuestas nuestro sistema de protección judicial de los derechos individuales frente al Poder Ejecutivo habrá entrado definitivamente en el siglo XX. Esperemos que ello ocurra antes de que éste finalice.

SUMMARY

PRESENT PROBLEMS OF THE JUDICIAL PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS AGAINST THE EXECUTIVE POWER

The author analyzes the system of judicial protection of the individual vis-a-vis the Executive explaining first its evolution until the enactment in 1972 of the present Administrative Procedure Law. The different European systems which influenced this law are then described in order to understand how some theories, which are the product of the jurisdictional structure of the country where they originated, produce very different results when applied in another constitutional context. With this background, the author proposes a construction of the Administrative Procedure Law which increases the protection of the individual and is thus not only more in line with that available today in advanced legal systems but also truer to the constitutional roots of the country.

⁶¹ Nota 5, *supra*.

EL REGIMEN DE LAS MOLESTIAS DERIVADAS DE LA VECINDAD EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

DANIEL HORACIO LAGO *

I. INTRODUCCION

Los conflictos derivados de la vecindad constituyen un fenómeno particularmente interesante, desde varios puntos de vista.

En primer lugar, exhiben con una notable transparencia su naturaleza: verdaderas luchas de necesidades individuales y sociales, en busca expansiva de su máxima satisfacción.

En segundo lugar, las construcciones normativas adoptadas desde antiguo en el tema remiten, con una explicitación poco frecuente en otras áreas, a la consideración de los valores en juego, es decir, al componente axiológico de la experiencia jurídica ¹.

En tercer lugar, en pocos sectores del Derecho se puede advertir tan bien como en éste, con qué fuerza la realidad de los conflictos humanos que deben ser resueltos, encuentra su respuesta, si es necesario, con prescindencia de las construcciones jurídicas, o, eventualmente, forzándolas ².

* Profesor Adjunto de Derechos Reales en la Universidad de Buenos Aires.

¹ Con razón dijo Hedemann que se trata de una materia tan llena de vida que, para regularla, el B. G. B. tuvo que abandonar su abstracta manera de exponer (Hedemann, J. W., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Vol. II, ed. Rev. de D. Privado, Madrid, 1955, § 19 II a.), p. 157).

² Como dijo Lafaille, las reglas de armonización de los derechos en

La cuestión de las relaciones de vecindad ha sido objeto de consideración jurídica desde la Antigüedad. En Grecia y Roma encontramos soluciones específicas: por ejemplo, mediante el énfasis puesto en la delimitación de los fundos, en la preservación de distancias mínimas para plantar y edificar, en la regulación del escurrimiento de aguas, etc. En Roma el pretor creó figuras delictivas para incriminar casos particulares de avance de un vecino sobre el derecho de otro, respondiendo al principio que consagró la Ley 8-5 del Digesto, de que “es lícito a uno hacer alguna cosa en lo suyo, en cuanto no introduzca nada en lo ajeno”³.

En la Edad Media vio su apogeo la teoría de los llamados “actos de emulación”, es decir, aquellos usos de la cosa propia que, sin utilidad para el propietario, éste lleva a cabo por un puro deseo de dañar al vecino⁴.

Pero es desde fines del siglo XVIII, y con mayor énfasis desde comienzos del siglo XIX, que la creciente complejidad de las relaciones sociales y la diversificación de las actividades productivas situaron el tema bajo una nueva luz, urgiendo a los operadores jurídicos la elaboración de respuestas adecuadas.

La jurisprudencia y la doctrina, que se habían ocupado esporádicamente hasta entonces de algunos conflictos derivados de la vecindad⁵, debieron hacerse cargo de las disputas que, con frecuencia y magnitud crecientes, produjo la industrialización

pugna en esta materia son un corolario tan inevitable de la fuerza de los hechos que si el legislador no las hubiera sancionado, habrían surgido de la experiencia diaria. (Lafaille, Héctor, *Derecho Civil*, T. IV, *Trat. de los Derechos Reales*. Vol. II, ed. Ediar, Bs. As., 1944, p. 35).

³ Yocas, Cosmas P., *Les troubles de voisinage*, París, 1966, p. 5/8; Mazeaud, Henri et Mazeaud León, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, T. 1, 3e. ed. Sirey, París, 1938, p. 646/7; von Ihering, R., *Oeuvres choisies*, traduites par O. de Meulenaere, París, 1893, t. II, § 6, N° 13 y nota 24, p. 136.

⁴ Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, 6ª ed., t. 2, Madrid, 1943, p. 105; Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, *Derecho de Cosas*, ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 156.

⁵ Yocas, *ob. cit.*, p. 9.

acelerada, encarnada tanto en la actividad de los empresarios privados como en la del Estado.

En ese contexto debió atenderse a las llamadas “inmisiones inmateriales”, es decir, propagaciones incorpóreas⁶ que provienen de un inmueble y se difunden en otro.

Dichas inmisiones o intromisiones, calificadas como inmateriales, o imponderables⁷, se distinguen de las llamadas “materiales”, que consisten en una ocupación estable del fundo vecino mediante elementos corpóreos (p. ej. art. 2629 Cód. Civil Argentino).

Las primeras pueden revestir la más variada forma (ruido, vibraciones, trepidaciones, exhalaciones, luminosidad, calor, sacudidas, etc.).

Su régimen legal en el Derecho Argentino será el objetivo final de nuestro análisis. Lo iniciaremos con una breve consideración de la cuestión del fundamento de la responsabilidad derivada de las inmisiones en el Derecho Francés, teniendo en cuenta que las fuentes de nuestro Codificador fueron, en la materia, Demolombe y Aubry y Rau⁸.

A continuación, nos referiremos al Derecho Español. En él, tanto como en el primero, se nota la ausencia de una norma legislada que contemple el problema de las inmisiones inmateriales de manera directa. Luego, haremos referencia a los sistemas italiano y alemán, que sí cuentan con sendas normas específicas.

⁶ Aunque denominadas “inmateriales”, por intangibles, caen, sin embargo, bajo los sentidos (Messineo, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. III, ed. Ejea, Bs. As., 1971 § 80, N° 13, G.b., p. 302).

⁷ Así las califica la doctrina alemana, utilizando el término latino “imponderabilia” cf. Enneccerus-Kipp-Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, 3er. tomo, *Derecho de cosas* por M. Wolff, 10ª reimpr. traducc. española con anot. de Blas Pérez González y José Alguer, vol. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1971, § 53, I, p. 350; Thoma H. und Krause H. G. *Bürgerliches Recht, Sachenrecht*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1981, p. 89. En la doctrina española, Albaladejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil II Derecho de cosas*, ed. Real Colegio Mayor de S. Clemente de los Españoles en Bolonia, 1964, p. 173.

⁸ Cf. notas de Vélez a los arts. 2618 y 2619.

Surgirá entonces nítidamente —esperamos— el valor del sistema de nuestro Codificador que estableció reglas concretas que facilitaron el entendimiento comunitario en el tema que nos ocupa.

II. ANTECEDENTES. DERECHO COMPARADO

1. Francia.

El Código Civil Francés no prevé específicamente la hipótesis de las inmisiones inmateriales⁹, con lo que los novedosos conflictos derivados de la industrialización obligaron a los jueces a la búsqueda de un criterio de Justicia para resolver disputas en que ambos contendientes invocaban en su amparo la terminante enunciación del art. 544 del Code.

El conflicto, lo advertimos desde ahora, fue resuelto por los magistrados con máxima prudencia y sensatez; sin apoyo legislativo directo e inequívoco, urdieron lentamente una trama jurisprudencial apta para armonizar los derechos en pugna.

Pasaremos somera revista a la evolución de las respuestas judiciales, poniendo el acento en la explicitación que contienen acerca del fundamento del deber de reparar que consagran¹⁰, y luego abordaremos la cuestión en la doctrina. Este procedimiento viene justificado por cuanto, como veremos, los jueces franceses no parecen haberse sentido constreñidos a acompañar los desarrollos doctrinarios.

a) La jurisprudencia.

Los primeros fallos, de 1808, 1816 y 1827, imponían al inmitente una reparación de los daños causados por el funcionamiento de su establecimiento, sin señalar un fundamento jurídico convincente para ese deber resarcitorio, ni cuál era el límite que el industrial no podía trasponer sin generar dicha obligación.

⁹ Yocas, *ob. cit.*, p. 140.

¹⁰ Seguiremos en este punto a Yocas, *ob. cit.*, p. 13/22.

Se decía, por ejemplo, que “cada uno puede disponer de su propiedad como le plazca, pero sin dañar a nadie”, o que “los derechos de los propietarios vecinos deben conciliarse”. Como se ve, las fórmulas distaban de exhibir precisión y los criterios generales que parecían aplicar, se revelaban ya excesivos, ya insuficientes.

Es sólo con un fallo de la Corte de Casación dictado el 27 de noviembre de 1844, que la jurisprudencia adopta un criterio claro para la delimitación de los derechos recíprocos de los vecinos en conflicto, acuñando una expresión conceptual que habría de trascender. Veamos el caso.

El propietario de un establecimiento de salud demandó al titular de una fábrica que se había instalado en la vecindad, porque el humo y el ruido continuo de los martillos utilizados en aquella, perturbaban a los enfermos. El Tribunal de París, constatando la intensidad del ruido y el perjuicio ocasionado condenó al demandado a pagar daños. La Corte de Casación dejó sin efecto la decisión, sosteniendo que si bien el Tribunal apelado había declarado que el ruido era perjudicial a los propietarios vecinos, no había establecido en modo alguno que se hubiera producido en un grado tal que “excediera las obligaciones ordinarias de la vecindad”¹¹.

Esta expresión, destinada a hacer camino en la jurisprudencia, doctrina y legislación, tenía cierto parentesco con la idea que expresara el Tribunal de Colmar en el fallo de 1827 antes referido. Allí se había dicho, en efecto, que hay derecho a reclamar si se trata, no de simples incomodidades o desagradados, sino de perjuicios reales y significativos.

A partir de 1844, pues, la jurisprudencia francesa transitó cómodamente por el cauce abierto por aquella decisión. Lo hizo así, sin embargo, sólo en cuanto a la definición del límite que, franqueado, abre la acción judicial. No fue tan sencilla su tarea, en cambio, en lo que hace a la identificación del fundamento jurídico de la atribución de responsabilidad.

¹¹ Cf. Mazeaud H. et L., *ob. cit.*, p. 648, texto y nota 4.

Una primera línea jurisprudencial fincó el deber de reparar en la culpa. Pero si es cierto que cuando la actividad generadora de la inmisión nociva lleva consigo un elemento de reprochabilidad, sea una infracción a disposiciones legales o reglamentarias, sea una negligencia o imprudencia, sea una ofensa a la moral y buenas costumbres, la responsabilidad del autor queda comprometida a tenor de los artículos 1382 y 1383 del Code, también lo es que el verdadero problema de las inmisiones surge cuando su autor está libre de todo reproche¹².

En Francia, la situación se planteó frontalmente con motivo del desarrollo de los ferrocarriles, que generaban daño a los linderos de los ramales y talleres, aun en ausencia de toda culpa y cuando, por el contrario, la actividad emprendida era decididamente plausible y tendía al progreso general. Los primeros fallos sobre el tema siguieron la línea del precedente de 1844, agregándose en 1858 y 1859, en sendas decisiones, que la responsabilidad de la compañía ferroviaria existía aun si la ciencia no hubiera podido evitar el daño, lo que, con alguna excepción, ha venido siendo mantenido por la jurisprudencia desde entonces¹³.

Sin embargo, el concepto de culpa no fue totalmente abandonado. Por el contrario, los jueces vincularon la causación de daños en medida intolerable, con una cierta especie de culpa, sosteniendo que el hecho de producirlos en tales condiciones, es, de por sí, motivo de reproche.

En otras líneas jurisprudenciales se advierte la postergación de la idea de culpa, a expensas de una noción más objetiva, fincada en el solo carácter excesivo de los daños. El criterio subjetivo, sin embargo, reaparece bajo la forma de la descalificación del abuso del derecho y también bajo la modalidad de invalidación de los actos por confrontación con los dictados de la moral y las buenas costumbres.

Con todo, es bueno recordar que, como dijimos antes, la jurisprudencia no se ha preocupado (tal vez afortunadamente)

¹² Mazeaud H. et L., *ob. cit.*, p. 645.

¹³ En cuanto a la excepción mencionada en el texto, ver Yocas, *ob. cit.* nota 18, *in fine*, en pág. 18.

por fundar explícitamente sus decisiones en tal o cual teoría y —a veces— ni siquiera ha invocado normas legales concretas en apoyo de lo resuelto ¹⁴.

b). La doctrina.

La doctrina, por su parte, ha abundado en diversas teorizaciones, en búsqueda infructuosa de coincidencia sobre el fundamento de la reparación que la jurisprudencia, como vimos, consagra sin ambages.

La cuestión, pese a los esfuerzos realizados por los autores, permanece controvertida y confusa, al punto que se ha hablado de que el fundamento buscado sigue siendo “enigmático” ¹⁵.

Reseñaremos algunas de las orientaciones de la doctrina francesa, apuntando, por lo expuesto, sólo a sus datos más esenciales.

b.1.) Responsabilidad por “faute”.

Los hermanos Mazeaud sostienen que la jurisprudencia no hizo sino aplicar los principios de responsabilidad por culpa y, en especial, la noción de abuso de derecho ¹⁶. Afirman con razón que el caso que realmente merece especial consideración, por ser clave del problema, es el del daño causado pese a que su autor adoptó todas las precauciones exigibles, hipótesis en la cual —sostienen— el inminente es culpable, por haber decidido no renunciar a ejercer una actividad que de antemano sabía dañosa ¹⁷.

¹⁴ Señala Chartier que las decisiones jurisprudenciales francesas no pueden ser encasilladas en ninguna teoría y que la falta de invocación de concepciones doctrinarias y, aun, la ausencia de citas legales, han permitido a los tribunales adaptar sus respuestas en función de la evolución de las condiciones social-económicas, etc. ateniéndose a los dictados del sentido común (Chartier Yves, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, § 93, p. 125 y § 98, p. 130).

¹⁵ le Tourneau, Philippe, *La Responsabilité Civile*, 3e. ed., Dalloz, § 2000, p. 643.

¹⁶ Mazeaud H. et L., *ob. cit.*, § 593, p. 644.

¹⁷ Mazeaud H. et L., *ob. cit.*, § 620, p. 668/9. Comparar esta idea con lo que expresa Beudant, en el sentido de que quien se instala con una

Esta especial configuración de la culpa ha reaparecido en la doctrina francesa más recientemente¹⁸.

Para Baudry-Lacantinerie, aun siendo difícil reconstruir la fórmula general que dé fundamento a la reparación, puede decirse que es el corolario de la existencia de "límites racionales" del derecho de propiedad (y de todo otro derecho)¹⁹. Afirma que la vieja idea de Pothier, que incluía tal limitación en la definición misma de propiedad, no fue ajena a los redactores del Code y que se induce de diversas disposiciones de éste, así como de los principios generales del Derecho, entre los que señala la norma del art. 1382²⁰.

Para Lalou el fundamento debe verse en el acto anormal realizado por uno de los vecinos en perjuicio del otro, que constituye un abuso en el ejercicio del derecho de propiedad²¹.

Otra idea sostiene que existe una obligación cuasicontractual entre los vecinos, tesis que se apoya en la opinión de Pothier²² y en la cita de los artículos 651 y 1370 del Code²³.

industria que no podría funcionar sin causar molestias a los vecinos ha usado con exceso de su derecho de propiedad y ha incurrido en culpa (Beudant Charles, *Cours de Droit Civil Français*, 2e. ed., t. IV, París, 1938, § 277, p. 295/6).

¹⁸ Cf. la cita de Caballero, en Le Tourneau, Ph., *ob. cit.*, § 2040, p. 655.

¹⁹ Baudry-Lacantinerie, M. Chaveau, *Traité Théorique Pratique de Droit Civil, Des Biens*, 3e. ed. París, 1905, p. 162.

²⁰ Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, p. 163.

²¹ Lalou, Henri, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, 3e. ed., París, Dalloz, 1962, § 942, p. 529/530.

²² Pothier incluye a las relaciones de vecindad como supuesto del "cuasicontrato de comunidad", junto a la obligación de demarcar (*Oeuvres, de R. J. Pothier, cont. Les Traités du Droit Français*, 9e. ed., t. 2, 1830, p. 457 (2e. ap. au *Traité du Contrat de Société*), p. 457 y 459 en especial, § 241).

²³ Fue la idea de Capitant, quien después la abandonó para volcarse a la concepción del abuso de derecho (Colin-Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, t. I, 5e. ed. París, Dalloz, 1927, p. 765, y a la que finalmente retornó en la 8ª edición (cf. Mazeaud, H. et L., *ob. cit.*, p. 667, § 619, nota 2).

La misma concepción del acto anormal o excepcional, expresan Planiol y Ripert²⁴ mientras que Picard finca la culpa en la negativa a reparar el daño ocasionado²⁵, entendiendo que de la jurisprudencia que consagra la responsabilidad del propietario puede deducirse la regla de que, en ciertos casos, el derecho de propiedad no puede ejercitarse sin reparar el perjuicio que de tal ejercicio deriva. Agrega, con cita de Demogue, que el acto permitido trae consigo una suerte de expropiación del derecho ajeno, que debe ser resarcida.

Leyat creyó que existe una culpa especial, la culpa de “inmissio” en la que se incurre por el mero hecho de la intrusión²⁶.

b.2) Responsabilidad objetiva.

Los partidarios de la teoría del riesgo sostuvieron que la jurisprudencia en materia de relaciones de vecindad es una aplicación concreta e indudable de aquella²⁷.

Según otros autores, debería aplicarse la responsabilidad que el primer párrafo del artículo 1384 del Code consagra en cabeza del guardián de la cosa dañosa. Es la idea de Besson²⁸.

Savatier sostiene que si bien el principio de atribución de responsabilidad en la materia es la culpa, excepcionalmente puede existir responsabilidad entre vecinos aun en ausencia de reprochabilidad. Es la hipótesis de lo que él denomina “estado de necesidad”, que se produce cuando el interés de la industria, o sea —dice— el interés general, determina la “necesidad” de la existencia y funcionamiento de un establecimiento, malgrado su carácter insalubre o incómodo²⁹.

²⁴ Planiol-Ripert, *Tratado de Der. Civil Francés*, trad. de Mario Díaz Cruz, t. III. *Los Bienes*, con el conc. de M. Picard. ed. Cultural S. A. La Habana, 1946, p. 390, § 454 y § 471, p. 400/1.

²⁵ Picard, en *ob. cit.*, en nota 24, p. 402.

²⁶ Yocas, *ob. cit.*, p. 120; cf. le Tourneau, *ob. cit.*, § 2036, p. 654.

²⁷ le Tourneau, *ob. cit.*, p. 655.

²⁸ Yocas, *ob. cit.*, p. 113.

²⁹ Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, t. 1, *Les sources de la responsabilité civile*, Paris, 1939, § 71, p. 91.

Con motivo del ejercicio de actividades estatales, se acuñó la idea de que las inmisiones excesivas derivadas de ellas constituirían un agravamiento excepcional y singular de la condición del administrado "víctima", frente al resto de la comunidad, beneficiaria del resultado del obrar estatal. Con base en el principio de la igualdad ante las cargas públicas se fundó, entonces, el deber del Estado inmitente de reparar los daños excesivos³⁰.

b.3.) La igualdad de derechos.

Yocas afirma que el fundamento de la responsabilidad anida en la igualdad de los derechos de propiedad, deducida de disposiciones de rango constitucional, así como de la aplicación "expansiva" del artículo 544 del Code, concluyendo que en última instancia, y ante la comprobación de que la actividad dañosa es, con todo, legítima, el poder creador de Derecho de que están munidos los jueces, ha consagrado una norma de equilibrio en aras del interés general, según la cual debe repararse el daño excesivo³¹.

2. España.

El Código Civil Español carece —como anticipamos— de una regulación general de las relaciones de vecindad³², aunque admita la existencia de limitaciones del dominio, en la definición misma que de ese derecho formula el artículo 348³³.

La doctrina crítica la metodología del Código que ubica a

³⁰ Para una postura crítica, ver Chartier, *ob. cit.*, p. 146.

³¹ Yocas, *ob. cit.*, p. 215 y sigtes.

³² Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 168; Pérez González, B. y Alguer J., en coment. a la obra de M. Wolff, cit. *supra*, nota 7; p. 358; Albaladejo, M., *ob. cit.*, p. 173; Santos Briz, Jaime, *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, T. II, *Derecho de Cosas*, ed. Rev. de D. Privado, Madrid, 1973, p. 132; Castán Tobeñas, J., *ob. cit.*, p. 111.

³³ Castán Tobeñas, J., *ob. cit.*, p. 103.

las limitaciones como servidumbres legales³⁴, así como su técnica legislativa imperfecta y casuista³⁵.

Pese a esas deficiencias, la doctrina y la jurisprudencia no han vacilado en dar una respuesta al problema.

La jurisprudencia aplica los principios de la responsabilidad extracontractual³⁶.

Pérez González y Alguer han señalado que los diversos preceptos aislados que contiene el Código en relación con las inmisiones, dan base suficiente para fraguar, a través de una analogía generalizadora, una teoría general, que formulan en los siguientes términos: se prohíbe toda inmisión perjudicial que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último extremo, al criterio de buena vecindad, basado en la buena fe³⁷.

Puig Brutau sostiene que, con toda la vaguedad y relatividad que entrañan las teorías que pretenden dar cuenta de una materia elástica y mutable, puede establecerse una distinción. Por un lado, el Código señala formas típicas de limitación de la actividad del propietario, en conexión con circunstancias de hecho determinadas de la convivencia de los vecinos; por otro, contempla las obligaciones genéricas o indeterminadas que no han podido quedar adscriptas de manera perfectamente delimitada a determinados estados de hecho vinculados a los predios, sino que se refieren con mayor elasticidad a la conducta recíproca de los vecinos. En el primer caso se encontrarían las que el Código enuncia como servidumbres legales (para Puig Brutau, relaciones de vecindad propiamente dichas). En el segundo, se trataría de los supuestos de inmisiones inmateriales³⁸. De la precedente distinción resulta una consecuencia altamente relevante. El autor

³⁴ Castán Tobeñas, *ob. cit.*, *lug. cit.*, nota 33; De Cossio, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 1975, p. 526; Santos Briz, *ob. cit.*, p. 130.

³⁵ Pérez González y Alguer, *ob. cit.*, p. 358.

³⁶ Pérez González y Alguer, *ob. cit.*, *lug. cit.*

³⁷ Pérez González y Alguer, *ob. cit.*, p. 358; Puig Brutau previene contra la idea de que no podrían interpretarse extensivamente las disposiciones particulares, por ser restrictivas del derecho de propiedad (*ob. cit.*, p. 169).

³⁸ Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 162 y 169.

sugiere, en efecto, que en la órbita de las que el Código denomina servidumbres legales podría pensarse en la existencia de una responsabilidad objetiva o sin culpa. Trae a colación la observación de Josserand acerca de que el legislador ha concretado en deberes rígidos de conducta una noción que evita las discusiones sobre si existió o no culpa: toda violación de ellos supondrá automáticamente un caso de responsabilidad³⁹. En los supuestos que el autor denomina como obligaciones genéricas, en cambio, han de juzgarse las conductas con arreglo a estándares o prototipos de conducta que muestran gran afinidad con los que prevalecen en materia de responsabilidad extracontractual⁴⁰.

3. Italia.

En Italia, el artículo 844 del Código de 1942 contempla específicamente la cuestión de las inmisiones inmateriales⁴¹.

La presencia de esta expresa previsión legal explica que la doctrina haya mostrado menos diversidad en punto a la caracterización del instituto. Considerando que su fundamento guarda relación con la necesidad de asegurar la armónica coexistencia y la coordinación del simultáneo ejercicio de varios derechos de idéntica jerarquía, se ha entendido que se trata de una "limitación legal del derecho de propiedad inmobiliaria" que resulta, por un lado, en un deber u obligación negativa que consiste en abstenerse de infringir la prohibición impuesta y, por otro, en

³⁹ Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 160 y 163.

⁴⁰ Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 163. Debe advertirse que el autor previene contra la tendencia a disociar en demasía las dos órbitas, porque, dice, la calificación jurídica de unos hechos no altera la unidad fundamental de los intereses protegidos (p. 160, nota 10).

⁴¹ El artículo, ubicado entre las Disposiciones Generales referidas a la Propiedad Territorial (Secc. I del Cap. II del T. II del L. III), bajo el epígrafe: "Penetraciones", reza: "El propietario de un fundo no puede impedir las penetraciones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las sacudidas y similares propalaciones derivadas del fundo del vecino, si no superan la tolerancia normal teniendo también en consideración la condición de los lugares. Al aplicar esta norma la autoridad judicial debe contemporizar las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso".

una facultad correlativa de exigir que el vecino observe, él también, el deber citado ⁴².

Se ha dicho, en un orden de ideas análogo, que la infracción a la limitación no conlleva ilicitud, no genera propiamente culpa ni constituye un supuesto de responsabilidad objetiva. El deber de resarcir el daño causado sería un deber conexo a la gestión del patrimonio y se configuraría como obligación real ⁴³.

Para otra opinión, se debería distinguir, en cuanto al fundamento de la obligación de reparar, según cuál sea el criterio adoptado por el Juez respecto de la concreta situación de que se trate ⁴⁴.

4. Alemania.

El B.G.B. contiene una disposición específica referida a las inmisiones inmateriales, o imponderables: el artículo 906 ⁴⁵.

La doctrina ha interpretado que las inmisiones materiales o corporales están absolutamente prohibidas y que, en cuanto a los imponderables, el Código ha sancionado una verdadera "transac-

⁴² Messineo, *ob. cit.*, § 80, p. 283 y p. 284, N° 2 d). Para el autor, se trata de una obligación *in rem scripta*, o con eficacia real (*ob. cit.*, p. 286).

⁴³ Cf. De Martino, *cit.*, por Tabet-Ottolenghi-Scalitti, *La Proprieta*, UTET, 2ª ed., 1981, § 150, p. 150.

⁴⁴ Así, la inmisión excesiva que el Juez decide que ha de ser soportada, pasa a ser lícita "ope iudicis", aunque puedan disponerse medidas técnicas en el fundo o en el del actor, con miras a atenuar el daño. En cambio, si el Juez encuentra que toda contemporización es imposible y que no hay otra alternativa que el cese de la actividad que genera la inmisión, se producirá la declaración de ilicitud. Cf. Tabet-Ottolenghi-Scalitti, *ob. cit.*, § 150, p. 151.

⁴⁵ La norma reza: "El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, emanaciones, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones semejantes procedentes de otra finca, en tanto que la inmisión no entorpezca o solo entorpezca de una manera no esencial el aprovechamiento de su finca o en tanto sea producida por un aprovechamiento de la otra finca que, según las circunstancias del lugar, es habitual en fincas de esta situación. Es inadmisibles la penetración por un conducto especial".

ción'', limitando por un lado la libre actividad del inmitente y, por otro, la libertad de exclusión de su vecino. El principio que guía las soluciones es el de la buena fe⁴⁶.

III. EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

1. Introducción.

El Código Civil en su versión original contemplaba, por un lado, la responsabilidad del propietario de la cosa inanimada de la que propalaran ciertas inmisiones (art. 1133 inc. 3, 4 y 5), considerando el caso como un supuesto de hecho ilícito. La responsabilidad venía atribuida en razón de la culpa (que la norma presumía).

Por otro lado, en los artículos 2618 y 2619⁴⁷, Vélez reguló la hipótesis del ruido causado por un establecimiento industrial, en condiciones que excedieran la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad.

La doctrina criticó la estrechez del artículo 2618, que la jurisprudencia se encargó de corregir en gran medida, contemplando propagaciones diversas del ruido, incluyendo además del caso de establecimiento industrial también otros emplazamientos igualmente generadores de molestias y admitiendo, finalmente, la potestad judicial para hacer cesar o mitigar las molestias, incluso por vía de la supresión de la actividad que las genera.

La ubicación metodológica de ambos artículos es apropiada, pues tienen por objeto definir el límite normal del derecho real de dominio reconocido por el Código. La decisión de Vélez es tanto más valiosa cuanto que sus fuentes en el tema asimilaban el régimen de las molestias de vecindad al de los actos ilícitos⁴⁸.

⁴⁶ M. Wolff, en Enneccerus-Kipp-Wolff (*ob. cit.*, en nota 7), p. 349/350, y 354.

⁴⁷ Ambas normas corresponden al L. III (*De los Derechos Reales*), T. VI (*De las restricciones y límites del dominio*).

⁴⁸ Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, 3ª ed., París, 1863, t. 2, especialmente p. 176, nota 11; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XII, *Traité des Servitudes ou services fonciers*, 3ª ed., París, 1863, § 653, p. 149.

La reforma producida por la ley 17.711, derogó los artículos 1133 y 2619 y modificó el artículo 2618. En lo que hace a la derogación del primero, que —como vimos— establecía una presunción de culpa del propietario del inmueble desde el cual se generan ciertos daños (entre ellos, las inmisiones de los incisos 3, 4 y 5), la medida se conecta con la nueva redacción impresa al artículo 1113. Al decir de Borda, la nueva fórmula de esta norma, consagratoria de la responsabilidad objetiva o por el riesgo en materia de daños que involucran cosas⁴⁹, habría tornado inútil la previsión del artículo 1133⁵⁰.

La reforma del artículo 2618 y la derogación del artículo 2619, por su parte, han perfeccionado la regulación de las inmisiones inmatrimoniales, manteniéndola en su ya recordada ubicación metodológica dentro del Título VI del L. III.

Cuadra analizar las disposiciones del artículo 1113 y las del nuevo artículo 2618, así como los efectos de la derogación del artículo 2619, para lo cual, desde ya lo advertimos, volveremos frecuentemente a la consideración del régimen anterior a la ley 17.711.

2. Proyecciones del artículo 2618.

El artículo 2618 deslinda, por un lado, un sector particular de responsabilidad, mientras, por otro, regula la coexistencia de los derechos reales (o posesiones) sobre inmuebles vecinos.

La norma trata, en todos los casos, de daños ocasionados por una actividad lícita, en la que no ha mediado reprochabilidad⁵¹ y determina, bajo ciertas condiciones, el deber de soportarlos. Si mediara culpa se trataría de un supuesto de hecho ilí-

⁴⁹ Decimos: “que involucran cosas” para no ahondar en las conocidas disputas sobre la existencia de una distinción entre los daños causados “con” y “por” la cosa (ver Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 4ª ed., Perrot, 1975, T. II, § 1474 a 1477, p. 348/355; Llam-bías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1976, T. IV-A, § 2617, p. 577).

⁵⁰ Borda, Guillermo, *ob. cit.*, § 1455, p. 336.

⁵¹ Adrogué, Manuel I., *Las molestias entre vecinos en la reforma civil (ley 17.711)*, en *Temas de Derechos Reales*, ed. Plus Ultra, ed. 1986, p. 65.

cito ajeno a la norma y cuyas consecuencias, en principio, la víctima no está obligada a soportar ⁵².

El aludido deber de sufrir ciertas molestias derivadas de la vecindad, que consagra el artículo 2618, se diversifica según que los daños excedan o no el límite de la normal tolerancia. Si ellos no son excesivos (con arreglo a las pautas que el propio artículo sienta), y siempre que no medie reprochabilidad en el autor, deben ser soportados por el vecino, sin más.

Si, en cambio, las molestias son excesivas, el deber está previsto de un modo eventual y consistirá, en su caso, en sufrirlas, bien que a cambio de una compensación. Ello sucederá cuando el juez resuelva que no procede ordenar la supresión de las molestias. Se habrá impuesto entonces al damnificado una conducta de sujeción al obrar dañoso, compensándolo mediante la reparación del perjuicio resultante.

El primer aspecto de la regulación del artículo 2618 es, por tanto, el establecimiento de un deber de tolerancia, con las modalidades señaladas y en aras de la pacífica armonización de los derechos en juego. Se trata de un precepto protector de la paz social ⁵³ y su positivización en el Código de Vélez constituyó una valiosa herramienta para facilitar el progreso de la industrialización del país, prefigurando una armoniosa composición de los intereses individuales contrapuestos, sobre el trasfondo de un también presente interés comunitario, merecedor de tutela.

El Código perfila, al propio tiempo, una restricción al dominio que, como tal, delimita el ambiente en que el derecho es reconocido por el ordenamiento jurídico objetivo, determinando una nueva condición para su existencia en el mundo jurídico ⁵⁴. La pauta de no excesividad que sirve para trazar el límite

⁵² Una excepción sería, por ejemplo, el supuesto de atenuación de la reparación, prevista en el art. 1069, 2º párrafo, Código Civil.

⁵³ le Tourneau, *ob. cit.*, § 2024, p. 651; von Ihering, *ob. cit.*, p. 113; Demolombe, *ob. cit.*, p. 150; Machado, José O., *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Lajouane ed. 1903, t. VII, p. 16.

⁵⁴ Lafaille, *ob. cit.*, p. 6.

que, traspuesto, genera acción en favor del perjudicado, se proyecta con la razonabilidad de su solución sobre otras normas del T. VI del L. III ⁵⁵.

2.1. El plano de la responsabilidad.

En este ámbito, entendemos necesario analizar la situación antes y después de la ley 17.711.

2.1. a) El sistema de Vélez.

El sistema de responsabilidad previsto en el Código de Vélez se basaba, como regla, en la culpa ⁵⁶.

Específicamente, el artículo 1133 en el que el Codificador contempló supuestos de inmisiones (inc. 3, 4 y 5), fundaba la responsabilidad en la culpa ⁵⁷ que la norma presumía, sin perjuicio de admitir la prueba en contrario.

En los artículos 2618 y 2619 no aparecía la mención de la culpabilidad como requisito de la responsabilidad indemnizatoria que en ellos se establecía. Esta ausencia hizo decir a calificada doctrina que ambos artículos estatúan una responsabilidad sin culpa ⁵⁸.

⁵⁵ Segovia, Lisandro, *El Código Civil... su explicación y crítica bajo la forma de notas*, ed. Pablo E. Coni, Bs. As., 1881, t. 2, p. 116, nota 12.

⁵⁶ Llambías, *Ob. cit.*, t. IV-A, § 2591, p. 525; § 2597, p. 536, § 2611, p. 565, aunque la jurisprudencia se encargó de beneficiar al damnificado estableciendo en su favor presunciones destinadas a aliviarle la carga de la prueba de la culpabilidad en los casos de daños producidos con intervención de cosas inanimadas (Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot § 1014 y § 1015, p. 353). El Código, por otra parte, contiene —como se sabe— supuestos ajenos al criterio subjetivo de reprochabilidad (p. ej. arts. 1129, 1118 y 1119, cf. Mosset Iturraspe, Jorge, *La recepción de la teoría del riesgo creado, por el C. C. a través del art. 1113*, La Ley, 1979-D, p. 713).

⁵⁷ Lafaille, Héctor, *Derecho Civil*, t. VII, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. II, ed. Ediar, Buenos Aires, 1950, § 1328, p. 443.

⁵⁸ Lafaille, Héctor, *ob. cit.*, en nota 2, vol. II, § 844, C. p. 37; Bustamante Alsina, J., *ob. cit.*, § 1234, p. 416.

En ese contexto, la regulación de los daños derivados de la vecindad ofrecía una nota de indudable complejidad.

En efecto, si hemos de aceptar que el artículo 2618 referido por entonces literalmente sólo al ruido producido por un establecimiento industrial, imponía un deber de reparación con independencia de toda culpa, nos encontramos con hipótesis de hecho análogas⁵⁹ previstas por el artículo 1133, que se veían —sin embargo—sometidas a regulación marcadamente diversa. Ello era tanto menos justificable a primera vista, cuanto que la fórmula con que se abría el artículo 1133 permitía interpretar que la enumeración que contenía era meramente enunciativa⁶⁰.

En el supuesto del inciso 4º del artículo 1133 (exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes), la responsabilidad sólo se atribuía respecto del daño causado por la construcción de de éstos “sin las precauciones necesarias”, o sea, sólo mediante culpa.

Del mismo modo, el inciso 5º, que se refería a la “humedad en las paredes contiguas”, sólo mandaba reparar si el daño era producto de “causas evitables”.

La doctrina sostenía que en ambos casos quedaba excluida la obligación de indemnizar si el propietario demandado justificaba la adopción de una conducta prudente y diligente⁶¹.

Siendo así, resulta palmaria la diferencia de régimen entre estas emisiones y aquélla prevista en el artículo 2618 de Vélez (ruido), diferencia que —dada la analogía esencial existente entre ellas— se tornaba difícil justificar⁶².

⁵⁹ Lafaille, *ob. cit.*, en nota 57, vol. II, § 1329, 3º, p. 448.

⁶⁰ Llambías, *ob. cit.*, t. IV-A, § 2602, p. 545; Lafaille, H., *ob. cit.*, nota 57, vol. II, § 1329 texto y nota 180, p. 445.

⁶¹ Lafaille, *ob. cit.*, nota 57, vol. II, § 1329 esp. Nos. 4) y 5), p. 448/449; Llambías, *ob. cit.*, T. IV-A, § 2601, Nos. 4 y 5, p. 544.

⁶² Véase, por ejemplo, Llambías, *ob. cit.*, t. IV-A, § 2601, nota 174, p. 544, donde, comentando el inciso 5º del art. 1133, afirma que la obligación de indemnizar no existe si el demandado prueba su diligencia, supuesto en el cual “los vecinos tienen que soportar los malos olores” (sin reparación alguna), lo que parecería difícilmente conciliable con el régimen de los artículos 2618/9.

Para algunos, la armonización podía lograrse interpretando que la causación del daño, bajo el régimen del artículo 1133, demostraba la culpa⁶³.

Otra posibilidad de conciliación consistiría en interpretar que el artículo 1133 condicionaba la reparación a la culpabilidad porque preveía daños que no excedieran la normal tolerancia, mientras que el régimen de los artículos 2618/9 prescindía del factor subjetivo porque se refería al daño excesivo.

Sin embargo, contra esta comprensión se alzaba la letra del inciso 3º del artículo 1133, que aludía como hipótesis dañosa sólo a aquella humareda que fuera "excesiva". La doctrina entendió, así, que las hipótesis del artículo 1133 eran análogas a las trazadas en el T. VI del L. III y estimó que la norma debía ser interpretada bajo el prisma de tolerabilidad ordinaria que campeaba en materia de restricciones del dominio⁶⁴.

De adoptarse esta concepción que hacía aplicable el criterio de excesividad al ámbito del artículo 1133, esta norma y las de los artículos 2618/9 habrían venido a regular daños de idéntica intensidad, y deberíamos entonces afrontar la aparente contradicción entre la exigencia de culpabilidad que el primer artículo plantea y la irrelevancia del factor subjetivo que prevalece en los restantes.

Una solución para conciliar las normas en juego antes de la ley 17.711 debía comenzar por advertir que el criterio de excesividad sólo regía literalmente para el inciso 3º del artículo 1133. En otras palabras, que el concepto de daño por inmisión

Parecida dificultad de conciliación existía entre los arts. 1133 y 1134, por una parte, y el art. 2616 por la otra, en cuanto al régimen de la culpabilidad (cf. Lafaille, *ob. cit.*, nota 2, vol. II, § 840 g), p. 32/33). Lafaille sostuvo que el art. 2618 no contenía el requisito de la culpa, pero al analizar el supuesto análogo del art. 1133 y refiriéndose al caso de exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, dijo que el demandado puede probar su falta de culpa con efecto de exoneración (*ob. cit.*, en nota 57, vol. II, p. 448, Nº 4).

⁶³ Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, § 1461.

⁶⁴ Lafaille, *ob. cit.*, nota 57, vol. II, § 1329, en especial, Nº 3, p. 448.

que normaba el artículo incluía, con la salvedad de la letra de dicho inciso, el que no excedía la normal tolerabilidad.

El caso del inciso 3º, que imponía el requisito de que la inmisión fuera excesiva, venía a ser, en consecuencia, una excepción (innegable) al régimen general del artículo 1133.

Dijimos que el artículo 1133 'incluía' (con la salvedad del inc. 3º), inmisiones no excesivas. Ahora agregamos: también se comprendían las inmisiones excesivas. En otras palabras, creemos que en lo que hace a las molestias excesivas, Vélez, por una parte, estableció una responsabilidad objetiva, ajena a la idea de culpabilidad (arts. 2618/9); por otra, admitió que el damnificado acudiera al artículo 1133 y a la presunción de culpa que él establecía. No había incompatibilidad entre ambas previsiones porque se movían en órbitas diversas y generaban consecuencias por completo diferentes.

El damnificado que accionaba ante la infracción a la restricción del dominio cometida por su vecino y lo hacía a través de los artículos 2618/9, si bien no necesitaba de la culpa del autor, recibía una reparación limitada a los rubros contemplados en el artículo 2619.

Si, en cambio, aspiraba a una indemnización plena, podía —como todo otro perjudicado— ampararse en el régimen de responsabilidad por el hecho ilícito, basado en la culpa y regulado por los artículos 1109 y 1133.

2.1. b) La Ley 17.711.

1. Introducción.

La Ley del epígrafe ha introducido una considerable modificación en el panorama expuesto. Ya dijimos que Borda entendió que la disposición del artículo 1133 devenía inútil ante la nueva fórmula con que en el artículo 1113 quedó consagrada la responsabilidad por los daños causados por riesgo o vicio de las cosas (supra texto y nota 50).

Los supuestos de responsabilidad por inmisiones, que en el régimen del artículo 1133 estaban vinculados con la idea de culpa, habrían quedado absorbidos, para Borda, en los términos

del segundo apartado del segundo párrafo del artículo 1113, que consagra una responsabilidad objetiva.

El artículo 2618 fue reformado en varios sentidos, respondiendo a las críticas de que había sido objeto el texto de Vélez.

Al propio tiempo se derogó el precepto del artículo 2619, refundiéndose sólo parcialmente sus disposiciones en el nuevo artículo 2618.

2. Actividad lícita y daños. Unidad de soluciones reparadoras.

En el artículo 2618 quedan comprendidos los daños excesivos derivados de fuentes como las que ejemplifica la norma, sólo cuando ellos son producto del ejercicio lícito de actividades en inmuebles vecinos al poseído por el damnificado, sin que haya mediado culpa o negligencia del autor⁶⁵.

Es innecesario abundar en el sentido de que el Derecho Privado conoce y recepta la reparación independiente de la ilicitud.

⁶⁵ Adrogué, Manuel, *ob. cit.*, p. 64/5; Bustamante Alsina, *ob. cit.*, § 1237 y § 1238, p. 416/417; Laquis, Manuel Antonio, *Derechos Reales*, T. IV, ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, § IX, p. 218; Messineo, *ob. cit.*, III, § 80, 303; contra: SCBA (ED., 114-671). En Francia, como vimos, la jurisprudencia sigue haciendo alusión a la culpa y lo propio ocurre en España; en aquel país, sin embargo, se registran recientes fallos de filiación claramente objetiva (cf. C. Chartier, *ob. cit.*, p. 127, nota 753). En Italia no hay uniformidad. Véase, por ejemplo, el fallo de la Corte de Casación del 18-2-77, que adhiere a la idea de culpa (Tabet-Ottolenghi-Scalitti, *ob. cit.*, p. 154/155, quienes apoyan la doctrina del fallo) contra: Constantino, Michele, *Contributo alla Teoria della Proprieta*, ed. Jovene, Napoli, 1967, p. 202. Entre nosotros, Mosset Iturraspe advierte que si por aplicación del art. 2618 se decidiera la cesación de la actividad que genera las inmisiones, tal decisión presupondrá la calificación de ilicitud (*Responsabilidad por daños*, ed. Ediar, t. I, Bs. As., 1979, p. 51/2); Gatti sostiene que se trata de un acto excesivo, pero aclara que si fuera posible la cesación de la molestia o su reducción a los límites permitidos, se estaría en presencia de un acto ilícito (Gatti, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, 1975, p. 304); cf. Highton, Elena I., *Derechos Reales*, 2. I. Dominio y Usucapión, 1ª parte, Buenos Aires, 1983, p. 123/124.

Baste recordar, a mero título de ejemplo, la norma del segundo párrafo del artículo 907 del Código Civil, que permite al juez ordenar la indemnización de perjuicios causados por actos involuntarios⁶⁶ o la reparación del llamado “daño necesario”⁶⁷, y aun, para calificada doctrina, la hipótesis de responsabilidad por daño causado por el riesgo de la cosa.

Desde la vertiente iuspublicista, la solución no es otra.

Se afirma en ese ámbito la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita. Para sostener la procedencia de esa solución se han invocado argumentos de alta jerarquía normativa y, calando aún más hondo, se ha hecho mérito de su raigambre axiológica.

Se ha invocado el artículo 17 C.N. en cuanto consagra la garantía de la propiedad y ordena que toda privación de ella en aras del interés colectivo sea indemnizada⁶⁸.

En el plano de los valores, se ha advertido que la Justicia distributiva que rige las relaciones entre el Estado y los administrados, impone que no se cohonesten situaciones de desigualdad entre estos últimos frente al primero. Tal desigualdad surgiría si a un administrado se le impusieran a través de la actividad lícita del Estado (ejecución de obras públicas, por ejemplo), “sacrificios especiales” que no se exigen al resto de la comunidad, con el efecto de que la situación de aquél quedaría destacada, singularizada, en su desventaja frente a sus iguales.

La justicia manda, en tales casos, acordar al administrado víctima del obrar estatal lícito, una reparación de base objetiva que restituya la igualdad de sacrificios⁶⁹.

⁶⁶ Comp. Bustamante Alsina, *ob. cit.*, quien entiende, que cuando el juez manda reparar por equidad, estamos en presencia de un “acto ilícito potencial” (*ob. cit.*, § 1208, p. 405).

⁶⁷ Mosset Iturraspe, *ob. cit.*, en nota 65, t. 1, p. 43; Llambías, *ob. cit.*, t. III, § 2235, p. 645 y § 2245, p. 658.

⁶⁸ C. N. Civil A, 26-7-84, “Stantic c. MCBA” (L.I., 1985-A, 113).

⁶⁹ Fallo cit. en nota 68; Barra, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, en ED diario 2-2-87, p. 3, § 2; Casagne, Juan C., *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*, en ED. 114-215; Dromi, José R., en JA. Doct. 1970-p. 50 y nota 22; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de*

Se comprueba la sustancial unidad del régimen del Derecho de daños, que tiende a llegar a soluciones justas, con independencia de quién sea el autor del perjuicio⁷⁰.

El "alterum non laedere" es un pilar de nuestro Derecho⁷¹ y conforme a él, se ha afirmado que el resarcimiento de los daños es un postulado que sólo cede en presencia de una causa o título que obligue a soportarlos⁷².

En el caso de los daños causados por la obra pública, se ha dicho que no se trata de fundar el resarcimiento en la culpa, sino de que el beneficio común que aquella reporta no debe ser obtenido a costa del patrimonio ajeno⁷³. Por nuestra parte, y respecto de las inmisiones que nos ocupan, podríamos decir que la protección de las "exigencias de la producción" (cf. art. 2618 Cod. Civ.), en las que va implicado un evidente interés público⁷⁴ no debe llegar al sacrificio gratuito del derecho de terceros⁷⁵.

Derecho Administrativo, 3ª ed., T. IV, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 698 y sigtes.; García de Enterría E. y Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1986, T. II, p. 336/7.

⁷⁰ Mosset Iturraspe, J., *El Estado y el daño moral*, en LL. 1986-D, p. 1.

⁷¹ La Corte Suprema ha considerado que tiene jerarquía constitucional, con arraigo en el art. 19 y en el Preámbulo de la Constitución (CSN, 5-8-86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c./ Empresa Ferrocarriles Argentinos", (ED, 120.648).

⁷² Barra, *ob. cit.*, p. 6, nota 15; fallo cit. nota 68; Mosset Iturraspe, art. cit. nota 70, *passim*.

⁷³ CNCiv., C, 28-8-74, "Margulis c. MCBA" (ED, 111-479); CN Civ G 23-9-85, "Valloni c. MCBA" (LL. 1987-A, p. 658, 37.518-S). Se acude también, en materia de servicios públicos, a la idea de "falta de servicio" que alude al desempeño irregular del cometido administrativo. Cuando causa un "sacrificio especial", o sea, cuando provoca que un administrado asuma una carga mayor que la que el resto debe (!) soportar, da lugar a indemnización (cf. Barra, art. cit., p. 3; CSN 18-12-84, "Vadell, J. c. Pcia. de Bs. As." (ED, 114-217); 4-6-85, "Hotelera Río de la Plata SA c/ Pcia. de Bs. As.", (LL, 1986-B, 108).

⁷⁴ Savatier, *ob. cit.*, § 71, p. 91.

⁷⁵ En Italia, Comporti va más lejos y propone la idea de que aun mediando indemnización (que el art. 844, Cód. Italiano no prevé expresamente), el criterio de dar primacía a las "exigencias de la producción"

3. Extensión de la reparación.

Ahora bien, señalado el carácter puramente objetivo del factor de atribución que corresponde a la responsabilidad por inmisiones inmatrimiales⁷⁶, aparecen de inmediato las relevantes consecuencias que derivan de esa premisa, en lo que hace a la extensión del deber de reparar.

En el hoy derogado artículo 2619, Vélez estableció una indemnización limitada, sólo comprensiva de la disminución del valor venal o locativo de la finca del actor, que se correspondía con la atribución objetiva de responsabilidad que nacía del artículo 2618.

La ley 17.711 que incorporó a este último artículo algunos contenidos del artículo 2619, no trasladó, sin embargo, por lo menos de una manera expresa, aquella limitación.

Teniendo en cuenta la necesidad de establecer una razonable ecuación entre el factor de atribución y la extensión de la reparación, creemos que en el marco de la responsabilidad objetiva de que aquí se trata, sólo deberían repararse los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la inmisión⁷⁷.

autorizando la continuación de la actividad que genera las inmisiones violaría la cláusula de solidaridad y otros valores consagrados en el texto constitucional italiano (libertad, igualdad, dignidad social salud, etc.). (Comporti, Marco, *Diritti reali in generale, nel Tratt. di D. Civile e Comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, ed. Giuffrè, Milano, 1980, p. 195 y nota 176).

⁷⁶ Contra, Chartier, *ob. cit.*, § 2012, p. 647 y § 2049, p. 656.

⁷⁷ Llambías, *ob. cit.*, IV-A, § 2656, p. 637; Horvath, Pablo A., "La responsabilidad objetiva en el derecho privado", JA, Doct. 1970, p. 550, especialmente p. 563 3 n.) y p. 565, donde transcribe la recomendación aprobada en la XVI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados —Caracas 1969—, en la que se exhorta a los gobiernos de los países americanos a que, estableciendo sistemas de responsabilidad objetiva, fijen límites a la reparación; contra: la Recomendación N° 4 "de lege lata" aprobada en las VII Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979, (ed. La Ley, 1981, p. 191 y sigtes.); cf. en cuanto a la limitación en el Derecho Administrativo, Barra, art. cit., p. 4: CNCiv. A., fallo cit. nota 68, especialmente Considerando XI; art. 10, ley 21.499. El Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la

No obsta a esa delimitación el principio de integralidad del resarcimiento, ya que él no impide que el legislador, dentro del marco del artículo 16, C.N., configure la extensión de resarcibilidad, que es una manera de definir la noción del daño⁷⁸.

Siendo objetiva la responsabilidad que el artículo 2618 establece, cuando la norma fija el concepto de daño indemnizable, determinándolo como aquel que excede la normal tolerancia, está prescribiendo ese requisito de intensidad para toda reparación de carácter objetivo de daños procedentes de inmisiones in-materiales.

El segundo apartado del segundo párrafo del artículo 1113 Código Civil adopta, en cuanto al llamado “riesgo” de la cosa, precisamente un factor de atribución objetivo⁷⁹. Por lo dicho, de ser viable acceder a la reparación de daños por inmisiones a través del factor riesgo (ver *infra* n° 4), ello procederá sólo si éstas son excesivas.

Si la indemnización se procura, en cambio, por un sistema de responsabilidad de base subjetiva (cf. art. 1109, o en conexión con el “vicio de la cosa” que, a nuestro juicio, envuelve una idea de reproche), no será obstáculo para calificar como dañosas a las inmisiones, la circunstancia de que no fueren excesivas.

Nación propone incluir en el art 1113 del Cód. Civil, una limitación cuantitativa de la indemnización para el caso de atribución objetiva del deber de reparar (ed. Abeledo-Perrot, 1987, p. 76).

⁷⁸ La Corte Suprema reconoce por una parte el principio de integralidad de la reparación, que —dice— surge del art. 17 C. N. (cf. fallo: “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S. A. c./ Dirección Nac. de Vialidad”, del 20-9-84, ED, 111-550), mientras convalida el régimen expropiatorio que excluye el resarcimiento del lucro cesante.

⁷⁹ Llambías, *ob. cit.*, IV-A, § 2652, p. 632; agrega en § 2653, p. 634 que es una hipótesis de daño lícito que debió regularse cerca del art. 907, Cód. Civ.; Bustamante Alsina, *ob. cit.*, Cap. XV, p. 327; en § 924 casi coincide con Llambías, en cuanto señala que no son hechos ilícitos “en sí mismos, sino potencialmente en sus efectos”, cf. opinión de la minoría en el plenario de la CNAT de Capital in re: “Vieites E. c./ Ford Motor” (ED, 101-617); CNCiv., D, 22-6-76 (ED, 72-530).

4. Especialidad del problema de las inmisiones.

A todo esto, nos parece discutible la posibilidad de encuadrar sin más el supuesto de las inmisiones inmateriales en el sistema de responsabilidad por el riesgo de la cosa, del artículo 1113 Código Civil⁸⁰.

Instalado fuera del ámbito de la culpa, el 2º párrafo del 2º apartado de la norma citada, aprehende los daños que causa la intervención de cosas que han salido del control de su dueño o guardián. En otras palabras, se trata de la intervención de la cosa que ha hecho actual su riesgosisdad potencial. En las inmisiones, de no mediar culpa, las propagaciones en sí mismas no son fenómenos que escapan al control del responsable. Por el contrario, en cuanto tales, han sido previstas. Es posible que el industrial, por ejemplo, sepa de antemano que el funcionamiento de su establecimiento producirá, pese a las medidas adoptadas, propagaciones al vecindario. Es probable, incluso, que sus técnicos hayan mensurado objetivamente el nivel de dichas inmisiones (piénsese en el cálculo de decibeles, por ejemplo).

La propagación, pues, está calculada en cuanto tal. En los daños a que se refiere el artículo 1113 C.C. el hecho rompe la normalidad; es, por así decir, patológico. En el caso de las inmisiones, dichas propagaciones son efecto normal del ejercicio de actividad en el inmueble del demandado.

Pero, como quiera que fuere, creemos que en última instancia las distinciones conceptuales no deben llevarnos al extremo de desembocar en soluciones injustas. De ahí que pensemos que el fenómeno de las inmisiones merece un tratamiento uniforme, acorde con la naturaleza de los hechos en cuestión y adecuado a los valores de que aquellos son portadores⁸¹.

Pensamos, por tanto, que aun entablado el reclamo con invocación del artículo 1113 C.C. en función del riesgo de la cosa, deben adecuarse las respuestas legales generales frente al

⁸⁰ Yocas, *ob. cit.*, p. 105 con cita de Henriot, en crítica a la idea que pretende hallar en el riesgo la explicación de la responsabilidad por inmisiones.

⁸¹ Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 160, nota 10.

hecho dañoso, a la especial característica que ofrece la problemática de las inmisiones.

La obligación emergente de un hecho ilícito conlleva el deber de cesar en la causación del daño, conjugado inescindiblemente con la reparación de éste. El resarcimiento podrá advenir por vía pecuniaria o mediante restitución en especie, pero, sea cual fuere el camino emprendido, es de toda necesidad que la fuente dañosa sea cegada ⁸².

En el caso de las inmisiones se impone, por lo antes dicho, formular algunas precisiones.

Es innegable que el Codificador argentino dotó a las actividades productivas de una especial protección. No olvidemos que en los artículos 2618/9 del texto original del Código no aparecía la posibilidad de que el Juez ordenara el cese.

Si bien la jurisprudencia se encargó de admitirla, lo hizo con gran prudencia ⁸³.

El artículo 2618 reformado, recogiendo las enseñanzas de esa jurisprudencia y abrevando en el artículo 844 del Código Italiano, lejos de autorizar derechamente al juez para ordenar la supresión de la actividad dañosa, fijó ponderadas pautas de contemporización entre los intereses en juego, al punto que puede afirmarse que el cese de la actividad industrial inmitente es un recurso extremo y no deseado.

Así, un derecho fuertemente protegido por el Código como es el de dominio, se ve, en ocasiones, restringido en su intensidad ⁸⁴, debiendo su titular (en el caso, el vecino víctima de las propagaciones) contentarse con una indemnización, y soportar la continuación de la actividad inminente.

⁸² En cuanto a que el cegamiento de la fuente es, en rigor, cosa distinta de la restitución en especie, ver Messineo, *ob. cit.*, t. VI, § 51, p. 564; cf. Alterini, Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, quien habla, con independencia de la reparación, del "natural desmantelamiento de los efectos del acto ilícito", § 233, p. 185 y 188.

⁸³ La negó en algunos casos (LL, 6-1088; LL 35-1212; LI., 100-84).

⁸⁴ Messineo, *ob. cit.*, t. III, § 80, N° 1, p. 283.

De esta premisa deducimos que si el accionante no se encuentra legitimado por el artículo 2618 (si se trata, por ejemplo, de un locatario), su recurso a la norma del artículo 1113 no servirá para ponerlo en situación más favorable que aquella en que se encuentra el poseedor.

Luego, malgrado la invocación del artículo 1113 no será procedente sin más, la cesación de los efectos dañosos por vía de la supresión de la actividad desarrollada en el inmueble vecino, si la ofensa que motiva la demanda es sólo al derecho patrimonial de goce.

Por cierto, si las inmisiones avanzan no ya sobre el derecho de goce y disfrute de contenido patrimonial, localizado en el inmueble, sino sobre eminentes derechos del actor en cuanto individuo y por fuera de toda relación real (p. ej. derecho a la vida y a la salud), nada obstará a que el Juez produzca la decisión que resulte más valiosa, armonizando los intereses en conflicto (en modo análogo al que le indica el artículo 2618), quedando allí sí abierta la posibilidad de ordenar la cesación de la actividad lesiva⁸⁵.

2.2. El plano de la defensa del dominio.

Lo que acabamos de expresar nos introduce en la consideración de otra perspectiva del tema de las inmisiones.

⁸⁵ Cf. Llambías, *ob. cit.*, T. IV-A, § 2601, nota 174, in fine, p. 544. El Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación (*supra*, nota 77), incluye como art. 2619 la siguiente norma: "Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a toda persona que pueda ser perjudicada por tales actividades, aunque no se trate de vecinos". Las Notas Explicativas dan razón del nuevo texto en los siguientes términos: "No ha estado ausente la preocupación por los aspectos ecológicos, tan unidos al bien común. Ello explica la admisión de que cualquier persona, aunque no sea vecino, pueda accionar ante las molestias que le ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares que excedan la normal tolerancia". Nos parece que es posible interpretar que la modificación legislativa propuesta confirma la especialidad de la hipótesis fáctica de las inmisiones y que le depara un tratamiento único, reglado en los arts. 2618/9 y excluido de la norma del art. 1113.

Las normas de los artículos 2618/9 contemplaban (y lo mismo hace hoy el nuevo art. 2618) una restricción al derecho real de dominio, impuesta en aras de la convivencia y como verdadera necesidad social.

Por la remisión del artículo 2418 Código Civil la norma del artículo 2618 configura una “obligación inherente a la posesión de inmuebles”, desde el punto de vista pasivo y un “derecho inherente a la posesión” de los mismos, desde la perspectiva del sujeto activo ⁸⁶.

En nuestro Derecho está consolidada la ubicación del instituto como restricción del dominio y no como servidumbre de origen legal, deslinde éste que ya tuvo claro el Codificador, como lo revela su nota al artículo 2611 ⁸⁷.

Del carácter real que en nuestro Derecho cabe adjudicar a la regulación del artículo 2618 en cuanto define el contorno del derecho de dominio, deriva que la tutela que la norma concede, deba hallar cauce entre las acciones reales. Ello es posible si atendemos al artículo 2796 Código Civil, del cual resulta que la acción confesoria es el instrumento por el cual se hace efectivo el respeto de la restricción ⁸⁸.

Esta acción es, por su naturaleza, imprescriptible, de modo que el poseedor no la pierde por su inactividad frente a las in-misiones excesivas ⁸⁹. En cuanto a la acción para obtener el re-

⁸⁶ Adrogué, *ob. cit.*, p. 68/9.

⁸⁷ Cf. Demolombe, *ob. cit.*, p. 151; Comp. Segovia, *ob. cit.*, t. 2, p. 127, nota 57. La dificultad del deslinde la acredita el método de algunos códigos extranjeros (p. ej. Español y Francés) así como, en el nuestro, el art. 3077 que Vélez ubicó en el Título de las Servidumbres en particular, cuando debió estar entre las restricciones del dominio (cf. Jorge J. Llambías-Jorge H. Alterini, *Código Civil Anotado*, T. IV, A, *Derechos Reales*, Abeledo-Perot, Buenos Aires, 1981, coment. al art. 2627, p. 434).

⁸⁸ Highton, *ob. cit.*, § 203, p. 141; Arraga Penido, Mario, *Acción confesoria*, en LL 1982-C, p. 469, en especial, p. 481/2; Allende, Guillermo L., *Ambito de aplicación de las acciones reales*, LL, 89-794; Llambías, Alterini, *Código civil anotado*, cit., nota 87, p. 437, § 7, en relación con el artículo 2628.

⁸⁹ Adrogué, *ob. cit.*, p. 69; Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 170; Messineo, *ob. cit.*, t. II, § 13, Nº 3, p. 64; Laquis, *ob. cit.*, p. 382; cf. CNCiv. A 26-5-78 (LL, 1978-D, p. 9).

sarcimiento de los daños causados, la cuestión es más compleja y diversas son también las opiniones que sobre ella se han elaborado.

Quiere Laquis que no tratándose de un supuesto de dolo o culpa, la imprescriptibilidad comprende tanto la acción para obtener la cesación de los excesos como la de daños⁹⁰.

Legón invoca el artículo 4037 Código Civil sobre la base del argumento de que las fuentes del artículo 2618 entendían que se trataba de un supuesto de hecho ilícito⁹¹.

Adrogué sostiene que es de aplicación la norma del artículo 4037 tanto por su claridad como porque sería absurdo que la falta menor prevista en el artículo 2618 prescriba a los diez años (arg. art. 4023 Cód. Civ.) y la mayor, emergente de un acto ilícito, prescriba a los dos años⁹².

Llambías sostiene que no tratándose de actos o hechos ilícitos no es aplicable el plazo del artículo 4037⁹³ sino el del artículo 4023 Código Civil porque el inmitente viola una preexistente obligación de no hacer, que consiste en abstenerse de actos que excedan las incomodidades corrientes que es dable tolerar entre vecinos⁹⁴. Se trata, para Llambías, de una obligación *ex lege*⁹⁵.

2.3. El plano ecológico.

Hasta ahora hemos analizado la norma del artículo 2618 desde dos puntos de vista: 1) la responsabilidad objetiva que consagra y su incidencia en el Derecho de daños; 2) su virtuali-

⁹⁰ Laquis, *ob. cit.*, p. 384; cf. fallo cit. en nota 89, esp. consid. 4, "in fine".

⁹¹ Legón, *ob. cit.*, p. 277/8; SCBA, 30-5-78, en Digesto Jurídico La Ley, 2, T. XII, p. 1228, § 1584.

⁹² Adrogué, *ob. cit.*, p. 70.

⁹³ Llambías, *ob. cit.*, t. III, § 2094, p. 433.

⁹⁴ Llambías, *ob. cit.*, t. III, § 2054, p. 375.

⁹⁵ Llambías, *ob. cit.*, IV-B, § 3075, p. 428, en relación con la acción del art. 2628; cf. en cuanto al plazo decenal, CNCiv. A 14-6-85, "González c./ Scherer" (LL, 1986-A, p. 219).

dad en el plano de los Derechos Reales, implementando una restricción del dominio.

Nos resta esbozar el tercer ámbito de repercusión de la normativa que venimos analizando.

Hemos dicho que en este tema, como en pocos, se advierte la fuerza propia de los hechos sociales que, portadores de valores, pugnan por el amparo normativo.

Tan unido está el tema que nos ocupa a la evolución social y tecnológica, que se ha dicho que la noción misma de “molestia” no está cristalizada definitivamente, sino que se encuentra inmersa en los cambios producidos dentro del Hombre, en las modificaciones que experimenta su visión del mundo que lo circunda y de su propio Yo, de modo que el estudio del tema nos obliga a ahondar en un verdadero examen de costumbres y civilización ⁹⁶.

Precisamente estamos asistiendo a un cambio innegable de valores, con directa incidencia en el tema de nuestro análisis.

Se habla hoy de que las obligaciones de vecindad no son sólo la consecuencia de la proximidad de dos propiedades, sino que nacen de la proximidad geográfica de dos o más personas que ejercen derechos localizados y no necesariamente de propiedad ⁹⁷.

Ya Savatier había dicho que lo que él denominaba “derecho de promiscuidad o vecindad” no tenía vínculo necesario con el derecho de propiedad, si bien admitía que las dificultades de la coexistencia se agudizan cuando se relacionan con la posesión de inmuebles vecinos ⁹⁸.

Hoy se afirma que la institución jurídica civilista que venimos analizando conserva su vigencia para resolver una problemática novedosa, para lo cual está perfectamente habilitada,

⁹⁶ Chartier, *ob. cit.*, p. 136.

⁹⁷ Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre, *Droit Civil. Les Biens*. Pierre Raynaud, 2e. ed. Sirey, París, 1980, p. 356. Bajo este enfoque se afirma la —entre nosotros discutida— legitimación activa de quienes no son poseedores (cf. le Tourneau, *ob. cit.*, § 2003, p. 643; Chartier, *ob. cit.*, p. 132; Yocas, *ob. cit.*, p. 55).

⁹⁸ Savatier, *ob. cit.*, p. 90/91.

en razón de que no conoce “a priori” límites precisos o sectores exclusivos de aplicabilidad⁹⁹.

La doctrina francesa señala que la teoría y la práctica de la protección contra las molestias de la vecindad, en su origen quedó afiliada estrictamente al sistema de tutela de la propiedad inmobiliaria, al referirse a fundos contiguos o próximos, y que mantener hoy un límite territorial tan restringido equivaldría a tornar ilusoria la protección contra inmisiones que se propagan cada vez más lejos (poluciones de la atmósfera, del agua, etc.)¹⁰⁰.

Junto a la extensión del límite territorial de la protección, se advierte también una extensión en relación con la naturaleza del “bien tutelado”. En efecto, más allá de las cosas, se toma en cuenta, progresivamente al Hombre¹⁰¹.

La verdadera importancia de esta nueva expansión consiste en que es por vía de la defensa contra las inmisiones, que se afirma en el Derecho Civil la protección del medio ambiente¹⁰², a punto tal que la normativa específica que tutela los ecosistemas no le ha hecho perder su vigencia a aquellas reglas privatistas¹⁰³.

Desde luego, esta nueva utilización de las viejas armas conlleva inevitables problemas, que ponen a prueba las instituciones (piénsese en la cuestión de la legitimación activa multipli-

⁹⁹ Chartier, *ob. cit.*, p. 140.

¹⁰⁰ le Tourneau, *ob. cit.*, p. 643; Chartier, *ob. cit.*, p. 141.

¹⁰¹ le Tourneau, *ob. cit.*, *ibídem*.

¹⁰² le Tourneau, *ob. cit.*, § 2000, p. 642; Oneto, Tomás, *El art. 2618 CC y la tutela de la salud* (LL, 1982-A, p. 941, y sus citas).

¹⁰³ Chartier, *ob. cit.*, p. 140. En el Derecho Norteamericano se afirma que no ha decrecido la importancia que en su momento tuviera la institución de las *nuisances* equivalente aproximado a nuestras molestias de vecindad, como reguladora de la utilización del suelo. Si bien la legislación específica de ordenamiento territorial (*zoning*) ha ido restando a los jueces las atribuciones más discrecionales de que disponían al utilizar el instrumento de las *nuisances*, la doctrina hace notar que el creciente énfasis puesto en los problemas del ambiente ha causado un renovado interés por el viejo instituto, y que recientes fallos han mostrado que él puede todavía ser un arma efectiva en la protección del ambiente. (John E. Cribbet, *Principles of the Law of Property*, 2nd. ed. The Foundation Press, Inc. Mineola N. Y. 1975, p. 363/4).

cada en los casos de ruido excesivo derivado de aeródromos, por ejemplo ¹⁰⁴.

Esta expansión de la virtualidad protectora del instituto de las molestias, que entre nosotros ha contado con el apoyo de prestigiosa doctrina ¹⁰⁵, se contrapone con expresiones italianas no menos destacadas, que se resisten a ver en el artículo 844 un instrumento de defensa que vaya más allá del ámbito de los derechos de uso y goce de inmuebles ¹⁰⁶.

De todos modos, el Derecho Ambiental va aportando nuevas herramientas para la defensa del Hombre y su mundo.

Ese drama se juega sobre el trasfondo de otro no menos significativo: la tensión entre las facultades del Estado y los derechos de los particulares.

En este sentido, se observa cómo en Francia, donde se han realizado reconocidos avances en la regulación legal del medio ambiente, se sigue apelando a la doctrina de la separación de poderes para impedir que los particulares obtengan judicialmente la cesación de actividades nocivas que el Poder Administrador ha autorizado ¹⁰⁷.

En Alemania ocurre algo parecido respecto de la llamada "Ley de Protección contra las Inmisiones", sancionada el 15-3-74,

¹⁰⁴ Chartier, *ob. cit.*, § 109, y § 110, p. 143.

¹⁰⁵ Laquis, Manuel, *ob. cit.*, p. 249.

¹⁰⁶ Comporti comienza por señalar que las inmisiones no ponen en juego intereses generales de la colectividad, sino sólo los de los titulares individuales enfrentados (*ob. cit.*, p. 192 y 197). Agrega que si bien cabe extender la legitimación a todas las situaciones reales de goce (p. 192), no puede sostenerse que el art. 844 sea una "norma ecológica" (p. 195, nota 176). El Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación (*supra*, nota 77), a través del nuevo texto del art. 2619 y de las razones que para él dan sus autores, no deja dudas acerca de que se intenta ampliar el alcance de la acción emanada del art 2618, saliendo del estricto marco del art. 2418 y llevándola al plano de la defensa ecológica (*supra*, nota 85)

¹⁰⁷ Es una doctrina tradicional: Demolombe, *ob. cit.*, p. 154/5; Aubry et Rau, *ob. cit.*, p. 176; Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, p. 171; Mazeaud, H. et L., *ob. cit.*, p. 659 y ss., en especial, p. 663; contra: le Tourneau, *ob. cit.*, § 2028 y § 2030, p. 652.

que en su artículo 14 dispone que no podrá accederse a reclamos de vecinos damnificados por inmisiones que pretendan la cesación de la actividad que las produce, si ella ha sido autorizada por el Estado. Sólo podrán ordenarse medidas de morigeración de los perjuicios (p. ej. aislación acústica) o reparación de los daños y perjuicios causados. Más aún: en consonancia con el criterio general predominante desde hace tiempo¹⁰⁸ se prevé que si la técnica no cuenta con medios adecuados para el control o la supresión de los daños, o si su adopción es “económicamente inexigible”, sólo queda abierta la posibilidad de indemnización¹⁰⁹.

En nuestro país, la problemática del medio ambiente es objeto de especial consideración por parte de doctrina prestigiosa¹¹⁰ y ya se comienzan a producir respuestas jurisdiccionales¹¹¹.

El siglo que se acerca viene cargado con la previsible multiplicación de los conflictos derivados del avance tecnológico y de lo que se ha dado en llamar su “impacto ecológico”. Será menester, pues, que quienes ejercen liderazgo legítimo en la comunidad, empleen toda su imaginación, dentro de una profunda convicción humanista, para iluminar el camino hacia nuevas respuestas para los desafíos que se avecinan.

¹⁰⁸ Enneccerus-Kipp-Wolff, *ob. cit.*, nota 7, p. 353.

¹⁰⁹ Thoma-Krause, *ob. cit.*, p. 91; cf., en Francia, Savatier, *ob. cit.*, p. 92; le Tourneau, *ob. cit.*, § 2030, p. 652.

¹¹⁰ Entre otros, Laquis, Manuel A., *El desarrollo, la industrialización y su impacto en la ecología*, en Rev. Jurídica de Buenos Aires, 1986-II/III, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 9; Tarak, Pedro, *La política y la legislación ambiental: una respuesta al desafío del siglo*, en Rev. Jurídica de Buenos Aires, 1986, I, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 59; Cano, Guillermo, J., *Derecho, Política y Administración ambientales*. ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

¹¹¹ Juzgado de 1ra. Instancia Contencioso Administrativo Federal, Nº 2, firme, 10-5-83, *in re*, “Kattan, Alberto E. c. PEN”, ED, 105-244, con nota desfavorable de Marienhoff, a la que respondió Cano en ED, 107-876. Asimismo, los fallos citados por Pigretti, Eduardo A., en *La acción de los ciudadanos y de las asociaciones de protección del ambiente*, (LL, diario del 18-2-87).

La justa armonización de los valores en pugna deberá ser, sin embargo, una verdadera obra colectiva, enraizada en las necesidades del bien común.

Creemos que la experiencia de la evolución jurídica comunitaria en el tema que nos ha ocupado en estas líneas, podrá ser un valioso punto de referencia para la tarea por delante.

SUMMARY

THE ARGENTINE LAW OF NUISANCES

The paper deals on the current state of the law of nuisances in Argentina. The author of Argentine Civil Code of 1871 was thoughtful to state a clear rule on the liability of factory-owners for the generation of excessive noise at a time when other legislations (e. g. French and Spanish Civil Codes) lacked such specific provisions which later statutes (German B. G. B., Italian Civil Code) included.

By reviewing the developments of both groups of legislations the paper points to the foresight of the 1871 Argentine Civil Code whose provision under article 2618 was broadened in 1968 to cover all "imponderabilia" (noise, vibrations, odours, etc.).

The paper then focuses on the three different fields ruled by art. 2618.

In the first place, the liability incurred through the causation of nuisances involves discriminating this specific hypothesis from the typical notion of "damage recovery".

Secondly, in Argentine law the issue is regulated as a specific form of the so-called restrictions on real estate ownership, meaning both the duty to tolerate bearable nuisances and the prohibition to cause unbearable ones.

In the third place, the paper deals on the environmental applications of these notions. This final aspect is especially relevant today in Argentina, since the proposed Bill of Unification of Civil and Commercial Legislations currently being debated in Parliament (it was passed by the House of Representatives on July 15, 1987) explicitly utilizes the law of nuisance mechanisms described along the paper as an environment-protection device. This is attained by enlarging the traditional "neighborhood-related" scope of action-entitled persons.

NOTAS DE LIBROS

SERRA, Antonio, *Unanimita e maggioranza nelle società di persone*. Giuffrè Editore, 1980, 267 págs.

Es inusual que los juristas argentinos aborden la problemática de las sociedades de tipo personal. Tenemos una regulación bastante rígida, con tipos societarios excluyentes, y poco espacio para la voluntad de las partes. A ello se agrega la escasa importancia económica que las sociedades personalistas tiene en el mercado local.

Diferente es la situación frente a la legislación italiana. El Código Civil contiene el régimen de la “simple sociedad” (arts. 2251 a 2290), las sociedades en nombre colectivo (arts. 2291 a 2312) y las sociedades en comandita simple (arts. 2313 a 2324), que dan un amplio margen al análisis de las pautas de funcionamiento de las sociedades personalistas por su variedad, porque las normas imperativas son escasas y dejan un gran espacio a las previsiones contractuales que convengan los socios.

La sociedad “madre” de las personalistas es la llamada “sociedad simple”. Las sociedades en nombre colectivo y la comanditaria simple se rigen supletoriamente por las normas de la sociedad simple.

El artículo 2252 respecto de la sociedad simple dice que “el contrato social puede ser modificado sólo con el consentimiento de todos los socios, si no se ha convenido otra cosa”. Es de advertir que un acto societario de la mayor envergadura como las modificaciones del contrato social puede ser resuelto por mayoría. Esta norma podría ser aceptada sin reservas y hasta podría sostenerse —si así lo prevé el contrato— que cualquier modifica-

ción del mismo podría ser resuelto por mayoría. No se impone la estructura organicista, ni la personalidad societaria. El criterio de la unanimidad tradicionalmente sustentado como informante de la disciplina de las sociedades de personas, convive con la mayoría.

El propósito de la investigación abordada por el autor es establecer qué relación hay entre estos dos principios, si uno opera como regla y el otro como excepción, y luego determinar cuáles son sus alcances.

Para ello propone realizar interesantes consideraciones sobre los problemas de la personalidad jurídica, la estructura organicista y la colegiación en la organización de la sociedad de personas. No es posible —afirma el prof. Serra— deducir de un voluntarismo legislativo que prescribe la unanimidad o la mayoría, cuál es la regla en la toma de decisiones.

A través de un riguroso análisis de la cuestión encuentra la significación profunda de la convivencia de la mayoría y unanimidad en las sociedades de personas.

El autor se plantea tres interrogantes: 1) si la introducción del principio de la mayoría es una consecuencia de la adopción del método colegiado en la organización de la sociedad, 2) si el principio de la unanimidad y el de la mayoría son antitéticos. Analiza en particular la opinión de Galgano para quien la sociedad de personas es un centro de imputación jurídica, y no se está frente a una colectividad dotada de personalidad jurídica, porque el legislador ha reservado el atributo de la personalidad a las corporaciones, y sólo en ellas el método colegiado asume el carácter de necesidad. El principio de la mayoría es introducido por el legislador para evitar la prevaencia de unos socios sobre los otros, —continúa Galgano— destinado a corregir los efectos de la unanimidad, demasiado rigurosa, y de este modo permitir una mayor participación en la dirección de la sociedad, comprimiendo o ampliando los poderes de los socios.

Para Galgano tanto la unanimidad como la mayoría están destinadas a proteger al socio singular frente a los juegos de poder en la sociedad. Serra opina que es imposible sustraerse a los juegos de poder. La introducción del principio mayoritario

es una expresión de una contingente valoración normativa del fenómeno asociativo del que no pueden extraerse conclusiones fundamentales. Es por ello necesario remontarse a la fuente de los poderes originarios, cuando nace el fenómeno asociativo, cuando se fijan las participaciones de los socios en la empresa social, en el contrato social, para sostener si el principio de la mayoría es un correctivo del principio de prelación de un socio sobre el otro o es el medio de perseguir el interés común de los socios, sin desmedro del interés particular del socio singular.

En el Capítulo II el prof. Serra analiza la causa del contrato plurilateral de organización en la sociedad de personas. Afirma el carácter instrumental del contrato social, y que la organización se funda prevalentemente sobre las calidades personales de los socios. Hace hincapié en la comunidad de fines, en los intereses comunes, en la persecución del objeto social, siendo en este campo indudable la prelación del principio mayoritario sobre el interés particular del socio, por más personalista que sea la sociedad. Por otra parte a falta de una disposición explícita de la ley, la autonomía individual goza de la máxima tutela en cuanto se refiera a los derechos individuales, sus poderes de control y límite de sus responsabilidades. Toda alteración de la posición individual del socio en su relación con la sociedad, en el plano interno, debe resolverse por unanimidad.

La conclusión es que los principios de la mayoría y la unanimidad no están en una relación de regla y excepción o viceversa. Cada uno tiene su propio campo de aplicación, de acuerdo a las decisiones que se van a adoptar. Si se pretende alterar las situaciones personales de los socios se requiere unanimidad. Si se van a tomar decisiones vinculadas al fin común, a la organización, diríamos de tipo institucional, será por la mayoría.

De esta conclusión surgen nuevos problemas: 1) la forma en que deben adoptarse las decisiones mayoritarias. ¿Será necesaria la deliberación?; 2) ¿Se podría prever en el acto constitutivo que todas las decisiones sean adoptadas por mayoría? ¿O sólo por unanimidad? ¿Qué límites tendrían que reconocer las previsiones estatutarias al respecto?

A resolver el primer problema dedica el prof. Serra el Capítu-

lo III. Aquí se plantea la ardua cuestión de la necesidad de la observancia de las formalidades de una asamblea, para la toma de decisiones. La jurisprudencia tiene dicho que en las sociedades de personas existe sólo una pluralidad de socios los cuales deliberan libremente sin obligación de observar formalidad alguna, cualquiera sea el caso, unanimidad o mayoría.

El autor no se muestra conforme con esa posición terminante. La columna vertebral de su construcción es que tanto el principio mayoritario como la unanimidad constituyen instrumentos técnico-jurídicos destinados a llevar a cabo el desarrollo de la actividad social y la consecución del fin común por medio de la organización preestablecida por los socios al constituir la sociedad. Así le resulta claro que hay un campo de aplicación autónomo de acuerdo al tipo de intereses que se discutan o consideren. Cuando se trata de temas vinculados a la gestión social, a la estructura de la organización social, se halla implicado el principio mayoritario. No se resuelve la cuestión por un conflicto de intereses entre el singular y el interés común de los socios. Sería ineficaz la mayoría para disponer sobre responsabilidades personales de los socios contenidas en el contrato constitutivo. No se puede disponer de la posición contractual del socio por mayoría. De modo que por más que el artículo 2252 admita que cualquier modificación contractual puede adoptarse por mayoría si así lo previene el contrato, halla su límite en la indisponibilidad por la mayoría de ciertos asuntos. Parafraseando a Oppo señala que "Non e consentito rimettere alla disposizione delle altre el contenuto delle reciproche posizione contrattuali". Esta línea de pensamiento no coincide con la clasificación entre actos de administración y actos societarios que impliquen modificar el contrato constitutivo. Puede haber decisiones societarias que afecten derechos individuales de los socios no prevenidas en el contrato y viceversa. No todas las hipótesis legales donde se prevé la mayoría o la unanimidad coinciden con la división entre actos de administración y actos que implican reforma del contrato.

En el último capítulo ilustra sus conclusiones con disposiciones normativas. Por ejemplo los artículos 2356 y 2301. El

primero de ellos señala que el socio no puede servirse sin el consentimiento de los socios, de bienes pertenecientes al patrimonio social para fines extraños a los de la sociedad. El segundo dice sobre la prohibición de competencia para el socio. No puede realizar sin el consentimiento de los demás, una actividad en competencia con la de la sociedad. Estos actos que se resuelven por unanimidad, pertenecen a la categoría de aquellas prescripciones establecidas en el interés común de todos; también se distingue la designación del administrador por contrato o por acto posterior. En el primer caso requiere justa causa. En el segundo caso se rige por las normas del mandato. De esta prescripción se concluye que el primero se considera un supuesto de condición de la existencia de la sociedad misma, por las calidades personales del administrador designado en el acto constitutivo y por ende se explica la exigencia de justa causa y unanimidad.

Atiende a otros supuestos, como la aprobación y rendición de las cuentas, transformación de una sociedad de persona en otro tipo, o la petición de quiebra.

La construcción del autor es enteramente lógica desde la primera página del libro. Tiene las ideas muy claras y goza de la gran virtud de llevar ordenadamente al lector hasta los vericuetos de sus conclusiones.

Realiza una investigación medular. Hasta el último capítulo de su obra, las referencias normativas directas son menores, porque —a mi criterio— prefiere extraer sus conclusiones de un análisis sustancial de la norma, de la causa y paradigmas de la organización societaria, antes que ajustar sus consideraciones a las disposiciones prescriptivas de la ley, carentes de una valoración manifiesta. En suma, una obra rigurosa y muy interesante.

Ana María M. de Aguinis

Esprit du droit privé en son état. — Études rétrospectives en l'honneur de Arthème de Juglart, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Éditions Montchrestien-Éditions Techniques, 1986, 444 págs.

En el Prefacio de este libro, en honor de una de las personalidades más importantes y polifacéticas del derecho francés, Emmanuel du Pontavice, que colaborara con el maestro en múltiples trabajos, destaca los aspectos de su personalidad que más le impactaron.

Comienza por el que denomina, la fidelidad a las convicciones de los maestros; realizado a partir de 1967, en las sucesivas reediciones de las "Lecciones de Derecho Civil" de los hermanos Mazeaud.

Destaca en lo concerniente al derecho de familia que de Juglart "...defendió constantemente la concepción de un derecho que le dictaba una moral exigente, vivificada por la religión", (pág. VIII).

Formado en las enseñanzas de verdaderos maestros: Julien Bonnecase, Henri Mazeaud, Henri Vizios, Georges Ripert, muchos de los cuales prologaron luego sus obras, bien pronto comenzó a destacarse como profesor en las universidades de Bordeaux y París y como escritor jurídico.

Resalta luego la apertura de su espíritu y su curiosidad científica, que lo lleva a ocuparse de aspectos nuevos de las disciplinas jurídicas —como el derecho aeronáutico— o renovadas en los tiempos que le tocó vivir, como el derecho marítimo, el comercial y el rural.

Inaugura así la crónica del derecho marítimo, en la clásica "Revue Trimestrelle de Droit Commercial" a partir de 1984, en momentos de duros conflictos jurídicos, sobre los que arroja la luz de su pensamiento preciso, en el comentario de múltiples fallos.

Modestamente, como cuadra a un perfecto maestro, califica de elemental su "*Tratado de Derecho Aéreo*", aparecido en 1952, obra de permanente consulta aún hoy, en que diversos hechos técnicos, que él mismo señalara como elementos de futuros cambios, han modificado los enfoques.

Dedicado a dos ramas del derecho particularmente dinámicas, el marítimo y el aeronáutico, como destacara Ripert en el prólogo a su libro sobre derecho aeronáutico: "...recoge todos los informes útiles sobre la práctica de la navegación aérea..."; pero profundo civilista al fin no se deja deslumbrar por estos aspectos extrajurídicos, centrandó siempre su atención en las implicancias que los mismo tienen en el derecho.

El prologuista recuerda que como le sucediera al Decano Ripert, de Juglart llega tarde al derecho comercial, luego de su larga dedicación al civil. Nos dice que esa dedicación, plasmada en su importantísimo "*Tratado*", en cuatro volúmenes, se produce como necesidad de llevar a los estudiantes de esta materia, las lecciones pedagógicas que aprendidas de los Mazeaud, ya había concretado en su "*Curso de derecho civil*", en tres volúmenes. Si estos aportes, nos señalan ya un tratadista de tremendo poder de trabajo, esa condición de jurista polifacético, a que aludimos al principio de esta nota, se redondea con sus trabajos sobre derecho rural, con un "*Tratado*" en dos volúmenes y sus escritos sobre derecho penal.

A ello debemos sumar cuantiosas notas jurisprudenciales, donde se realza su espíritu inquisidor y su condición de verdadero jurista y múltiples artículos y comentarios.

Para homenajear a este discutido maestro en forma escrita, se convocaron treinta y cuatro juristas franceses y extranjeros, quienes aportan sus trabajos originales sobre derecho civil, comercial, rural, marítimo y aeronáutico; de los cuales comentaremos uno por rama a modo de ejemplo.

Henri Mazeaud comienza su trabajo "*El derecho de familia frente a los progresos de la ciencia médica*" (págs. 45 a 54), criticando la decisión tomada en la mayoría de las facultades de Francia, de relegar el estudio del derecho de familia a los cursos superiores.

Califica esta reforma como deplorable, pues al concernir sus normas a la vida de todos diariamente, su estudio permite revelar las vocaciones tempranamente y a que los estudiantes entiendan que el estudio del derecho no comprende solamente el conocimiento de las normas vigentes, sino también el examen crí-

tico de las instituciones y el mejoramiento que a las mismas se le puede aportar.

Recuerda así, que el derecho es la vida y que la ciencia médica también es la ciencia de la vida. En consecuencia ambas apuntan, a un mismo fin.

Se van a plantear entonces, dos cuestiones que hacen a la moral, el derecho y la ciencia médica: desde cuándo existe la vida y cuándo cesa la misma.

La vida comienza desde el momento de la concepción, criticando en consecuencia todo tipo de aborto y de leyes que lo permitan. Alerta luego sobre las manipulaciones genéticas y la inseminación artificial, con las consecuencias que las mismas pueden tener sobre las familias. Concluye recordando el Preámbulo de la declaración de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, origen de varios textos sobre los derechos del hombre, donde se reconoce la dignidad inherente a todos los miembros de la familia y afirmando que sólo en el culto de la moral, el Derecho y la Ciencia deben encontrarse.

Jaques Dupichot, en *“Miradas sobre el «nuevo» abogado de empresa y la gestión del riesgo jurídico”* (págs. 121 a 140), comienza por señalar la evolución sufrida entre la relación empresa-abogado, en Francia a partir de la IIIª República, en que muchos de los abogados comenzaron a actuar como pequeños empresarios.

De allí en más, el papel desempeñado por el asesor jurídico, se hace cada vez más relevante y necesario, sobre todo con la aparición de importantes vínculos internacionales.

Surge luego la duda, sobre su función: simple asesor técnico especializado, o pieza maestra en el análisis de riesgos y de la estrategia empresaria.

Analiza luego las dos posibilidades y dentro de ellas los múltiples factores que intervienen.

Estudia luego aquel fenómeno que fuera denominado “americanomanía”, en materia gerencial y el desempeño de los abogados dentro de las estructuras de ese origen, que algunos estudiosos han calificado como de hipertrofia.

Más adelante considera dos posibilidades de futuro, con re-

lación al tema; o bien se confía el análisis del riesgo jurídico a los abogados o a otros funcionarios que sólo posean una formación jurídica complementaria.

Valora luego los distintos elementos que integran el riesgo jurídico: la importancia que tiene el hecho de pertenecer y hallarse dentro de la empresa. Concluye luego, parodiando a Clemenceau y preguntándose si el cúmulo de tareas que se deba cumplir ¡¡¡no será demasiado serio para confiarlo a abogados!!!

Luego tratando de circunscribir la noción de riesgo jurídico, encuentra que el mismo es poliforme e imprevisible, finalizando con la idea de que el nuevo abogado de empresa debe estar muy “sensibilizado” con la vida de los negocios y la práctica no contenciosa del derecho económico.

Alberto Germano en “*La explotación familiar agrícola*” (págs. 235 a 243), comienza recordando que a la ‘*comunione tacita familiare*’ de muy lejano origen, se le ha negado naturaleza contractual, por parte de la doctrina, que encuentra en ella más bien una estructura asociativa, sobre bases familiares y de dedicación al cultivo en común de la tierra, por el aporte personal del trabajo y el goce de los frutos en proporción a sus necesidades.

El Código Civil italiano de 1942, remitía a los usos y costumbres, en cuanto a su regulación.

La ley de 1975, que modificara el derecho de familia en ese país, derogó las disposiciones del código anterior, estableciendo principio acordes con la época y de mayor justicia distributiva; tanto en la toma de decisiones dentro de esta “empresa”, como en cuanto a los beneficios.

Se ocupa luego de analizar la situación de este ente, frente a terceros, tanto en lo que hace a él mismo, como a sus integrantes.

Concluye señalando que las modificaciones introducidas, han ampliado el ámbito de su integración más allá de los vínculos sanguíneos, pero manteniendo —en tanto y en cuanto no sean contrarios a las normas legales— los usos y costumbres, de tanta importancia en el desarrollo y consolidación del instituto de profunda raigambre entre los agricultores.

Emmanuel du Pontavice, contribuye con un estudio que une a su habitual profundidad, gran originalidad: “*La importación*”

de vinos por la vía marítima” (págs. 317 a 338); elegido con el objeto de honrar el paso del maestro de Juglart por la Universidad de Burdeos, zona famosa por sus viñedos.

Analiza el tema, desde un enfoque no contemplado habitualmente en Francia, el del importador de vinos.

Sitúa el tema modernamente, hablándonos de los contenedores, en que generalmente se los transporta y las condiciones sobre el traslado de los mismos en bodegas o fuera de ellas.

Se refiere luego a los conocimientos y sus cláusulas, el valor de las mismas; analizando seguidamente las posibles averías a sufrir por una carga particularmente sensible a las diversas circunstancias de temperatura y movimiento.

Concluye elaborando como conclusiones, con una amplia lista de precauciones y pasos que debe cumplir el propietario del vino, que desee que el fruto de sus desvelos llegue en perfectas condiciones al consumidor, pensadas no sólo desde un ángulo jurídico, sino también en el de un buen degustador.

El profesor Emérito de nuestra Facultad, Federico Videla Escalada, único iberoamericano invitado a la obra, se ocupa de un tema poco analizado dentro del derecho aeronáutico “*La responsabilidad civil de los explotadores de aeródromos*” (págs. 421 a 436).

Luego de señalar su preocupación por la disminución del ritmo de la regulación de los problemas relativos a la responsabilidad civil en materia aeronáutica, señala los estudios que el CITEJA dedicara a toda esa importantísima porción del derecho, en la época que más de una vez calificáramos como de oro del derecho aeronáutico.

Recuerda que el primer análisis de este aspecto de la responsabilidad, lo realizó precisamente el homenajeado, en su libro sobre la materia, prologado por Ripert hace treinta años.

Encuentra que en aquel trabajo, se hallan los lineamientos básicos del tema “. . . manteniendo hoy su vigor y constituyendo un llamamiento para que los especialistas de esta materia los sigan y que ensayen sobre sus bases, elaborar un sistema de responsabilidad civil apropiado. . .”.

Comienza por estudiar a los explotadores de aeródromos, como sujetos de las relaciones jurídicas, que nacen de la utilización de los mismos.

Destaca así la importancia que en todo el derecho aeronáutico, tiene la figura del explotador.

Luego se ocupa de la responsabilidad del explotador de aeródromos privados, diferenciando la hipótesis de su utilización en caso de emergencia, de cuando lo es con consentimiento de su explotador.

En el caso de los aeródromos públicos, comienza por analizar las diversas circunstancias que se pueden dar, tanto en lo que hace a la responsabilidad contractual, como a la extracontractual. El original estudio, concluye con una importante reflexión. Entiende Videla Escalada, que el complejo conjunto de circunstancias, que se dan con relación a la responsabilidad del explotador de aeródromos, sujeto cada vez más afectado por ella, por los múltiples factores que inciden en su explotación, debe ser completado con un régimen de seguros obligatorios.

La variedad de los temas tratados, la profundidad de los estudios y la indudable calidad de sus autores, tornan este homenaje en una importante obra de consulta y actualización y para su destinatario en la mejor ofrenda de sus pares.

Oscar Fernández Brital

Colloque de Nice. Les Nations Unies et le droit international économique (30 et 31 mai et 1er. juin 1985) Société Française pour le Droit International, Paris, Pédone, 1986.

Los Coloquios de la *Société Française pour le droit international* suelen ser obras que gravitan con peso propio en los desarrollos del derecho internacional llevados a cabo por la comunidad académica francoparlante. La actualidad de los temas enfocados y la calidad jurídica de los ponentes combinan en textos de frecuente cita en los trabajos doctrinarios.

En esta oportunidad el tema elegido es "*Las Naciones Uni-*

das y el derecho internacional económico”, para el coloquio celebrado en Niza en junio de 1985.

El 40 aniversario de la ONU es el telón de fondo para un análisis crítico que se lleva a cabo en tres áreas: el derecho internacional y las políticas económicas en las Naciones Unidas, las Naciones Unidas y la elaboración del derecho internacional económico y, finalmente, las Naciones Unidas y la aplicación del derecho internacional económico. Cada una de las tres secciones reconoce una factura semejante: un informe introductorio, diversas comunicaciones sobre aspectos específicos y un posterior, y en general enriquecedor, debate.

Tanto la Introducción, a cargo del profesor Jean Touscoz, como las conclusiones, expresadas por el profesor René-Jean Dupuy, emplazan al lector en un ámbito sumamente crítico del papel de la organización en el campo del derecho internacional económico, al tiempo que recuperan la línea institucional.

Con estilos diferentes, tanto Jean Touscoz como René-Jean Dupuy capitalizan esa peculiaridad de las Naciones Unidas de servir de tribuna para la proclamación de un mundo mejor.

“Complejo, contradictorio, vivo, este sistema es irremplazable; es el último recurso en un mundo que aspira a más paz, justicia, seguridad y libertad más allá de los egoísmos, las pasiones y los enfrentamientos de las potencias”, expresa Touscoz. Por su parte, Dupuy sintetiza la tarea de la organización en una utopía de fines que no critica sino que asume como aquélla que guía y nutre a los sabios, los técnicos y los expertos. “Ella se resume en una tríade, probablemente inaccesible pero la única enfocada: la paz, sin la cual el desarrollo es imposible; el desarrollo, sin el cual los derechos humanos son ilusorios; los derechos humanos, sin los cuales la paz es violencia”.

La primera sección —“Derecho Internacional y política económica en las Naciones Unidas”— comienza con un informe introductorio realizado por el profesor Jean Touscoz, director del Centro de estudios e investigaciones sobre cooperación internacional y presidente honorario de la Universidad de Niza.

El profesor Touscoz analiza la preocupación por las cuestiones económicas en las Naciones Unidas a través del derecho

y de los hechos. En este orden de ideas señala que desde su creación el sistema de las Naciones Unidas fue establecido para llevar a cabo una acción coherente en áreas interdependientes: el mantenimiento de la paz, el respeto y la realización efectiva de los derechos humanos (incluidos los derechos económicos y sociales), el desarrollo de la cooperación internacional y la instauración de la justicia en las relaciones económicas internacionales. A ello se ha sumado una realidad de estados de reciente independencia que, beneficiando de las reglas democráticas de la Asamblea General, cuestiona el orden económico en vigor a la luz de su propia vivencia de subdesarrollo. Ello conduce, por un lado, al rol decisivo de la organización en la formación del derecho internacional del desarrollo y, por el otro, a su actuación en el campo del derecho internacional económico, conceptos esencialmente diferenciables aunque sus campos de acción puedan coincidir.

Luego de plantear algunos temas que serán materia del Coloquio, el Relator aborda dos aspectos específicos de la labor de las Naciones Unidas respecto del derecho internacional económico: su transformación sistemática y su adaptación empírica.

Con relación al primero sostiene que para realizar la gran ambición de un nuevo orden económico internacional —en tanto que constitución económica y programa de gobierno de la economía mundial, esto es lo que la generalidad de la literatura francoparlante desomina “un proyecto de sociedad”— las Naciones Unidas han servido de tribuna de proclamación de principios político-jurídicos y de foro de negociación de normas adoptadas.

Enunciados los principios —etapa que Touscoz considera cerrada con la adopción de la Declaración y el Programa de Acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y la Resolución sobre desarrollo y cooperación económica internacional— no puede afirmarse que su sola individualización produzca efectos jurídicos. Trátase, y en ello el autor adhiere a una corriente doctrinaria mayoritaria, de principios que expresan la voluntad política de un gran número de estados y que

por ello son susceptibles de influir sobre el contenido de normas jurídicas formalmente definidas pero que ni por sí mismos ni por los instrumentos que los vehiculizan han alcanzado el carácter de normas jurídicas generales. Este derecho no compulsivo o "soft law" corresponde a la estrategia ideológica del desarrollo.

Asimismo, la transformación sistemática del derecho internacional económico por las Naciones Unidas se persigue a través de una adecuación institucional —tema que desarrolla más adelante el Embajador Leprette— motivando la voluntad estadual hacia la adopción de normas que organicen la solidaridad internacional, tal el caso del concepto de patrimonio común de la humanidad, y que remedien las desigualdades de desarrollo, como el principio de la desigualdad compensadora.

Los resultados del sistema de las Naciones Unidas en esta área no han sido todo lo exitosos que era deseable. El autor sugiere la tendencia —coincidente con la posición política actual de la mayoría del tercer mundo— de reemplazar la aproximación normativa, en la que las Naciones Unidas se encuentran constitucional y empíricamente limitadas, por una aproximación más pragmática. Sin embargo, señala, desde su origen las Naciones Unidas han intentado una adaptación empírica del derecho internacional económico, actuando como centro de codificación y desarrollo progresivo del mismo y como cuadro de regulación de la economía internacional. En ese hacer, obviamente, la acción normativa de las Naciones Unidas ha respondido a necesidades expresadas por los agentes económicos. De donde se sigue que el derecho internacional económico de las Naciones Unidas no sea homogéneo sino, en más de una ocasión, contradictorio porque es reflejo de la sociedad internacional —heterogénea— institucionalizada en la ONU.

Maurice Torrelli, profesor de la Universidad de Niza, tiene a su cargo la ponencia sobre "El aporte del nuevo orden económico internacional al derecho internacional económico". En este orden de ideas comienza por conceptuar al nuevo orden económico internacional como un instrumento ideológico que *permite* dotar de una legitimidad nueva la lucha del tercer mundo para revertir la relación de fuerza que la adhesión formal a la soberanía

nía de las ex-colonias no habían logrado modificar y le asigna dos funciones esenciales, una moralizante —en tanto se intenta reemplazar el orden vigente, basado en la dominación, por un nuevo orden sustentado en la equidad— y la otra movilizante —por cuanto el nuevo orden debe aún ser construido privilegiando los imperativos de desarrollo.

Este punto de partida del análisis del profesor Torrelli motiva los valiosos comentarios, en el debate posterior, de dos conocidos juspublicistas. Así, Madjid Benchikh —autor del “Derecho internacional del subdesarrollo”, ya reseñado en R.J.B.A. 1985— sostiene sin ambages que en la ponencia en cuestión se ignoran los datos fundamentales del nuevo orden económico internacional. No se trata de la sola expresión de las reivindicaciones de los países subdesarrollados —dice— sino de un compromiso entre las diversas fuerzas económicas y políticas; es la consecuencia del movimiento de liberación nacional y de la descolonización, por una parte, y de las transformaciones económicas, las concentraciones y las reestructuraciones de las empresas de los países desarrollados, por la otra. Como apunta Georges Abi Saab, profesor del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra y autor de un estudio analítico sobre desarrollo progresivo de los principios y normas del derecho internacional relativos al nuevo orden económico internacional encomendado por el UNITAR, no se trata de un derecho subvertido por la ideología ni de una politización excesiva del derecho —en última instancia legislar es siempre un acto político— sino que el nuevo orden económico internacional traduce un proyecto de sociedad para la comunidad internacional. Lo esencial, expresa, es determinar si es preferible que ese nuevo orden deseado se construya por generación espontánea o si, por el contrario, debe intentarse planificar y canalizar el proceso según un esquema social.

La tesis de Torrelli es que el principal aporte del nuevo orden económico internacional al derecho internacional económico es su fracaso global porque ello implica el retorno a un realismo que el autor supone abandonado. De esta suerte, el nuevo orden económico internacional incorpora un cuestionamiento de fines y un reajuste de medios. Respecto de lo primero, el análisis

se concentra en el derecho al desarrollo, en su doble papel de mercenario de la soberanía y patrimonio del hombre. Al abordar el reajuste de medios y el revisionismo normativo que es su consecuencia, se privilegia ampliamente el enfoque regional y se dedican todos los ejemplos al fenómeno Lomé en el ámbito de las Comunidades Europeas.

Cierra esta primera sección del Coloquio el embajador Jacques Leprette con una ponencia sobre "Evolución de las estructuras y acción de las Naciones Unidas en el campo económico". En forma sucinta presenta un esquema del tema a partir de una muestra definida cronológicamente en tres etapas: 1950, 1970 y 1985. El autor consigue demostrar cómo la evolución se evidencia en primer lugar en las estructuras para luego verificarse en el debate y el discurso, la estrategia y la táctica.

Inaugura la segunda parte —Las Naciones Unidas y la elaboración del derecho internacional económico— un magnífico informe de Patrick Juillard, profesor de la Universidad de París I. Con prolijidad metodológica, el profesor Juillard transita por un tema clásico del derecho internacional —el relativo a las fuentes— aplicado a un área en especial, sin caer en lugares comunes y aportando nuevos enfoques y criterios.

A los fines de su trabajo, el autor define el universo del derecho internacional económico en relación con las Naciones Unidas como el derecho internacional de la economía internacional. Sostiene que la organización se presenta como el "forum competens" mas no como el "forum conveniens". Ello es así porque si las estructuras políticas se discutieron en Dumberton Oaks y se consagraron en San Francisco, las económicas se discutieron y adoptaron en Bretton Woods. Allí fue el orden liberal el que prevaleció. Las consecuencias que de ello se desprenden se verifican aún hoy.

Patrick Juillard se aboca luego a esbozar las tendencias en la acción de las Naciones Unidas con miras a la elaboración del derecho internacional económico. Señala así, que, actualmente, todo indica una mayor inclinación hacia la consolidación que hacia la progresión. Un juego de imágenes comparadas le permite definir claramente al viejo y al nuevo orden. El primero atrin-

clerado en los organismos especializados, basado en realidades, promotor de una igualdad formal y defensor del liberalismo; el segundo posicionado en la Asamblea General y los organismos subsidiarios, basado en virtualidades, promotor de una igualdad real y propulsor de una suerte de intervencionismo. Su coexistencia será superada por el resultado que arroje la negociación internacional que, por el momento, se presenta serializada o fragmentada, en un enfoque que favorece a los países desarrollados. Y ello conlleva una lesión para el derecho internacional económico.

En el ámbito estricto de las fuentes, Juillard incursiona en el valor jurídico de las resoluciones y en el alcance de los tratados en materia económica. En punto a lo primero, señala que el alcance vinculante de una resolución se mide por su valor propio y por el valor agregado. La resolución 1803 (XVII) sobre soberanía permanente sobre los recursos naturales, brinda el ejemplo para ilustrar la posición del autor que si bien no innova en cuanto a lo que modernamente se viene tomando en cuenta, le agrega una buena cuota de método. Respecto de las convenciones, analiza una muestra consistente en el proyecto de código de conducta de empresas transnacionales, el proyecto de convención sobre la eliminación de la doble imposición entre países desarrollados y en desarrollo y el código de conducta de conferencias marítimas.

Analiza luego las posibilidades de coordinación de las normas internacionales que en materia económica se dan las organizaciones intergubernamentales de vocación universal. En este sentido, destaca —y ello no por ser evidente es menos meritorio— la unidad de la familia jurídica de las Naciones Unidas y la pluralidad de familias políticas. A este respecto, introduce una nueva dimensión en un problema en general excesivamente simplificado en la relación Norte-Sur. Trátase de la influencia de los Estados Unidos que “al día siguiente de la victoria, intentaron construir un orden económico internacional proyectando su orden económico interno”.

En las conclusiones, Juillard plantea la posible relación directa entre las dificultades en la elaboración del derecho inter-

nacional económico en el seno de las Naciones Unidas y la capacidad de propagación del derecho de los Estados Unidos de la Economía internacional en el seno de la comunidad internacional. Probablemente ello sea así. En todo caso será necesario un nuevo coloquio, esta vez relativo a los Estados Unidos y la elaboración del derecho internacional económico.

Tres ponencias sobre los aportes específicos de determinados organismos subsidiarios y especializados en la elaboración del derecho internacional económico continúan al interesante informe de Patrick Juillard. En uno de ellos, Frieder Roessler, consejero jurídico del GATT y profesor asociado en la Universidad Jean Moulin de Lyon, se refiere al alcance, los límites y la función del sistema jurídico del GATT. En las conclusiones expresa que la función principal del sistema consiste en resolver los conflictos de intereses en las naciones, y no entre ellas. Trátase, como dijera Circe a Ulises, del mástil al que los gobiernos pueden sujetarse para no sucumbir al “canto de sirenas” de los grupos de presión.

Luego, Klaus A. Shalgren, Secretario ejecutivo de la Comisión Económica para Europa y Secretario General Adjunto de la ONU, enfoca el papel de la citada comisión en la elaboración del derecho internacional económico. Señala que su fuerza radica en su óptica esencialmente apolítica y técnica. El autor enuncia como tesis que la mayor contribución de la comisión al derecho internacional económico concierne a los sectores del comercio, los transportes y el medio ambiente. A su demostración dedica las breves páginas de su ponencia.

Seguidamente, Maurice Droz, consejero en la Dirección General de IATA, trata de la contribución de la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI) al derecho internacional económico. Su plan de trabajo recorre el reparto de los poderes de tutela económica del transporte aéreo internacional, los casos en que la OACI es la fuente de normas convencionales y las posibilidades del citado organismo de participar en la creación de un “soft law” económico internacional.

Completan esta parte del coloquio, las ponencias de Eugène Berg, de la Compagnie Française des Pétroles, sobre la ne-

gociación de un código de conducta para las empresas transnacionales y de Jacques Lemoine y Jean Mouly, consejeros de la OIT, sobre reflexiones sobre la regulación internacional del orden monetario.

Al igual que en la primera sección, un debate cierra el tema. Esta vez son destacables las agudas observaciones del juez de la Corte Internacional de Justicia y autor de varios escritos sobre el desarrollo y su contexto político-jurídico, profesor Mohamed Bedjaoui.

La última parte del coloquio, dedicada a la aplicación del derecho internacional económico, se inicia con un informe de Joël Rideau, profesor de la Universidad de Niza.

Luego de subrayar la ambigüedad propia de la noción de derecho internacional económico y la dificultad existente para delimitar las fases de elaboración y aplicación, el profesor Rideau se aboca a analizar dos aspectos que considera cruciales en el tema: la incertidumbre normativa y la diversidad de mecanismos de aplicación como factor de dispersión, ambos obstáculos a la ejecución del derecho internacional económico.

Respecto de la incertidumbre normativa, argumenta que ella es debida en gran medida al hecho de que el derecho internacional económico ha puesto en tela de juicio la validez y eficacia de las fuentes tradicionales. Describe críticamente el uso de las distintas fuentes clásicas y profundiza en el valor de las resoluciones, logrando no superponerse con lo expresado anteriormente por el profesor Juillard. Asimismo, analiza los motivos de imprecisión de contenido de las normas internacionales económicas y los relaciona con su grado de aplicación efectiva.

Por lo que hace al segundo aspecto —la dispersión—, señala la evolución empírica del sistema de las Naciones Unidas y concluye que sólo los estados, en un juego de limitaciones aceptadas a la soberanía, y las empresas transnacionales están en condiciones de aplicar este derecho.

Otras comunicaciones son las presentadas por Georges Nicoletopoulos, director del Servicio Jurídico del Fondo Monetario Internacional, referida a esa institución y el derecho internacional económico; Georges Delaume, del CIEDI, relativa al Banco

Mundial; Jean-Pierre Queneudec, profesor de la Universidad de París II, sobre el rol del Secretario General de la ONU en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar y Patrick Picard, director jurídico de Technip, sobre el alcance práctico de las normas sobre comercio internacional elaboradas por las Naciones Unidas.

Un debate y las conclusiones expresadas por el profesor René-Jean Dupuy, del Collège de France, cierran un volumen placentero a la lectura por la seriedad, profundidad y diversidad de los enfoques presentados. Lo lamentable es no haber participado directamente en el Coloquio.

Mónica Pinto

REVISTA DE REVISTAS

La prise du controle d'une société par actions (a l'exclusion du controle des concentration d'entreprises). Por Roger Huin. En *Revue internationale de Droit Compare*, Año 38. Nº 2, Abril-Junio 1986. Editada por la Société de Legislation Comparée, pág. 567.

En este trabajo se analizan los regímenes de adquisición de control de sociedades por acciones en Francia. Entiende el autor por "adquisición de control" la operación por la cual una persona física o moral adquiere un cierto número de acciones de una sociedad con intención de conservarlas permanentemente, de ejercer el derecho de voto correspondiente y de ejercer así, una influencia preponderante en la dirección y la gestión de la sociedad.

El autor advierte que se limitará a considerar la toma de control mediante la cesión de acciones fuera de bolsa y en bolsa.

Quedan pues fuera del ámbito del trabajo las tomas de control mediante la suscripción con renuncia al derecho de preferencia, la fusión, la escisión, el aporte parcial de una empresa a una sociedad, el control económico de las concentraciones empresarias, los grupos empresarios, etc.

El primer capítulo se refiere a la cesión de acciones de control en general (pág. 568, *op. cit.*).

En el derecho francés las opiniones acerca de la naturaleza de la cesión de acciones de control están divididas. Mientras unos sostienen que se trata de una simple venta de acciones y por consiguiente que es aplicable el derecho común de la venta de cosas muebles, otros piensan que por implicar importantes modifica-

ciones en la estructura económica de la empresa se acerca más a la cesión de la empresa o del fondo de comercio.

La jurisprudencia ha tomado partido a favor de la primera posición. La Cámara Comercial de la Corte de Casación resolvió el 21 de enero de 1970 denegar el pedido de los accionistas de una sociedad cuyo control se había cedido, de que se aplicasen medidas de protección análogas a las previstas en materia de fusión. La Cámara sostuvo que se trataba de una simple cesión de acciones autorizada por el directorio sin abuso de derecho. En varias sentencias del año 1984, la Cámara Comercial insistió en ese sentido, al declarar que no teniendo la cesión de las acciones de control carácter de cesión de la empresa, no pesan sobre ellas los derechos de registro correspondientes.

Sin embargo, esta jurisprudencia tuvo algunas limitaciones como la de reconocer la competencia del Tribunal de Comercio, que declaró que la transferencia de un paquete de control es una operación relativa a las relaciones entre socios, y en materia laboral la Corte de Casación resolvió que en caso de que los directores de una sociedad conocieran la transferencia del control societario, debían consultar al Comité de Empresa constituido por los asalariados. Estas soluciones tuvieron acogida legislativa en la Ley del 28 de octubre de 1982 que modificó el Código del Trabajo.

Por otra parte, esta tendencia a dar importancia a la cesión del control accionario, se ha plasmado en algunas normas legislativas tendientes a asegurar una adecuada información de los accionistas tanto de la sociedad cuyas acciones se transfieren, como de la sociedad cedida.

Además, la ley del 24 de julio de 1966 de sociedades comerciales, reformada por la del 12 de julio de 1985, ha determinado ciertas definiciones de relaciones sociales: una sociedad es filial de otra, si ésta posee más de la mitad del capital de la primera; una sociedad tiene una participación en otra, si posee entre el 10 y el 50 % del capital de esta última; una sociedad es controlante de otra cuando directamente o indirectamente posee suficientes acciones para asegurarle la toma de decisiones en las Asambleas Generales de la segunda.

Por Ley del 6 de julio de 1966 modificada por la del 12 de julio de 1985, la memoria anual debe informar a los accionistas de toda adquisición de control que alcance al 10 %, al tercio o a la mitad de otra sociedad. Igualmente, es obligación de los directores de las sociedades informar sobre el resultado de las sociedades filiales y controladas. Este régimen permite que los accionistas conozcan, tanto qué grupos controlan la sociedad de que son tales, como qué sociedades son filiales o controladas por ella.

Además, cualquier persona, física o moral, debe informar a la sociedad de la cual ha adquirido el 10 %, el tercio o la mitad de sus acciones, que ha alcanzado dichos límites, y en caso de acciones con cotización oficial, debe hacerlo también a la Cámara Sindical de los Agentes de cambio. Todo bajo pena de sanciones penales.

Estas medidas permiten a las sociedades cumplir con la prohibición de participaciones recíprocas, ya que está prohibido a una sociedad ser propietaria de acciones de otra (cualquiera sea la cantidad) si ésta posee más del 10 % del capital de la primera.

Todas estas medidas muestran que el derecho francés va evolucionando desde considerar la transferencia de paquetes de control como una simple cesión del derecho común hacia una institución sometida a reglas diversas de información y control.

Esta evolución ha sido más evidente en lo que respecta a las cesiones de paquetes de control en Bolsa.

Desde luego, toda persona que compre en Bolsa poco a poco acciones de una sociedad, esta obligada a efectuar los anuncios obligatorios que se han visto anteriormente cuando ha alcanzado a poseer el 10 %, el tercio o la mitad del capital social. En cuanto a las cesiones directas de acciones con cotización en bolsa requieren la intervención de un agente de cambio, salvo que se trate de una cesión entre personas físicas o entre una sociedad y una filial de la cual posea más del 20 % del capital.

Es así como la negociación de paquetes de control de sociedades con cotización autorizada no puede realizarse sino mediante dos procedimientos reglamentados: la oferta pública de

adquisición (OPR) o la oferta pública de cambio (OPE) por un lado y la cesión de "bloque de control".

El primer procedimiento tiende a asegurar la seriedad de la oferta de adquirir (mediante precio en dinero en el caso de las C.O.R. o mediante entrega de acciones de otra sociedad en el caso de las C.O.E.) lo que se logra mediante la difusión de las condiciones de la operación, previamente aprobadas por comisión de operaciones de bolsa (órgano de control estatal) y garantizadas por un banco, mediante la prohibición de negociar acciones de la sociedad mientras dure el término de la oferta (mínimo 30 días) y mediante la posibilidad de admitir que otros interesados puedan ofrecer mejorar el precio.

El otro procedimiento —la venta de bloques de control— consiste en la publicación de toda transacción que tenga por objeto una cantidad de acciones que asegure a su tenedor el dominio de las decisiones assemblearias y tiende a asegurar la igualdad de trato entre todos los accionistas. Es decir, si una persona está dispuesta a comprar un bloc de control a determinado precio, la operación sólo se podrá llevar a cabo bajo la condición de que quien compre esté dispuesto a pagar a cualquier accionistas por sus acciones, el precio fijado para la compra del bloque de control.

El trabajo es claro y conciso, aunque en realidad se limita a exponer la normativa vigente en Francia acerca de la negociación de paquetes accionarios importantes. La conclusión es que el derecho francés va evolucionando tanto en lo referente a sociedades cerradas como a sociedades cotizadas en bolsa, hacia una normativa que se aleja de la simple cesión de derechos para acercarse al derecho de las sociedades, especialmente con tendencia a garantizar la transparencia de las negociaciones y la igualdad de los accionistas.

Lilia M. Gómez de Bacqué

Revue de Droit International et de Droit Comparé. Publicado por el Instituto Belga de Derecho Comparado, año 64, nº 1-2, 1987.

Este volumen contiene los siguientes artículos:

1. L'indexation de la pension alimentaire après divorce: l'exemple de quatre législations issues du Code Napoléon: Burundi, Belgique, France, Pays-Bas, de *Mathias Miyonzime*, Licenciado en Derecho en la Universidad de Burundi.
2. Le droit international humanitaire como source interprétative de la Charte Canadienne des Droits et Libertés: l'incidence de la convention européenne des droits de l'homme, de *Mark L. Berlin* y *Luc Métivier* (Mark Berlin-Analista principal de la política en la Dirección de los derechos de la persona en Canadá y Luc Metivier-B.A.B.A.).
3. La première loi sur les successions dans la République Populaire de Chine de *Harro Von Senger*, (Privatdosent en la Universidad de Zürich y colaborador científico del Instituto Suizo de Derecho Comparado).
4. La monarchie théocratique au Maroc, de *Omar Bendouron* (Asistente en la Facultad de Ginebra).

Sigue una crónica de jurisprudencia de J. Sace, otra de bibliografía y la última de informaciones y documentos. Se encabeza esta última con un breve informe de Jean Lisbonne sobre el divorcio en la República Argentina a propósito de la sentencia de la Corte Suprema del 27 de noviembre próximo pasado.

El trabajo sobre la indexación de la pensión alimentaria después del divorcio tiene el interés de su labor comparativa si bien se examinan cuatro derechos de la misma familia jurídica.

En el artículo de Berlín y Métivie, se llega a la conclusión de que los Tribunales Canadienses frente a la incorporación del Derecho Internacional y más particularmente del Derecho humanitario como fuente supletoria del derecho interno involucra la necesidad de inferirse a aquél Derecho Internacional, lo cual incidirá en beneficio de los justiciables y una mejor administración de justicia.

Von Segner nos pone al día respecto de la primera ley sobre sucesiones en la República Popular China.

Comienza con una breve referencia sobre la materia en lo que va del siglo y sus profundas raíces en la tradición, las sucesivas resoluciones del Estado y de las transformaciones ideológicas que se sucedieron.

El autor se pregunta por la razón de esta ley que está vigente a partir del 1º de octubre de 1985 y señala que a partir de la constitución de 1982, como lo había hecho la de 1984, se establece el derecho sucesorio de bienes privados y que el objetivo es la modernización del derecho y la equivalente de la propiedad económica.

Se trata de una ley muy breve, ya que tiene sólo 37 artículos, lo cual la ubica entre las más concisas del mundo, y el autor explica las razones de esa economía narrativa.

Destaca que China es un estado unitario por lo cual la ley rige en todo el país; sin embargo para las 55 minorías que viven en aquel estado existe la posibilidad de modificar o completar esta ley a través de sus respectivos parlamentos.

Se excluye de las sucesiones la tierra, salvo el derecho sobre la parcela en que se ubica el hogar.

Se pone énfasis en la igualdad de la mujer y el hombre y así el art. 9 de la ley establece textualmente “el derecho sucesorio es igual para el hombre y la mujer”. De esta manera se confirma el texto expreso de la Constitución Nacional (art. 49.3) política que la actual diligencia china cree necesario promover para ir modificando una muy ancestral costumbre que marca una posición de dependencia de la mujer hacia el hombre.

Destaquemos que se legisla sobre el testamento escrito oló-

grafo, el hecho por un representante, el testamento oral y el “testamento registrado en banda magnética”.

El trabajo se basa en bibliografía china que, en notas de nombres de autores y títulos de las obras consultadas, utiliza la versión fonética de sus originales chinos.

En el último artículo, el autor Bendouran hace un muy rico y sintético perfil de “la tradición musulmana y la teocracia”, luego, en un segundo apartado “la tradición marroquí y la teocracia”, la “evolución hacia la teocracia” y finalmente “la instauración de la teocracia y el régimen actual”.

Ignacio Winizky

LEY DE SUCESIONES DE LA REPUBLICA POPULAR CHINA ¹

CAPITULO PRIMERO

Art. 1. Esta ley ha sido sancionada de acuerdo a la "Constitución de la República Popular de China" del 4 de diciembre de 1982 art. 13, inc. 2) y tiene por objeto la protección del derecho sucesorio de los ciudadanos respecto de sus bienes personales.

Art. 2. La sucesión se abre con la muerte del de cujus.

Art. 3. Los bienes de la sucesión son el patrimonio legal individual dejado por el ciudadano a su muerte y comprenden:

- a. Las rentas del ciudadano.
- b. Casa, ahorros y artículos de uso corriente del ciudadano.
- c. Árboles, ganado y animales domésticos del ciudadano.
- d. Bienes culturales (como antigüedades) y libros del ciudadano.
- e. Medios de producción cuya propiedad está permitida a los ciudadanos por la ley.
- f. Derechos patrimoniales contenidos en un derecho de autor o un derecho de patente de invención del ciudadano.
- g. Otros bienes legales del ciudadano.

Art. 4. La sucesión de las rentas individuales provenientes de un mandato individual está normado según las disposiciones de la ley actual. Un mandato individual cuya continuidad por el heredero es legal se ejecutará de acuerdo con el contrato de mandato.

Art. 5. Desde que una sucesión comienza, se liquida según (las disposiciones respectivas) la sucesión legal; si existe un testamento, se liquida según el testamento o según los legados; si existe una convención sobre un legado a cambio de una obligación de asistencia (ap. art. 31) se procede según esta convención.

Art. 6. Respecto de una persona sin capacidad legal, el derecho de sucesión y el derecho de recibir un legado son ejercidos por su representante legal.

Respecto de una persona cuya capacidad legal es limitada, el derecho de sucesión y el derecho de recibir un legado son ejercidos por su representan-

te legal o personalmente después de haber requerido y obtenido la aprobación del representante legal.

Art. 7. Un heredero que ha incurrido en uno de los actos mencionados a continuación, pierde su derecho de sucesión:

- a. Homicidio premeditado del de cujus.
- b. Homicidio de un co-heredero para obtener bienes de la sucesión.
- c. Abandono del de cujus o —en caso de circunstancias graves— mal trato del de cujus.
- d. —En caso de circunstancias graves— falsedad (integral), falsificación (parcial) o destrucción del testamento.

Art. 8. El plazo para intentar un proceso en caso de conflicto concerniente al derecho de sucesión es de diez años a partir del día en el que el heredero conoce o debiera conocer que su derecho es violado. Sin embargo, 20 años después de la apertura de la sucesión, no puede intentarse un proceso.

CAPITULO SEGUNDO

DE LA SUCESION AB-INTESTATO

Art. 9. El derecho de sucesión es igual para el hombre y la mujer.

Art. 10. Los bienes de la sucesión del de cujus son heredados en el siguiente orden:

¹ La traducción francesa que utilizamos para esta versión se hizo directamente del chino por el doctor H. von Sagel y hemos tratado de conservar las peculiaridades lingüísticas que luce la traducción.

Hay una traducción directa del chino al alemán del doctor Frank Münzel en "China Recht", Hamburg, del 10 de abril de 1985.

Hay otra al inglés en "Summary of World Broadcast" - Part III The Far East, FEI 7931-C-I (B) del 22 de abril de 1985, traducción que pudimos compulsar.

1º orden: cónyuge, hijos, padres.

2º orden: hermanos y hermanas, abuelos de las líneas paterna y materna.

En el proceso de sucesión, los herederos del primer orden, heredan, los herederos del segundo orden no heredan. Si no existe heredero de primer orden, los herederos de segundo orden heredan.

Cuando se refiere a hijos, ello comprende a los hijos legítimos, los hijos ilegítimos, los hijos adoptados y los hijos extramatrimoniales con los cuales existen vínculos de obligación de asistencia.

Cuando esta ley se refiere a padres, comprende a los padres naturales, los padres adoptivos, y los suegros, con los cuales existe vínculo de obligación de asistencia.

Cuando esta ley se refiere a hermanos y hermanas, comprende a los hermanos y hermanas de los mismos padres, los hermanastros y hermanastras, así como los hermanos y hermanas adoptados, lo mismo que los hermanos y hermanas extramatrimoniales con los cuales existe vínculo de obligación de asistencia.

Art. 11. Los hijos premuertos al de cujus son representados por sus descendientes en línea directa que en general no pueden heredar más que la porción hereditaria del padre o la madre premuerta.

Art. 12. La nuera que es viuda o el yerno que es viudo, son tratados como herederos de primer orden si han cumplido sus obligaciones principales de asistencia hacia sus suegros.

Art. 13. En general las porciones hereditarias del mismo orden deben ser iguales. En una partición sucesoria debe tenerse en cuenta a los herederos que vivan en circunstancias particularmente difíciles y no sean capaces de trabajar.

En una partición sucesoria, se puede atribuir una porción más grande al heredero que ha satisfecho sus obligaciones principales de asistencia respecto del de cujus o que ha convivido con él.

En una partición sucesoria, es necesario no acordar nada o una porción reducida al heredero que tenía la posibilidad y estaba en condiciones de asistir (al de cujus) pero que no había cumplido con su obligación.

Las porciones hereditarias designadas pueden ser atribuidas por acuerdo común de los herederos.

Art. 14. Una porción hereditaria equitativa puede otorgarse a un no heredero que no sea capaz de trabajar y no tenga medios de subsistencia o a un no heredero que ha sido criado por cujus.

En una partición sucesoria, es necesario que no sea capaz de trabajar y no tenga medios de subsistencia o a un no heredero que ha dado asistencia considerable al de cujus.

Art. 15. Al resolver problemas ligados a la sucesión los herederos deben dar prueba de espíritu de comprensión,

de compromiso, de armonía y de solidaridad. El momento, la forma y las porciones hereditarias son negociadas y determinadas por los herederos. Si no puede arribarse a un entendimiento, se puede recurrir a un comité popular de mediación con el objeto de mediar o intentar una acción ante un tribunal popular.

CAPITULO TERCERO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA Y DE LOS LEGADOS

Art. 16. El ciudadano puede según las previsiones de esta ley, disponer por testamento de sus bienes personales y designar un executor testamentario.

El ciudadano puede por testamento conferir sus bienes personales a uno o varios herederos legales.

El ciudadano puede por testamento conferir sus bienes personales al Estado o a una comuna o a persona que no son herederos legales.

Art. 17. El testamento notarial se hace ante un notario.

El testamento ológrafo es escrito, firmado y claramente fechado con la indicación del año, el mes y el día escritos por el propio testador.

El testamento por representante debe ser hecho en presencia de por lo menos dos testigos. Uno de los testigos escribe el testamento indicando el año, el mes y el día. El testamento es firmado por la persona que lo ha escrito, por el testador, por el otro (u otros, testigo(s)).

El testamento mediante banda magnética debe ser hecho en presencia al menos de dos testigos.

En la sucesión por testamento cuyos legados están gravados por una obligación, el heredero o el legatario debe ejecutar la obligación: Si sin razones legítimas la obligación no es cumplida el derecho de recibir los bienes de la sucesión puede ser anulado por un tribunal popular en base a la demanda de la unidad respectiva o del individuo de que se trate.

Art. 22. El testamento hecho por una persona sin capacidad legal o con su capacidad limitada es nulo.

El testamento debe expresar la verdadera intención del testador. Es nulo el testamento hecho bajo el imperio de una amenaza o de un fraude.

Es nulo un testamento falsificado.

Es nula la parte alterada del testamento.

CAPITULO CUARTO DE LA TRANSMISION

Art. 23. Después de la apertura de la sucesión el heredero que tiene conocimiento de la muerte del de cujus debe inmediatamente informar a los otros he-

rederos y al ejecutor testamentario. Si ningún heredero tiene conocimiento de la muerte del de cujus o si no puede transmitir la información, la unidad (de trabajo) donde el de cujus se encontraba antes de su muerte o el comité de residentes o el comité de la población de su último domicilio estarán obligados a transmitir la información.

Art. 24. La persona que tiene los bienes de la sucesión, asume la responsabilidad de guardarlos adecuadamente, nadie está autorizado a apropiárselos o a reclamarlos.

Art. 25. El repudio de la sucesión debe ser expresado antes que se disponga de los bienes de la sucesión. Quien no se expresa, se considera que la ha aceptado.

El legatario debe en un plazo de dos meses después de haber sido informado, expresar su aceptación o su repudio. Si el plazo expira sin una tal manifestación se considera como que ha repudiado el legado.

Art. 26. En caso de participación sucesoria, es necesario atribuir al cónyuge sobreviviente la mitad de los bienes adquiridos por los esposos durante la existencia de la unión conyugal y que sean de su propiedad común siempre que no haya una (otra) convención. El resto constituye los bienes de la sucesión del de cujus.

Cuando los bienes de la sucesión forman parte de propiedades comunes familiares es necesario, antes de la partición sucesoria, en primer término separar los bienes que pertenezcan a otros propietarios.

Art. 27. En los casos mencionados a continuación la porción hereditaria respectiva será tratada según las normas sobre la sucesión legal:

1. El heredero testamentario repudia la sucesión o el legatario repudia el legado.

2. El heredero testamentario pierde su derecho de suceder.

3. El heredero testamentario o el legatario han fallecido con anterioridad.

4. Los bienes de la sucesión que restan de las partes nulas del testamento.

Art. 28. En caso de una partición sucesoria es necesario reservar la porción hereditaria del hijo concebido. Cuando el hijo nace muerto se dispone de los bienes reservados según las reglas que le conciernen a la sucesión ab-intestato.

Art. 29. La partición sucesoria debe ser a beneficio de la producción y servir a las necesidades de la vida, no debe perjudicar el uso de los bienes de la sucesión.

Los bienes de la sucesión cuya partición no sea la que corresponde pueden ser convertidos en dinero y liquidados por compensación equitativa o transformado en co-propiedad, etc.

Art. 30. El cónyuge supérstite tiene el derecho de disponer, en el momento de su nuevo matrimonio, de su parte de los bienes heredados. No se permite

ninguna intervención de una tercera persona.

Art. 31. El ciudadano puede concluir con la persona que la asiste una convención sobre un legado a cambio de la manutención. Definida la convención, la persona que suministra el mantenimiento está obligada a tomar a su cargo la vida y la sepultura del ciudadano y (en contrapartida) goza del derecho de recibir el legado.

Art. 32. El ciudadano puede concluir con una organización en propiedad colectiva una convención en convenio sobre un legado en cambio del mantenimiento. Según el convenio la organización en propiedad colectiva está obligada a tomar a su cargo la vida y la sepultura de ese ciudadano y goza del derecho de recibir el legado.

Art. 33. Los bienes de la sucesión que no hereda persona alguna o no la reciba como legado vuelven al Estado. Si el difunto era miembro de una organización en propiedad colectiva los bienes de la sucesión sin herederos vuelven a esa organización.

Art. 34. Los impuestos y las deudas legalmente debidas por el de cujus deben ser imputadas al débito de los bienes de la sucesión en los límites de su valor real. En lo que concierne a las deudas más allá del valor real de los bienes de la sucesión, todo pago voluntario de los herederos queda restringido.

El heredero que repudia la sucesión puede desligarse de la obligación de pagar los impuestos y las deudas legalmente debidas por el de cujus.

Art. 35. El cumplimiento de un legado no puede impedir el pago de los impuestos y deudas legalmente debidas por el de cujus.

CAPITULO QUINTO REGLAS ADICIONALES

Art. 36. — La asamblea popular de una zona nacional autónoma puede, según los principios de esta ley, conforme a las circunstancias concretas (del régimen de) la sucesión en materias patrimoniales usuales en esa minoría, sancionar disposiciones modificando o completando esta ley. Las disposiciones de una región autónoma deben ser puestas en conocimiento del Comité permanente de la asamblea popular nacional para que tome nota.

Las disposiciones de un departamento autónomo o de un distrito autónomo deben ser puestas en conocimiento del Comité permanente de la asamblea popular de la provincia o de la región autónoma (interesada) y entran en vigor después de haber sido aprobadas. Además deben ser puestas en conocimiento del Comité permanente de la asamblea popular nacional para que tome nota.

Art. 37. Cuando un ciudadano chino

hereda bienes de una sucesión situadas en el exterior de la República Popular China o si hereda bienes de una sucesión de un extranjero situados en el interior de la República Popular China le es aplicable para los bienes muebles, la ley del domicilio del de cujus y para los inmuebles la ley del lugar de los bienes inmuebles.

Cuando un extranjero hereda bienes de una sucesión situados en el interior de la República Popular de China o si hereda bienes de una sucesión de un

ciudadano chino situados en el exterior de la República Popular de China, es aplicable para los bienes muebles la ley del domicilio del de cujus y para los bienes inmuebles la ley del lugar de los bienes inmuebles.

Si existen tratados y acuerdo entre la República Popular de China y un país extranjero es aplicable el tratado o el acuerdo.

Art. 38. Esta ley entra en vigor el 19 de octubre de 1985.

NOTA ACLARATORIA

La Constitución francesa de 1793, o del año I, o Constitución *jacobina*, fue una de las primeras que se dictaron en el mundo; la que originariamente destacó aspectos sociales, y en consecuencia, verdadero arranque —precisamente— del *Constitucionalismo social*, que habría de adquirir auge en el siglo xx.

Aunque en verdad existían en Inglaterra, España y Estados Unidos, numerosos antecedentes sobre declaraciones de derechos, la constitución nacional liminar fue la norteamericana que sancionada en 1787, entró en vigor el 4 de marzo de 1789. Inicialmente sólo preveía su parte orgánica. La declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano data del 26 de agosto de 1789 y equivale a una parte *principista* —o “dogmática”—, de Constitución. Destaquemos de paso nuestro repudio a esa expresión, “dogmática”, pues una constitución republicana no debe contener “dogmas”, verdades sin discusión, sino principios.

En 1791 Francia tuvo al fin su Constitución completa: monárquica, moderada y de corta vida pues, no habiendo previsto el caso de guerra, resultó desbordada por la crisis.

La Convención fue convocada, entre otras cosas, para dictar una nueva Constitución. El 29 de setiembre de 1792, una comisión donde Condorcet tuvo gran influencia, inició las tareas. Convocados “los amigos de la libertad y la igualdad” para que formularan propuestas, éstas llegaron caudalosamente: más de trescientas. Pero afectada por las tormentas políticas, la tarea se

estancó. Una segunda comisión, con mayoría del ala girondina (moderada), fue designada el 4 de abril de 1793. Tampoco progresó mucho, empantanada en un agrio debate sobre la Declaración de Derechos. Robespierre había redactado un proyecto que avanzaba —especialmente en cuanto al derecho de propiedad, que se negaba a “sacralizar”— sobre la liberal Declaración de 1789, a cuyo texto se aferraban los girondinos.

El 29 de mayo la Comisión Constitucional fue acrecentada por cinco jacobinos, inclusive Saint-Just, el discípulo de Robespierre, autor de un curioso código, donde se mezclan disposiciones civiles, penales y de derecho público. Proclama las uniones matrimoniales libres y el divorcio, y procura institucionalizar la amistad, creando un registro obligatorio de amigos, fuente de derechos y deberes civiles. Castiga con exilio a quien golpee a un niño.

El 2 de junio cayeron los girondinos, y simultáneamente la Convención, en manos de la izquierda, decidió dar prioridad a la Constitución demorada. Veintidós días más tarde sancionaba el texto final.

Allí se proclama la soberanía del pueblo, el derecho a la insurrección, los deberes para con el cuerpo social, el contractualismo de las relaciones laborales. El Derecho de propiedad es reconocido, pero no como “inviolable y sagrado”.

Aunque no sobrevivió a sus autores, ejecutados en julio de 1794, la Constitución del año I marca muchos rumbos, con enorme sentido de anticipación. Su texto, inhallable en castellano, ha sido traducido por un grupo de alumnos del Colegio Nacional de Buenos Aires, a saber: Gabriela Ambrosio, Helena Rimski-Korsakov, Paola Estomba, Karina Ravich, Carolina Barreiro, Marcelo Topuzián, Daniel Madias y Lorena Alba, supervisados por la profesora Leticia Montero y por quien suscribe.

HORACIO SANGUINETTI

CONSTITUCION FRANCESA DEL 24 DE JUNIO DE 1793

Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

El pueblo francés, convencido de que el olvido y el desprecio de los derechos naturales del hombre, son las únicas causas de las desgracias del mundo, ha resuelto exponer en una declaración solemne esos derechos sagrados e inalienables, a fin que todos los ciudadanos, pudiendo comparar sin interrupción los actos del gobierno con el propósito de toda institución social, no se dejen jamás oprimir, envilecer por la tiranía, a fin que el pueblo tenga siempre bajo sus ojos las bases de su libertad y de su felicidad; el magistrado, la reglamentación de sus deberes; el legislador, el objeto de su misión.

En consecuencia, proclama en presencia del Ser supremo, la siguiente declaración de derechos del hombre y del ciudadano:

Artículo 1º — El fin de la sociedad es la felicidad común. El gobierno ha sido instituido para garantizar al hombre del goce de sus derechos naturales e imprescriptibles.

Art. 2º — Esos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad.

Art. 3º — Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley.

Art. 4º — La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos, sea que proteja, sea que

castigue; no puede ordenar sino lo que sea justo y útil a la sociedad; no puede prohibir sino lo que le sea perjudicial.

Art. 5º — Todos los ciudadanos son igualmente admisibles en los empleos públicos. Los pueblos libres no reconocen otros motivos de preferencia en sus elecciones, que las virtudes y los talentos.

Art. 6º — La libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo aquello que no perjudique los derechos del otro: tiene por principio a la naturaleza; por regla la justicia; por salvaguardia la ley; su límite moral está en esta máxima: *“No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti”*.

Art. 7º — El derecho de expresar su pensamiento y sus opiniones, sea por vía de la prensa, sea de cualquier otra manera, el derecho de reunión pacífica, el libre ejercicio de los cultos, no pueden ser prohibidos. La necesidad de enunciar estos derechos supone la presencia o el recuerdo reciente del despotismo.

Art. 8º — La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades.

Art. 9º — La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de aquellos que gobiernan.

Art. 10º — Nadie debe ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescriba. Todo ciudadano convocado o tomado por la autoridad legal debe obedecer al instante; se convierte en culpable en caso de resistencia.

Art. 11º — Todo acto ejercido contra un hombre, fuera de los casos y sin la forma que la ley determine, es arbitrario y tiránico; aquél contra quien se lo quiera ejecutar por la violencia, tiene el derecho de rechazarlo por la fuerza.

Art. 12º — Aquéllos que solicitaran, expidieran, firmaran, ejecutaran o hicieran ejecutar, actos arbitrarios, son culpables y deben ser castigados.

Art. 13º — Siendo que todo hombre es presumido inocente hasta que sea declarado culpable, si se juzgase indispensable arres-

tarlo, todo rigor innecesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Art. 14º — Nadie puede ser juzgado ni castigado sino después de haber sido oído o legalmente citado en virtud de una ley promulgada anteriormente al delito. La ley que castigue delitos cometidos antes que ella existiese, sería una tiranía; el efecto retroactivo otorgado a la ley sería un crimen.

Art. 15º — La ley no debe discernir sino penas estrictas y evidentemente necesarias: las penas deben ser proporcionales al delito y útiles a la sociedad.

Art. 16º — El derecho de propiedad es aquél que pertenece a todo ciudadano, de gozar y disponer a su grado de sus bienes, de sus recursos, del fruto de su trabajo y de su industria.

Art. 17º — Ningún género de trabajo, de cultura, de comercio, puede ser interdicto a la industria de los ciudadanos.

Art. 18º — Todo hombre puede locar sus servicios, su tiempo; pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad alienable. La ley no reconoce la domesticidad; no puede existir más que un contrato de derechos y reconocimiento, entre el hombre que trabaja y aquél que lo emplea.

Art. 19º — Nadie puede ser privado de la menor porción de su propiedad sin su consentimiento, salvo que la necesidad pública legalmente comprobada lo exija y bajo la condición de una justa y previa indemnización.

Art. 20º — Ninguna contribución puede ser establecida sino para la utilidad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir al establecimiento de las contribuciones, a supervisar el empleo, y a hacer rendir cuentas.

Art. 21º — Los socorros públicos son un deber sagrado. La Sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desdichados, sea procurándoles trabajo, sea asegurando medios de vida a quienes no están en condiciones de trabajar.

Art. 22º — La instrucción es necesidad de todos. La Sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos.

Art. 23º — La garantía social consiste en la acción de todos,

para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos; esta garantía reposa sobre la soberanía Nacional.

Art. 24º — No puede existir, si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley, y si la responsabilidad de todos los funcionarios no está asegurada.

Art. 25º — La Soberanía reside en el pueblo; es una e indivisible, imprescriptible e inalienable.

Art. 26º — Ninguna porción de pueblo puede ejercer la representación del pueblo entero; pero cada sección de la asamblea soberana debe gozar del derecho de expresar su voluntad con entera libertad.

Art. 27º — Que todo individuo que usurpe la Soberanía sea al instante ejecutado por los hombres libres.

Art. 28º — Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras.

Art. 29º — Cada ciudadano tiene el derecho legal de concurrir a la formación de la ley y al nombramiento de sus mandatarios o de sus agentes.

Art. 30º — Las funciones públicas son esencialmente temporarias; no pueden ser consideradas como distinciones ni como recompensas, sino como deberes.

Art. 31º — Los delitos de los mandatarios del pueblo y de sus agentes no deben jamás permanecer impunes. Nadie tiene derecho a pretenderse más inviolable que los otros ciudadanos.

Art. 32º — El derecho de peticionar a los depositarios de la autoridad pública no puede en ningún caso ser prohibido, suspendido ni limitado.

Art. 33º — La resistencia a la opresión es la consecuencia de los otros derechos del hombre.

Art. 34º — Existe opresión contra el cuerpo social mientras uno solo de sus miembros sea oprimido. Existe opresión contra cada miembro mientras el cuerpo social sea oprimido.

Art. 35º — Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del

pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.

ACTA CONSTITUCIONAL

De la República

Artículo 1º — La República francesa es única e indivisible.

De la distribución del pueblo

Art. 2º — El pueblo francés está distribuido, para el ejercicio de su soberanía, en Asambleas primarias de cantón.

Art. 3º — Está distribuido, para la Administración y para la justicia, en departamentos, distritos, municipalidades.

Del estado de los ciudadanos

Art. 4º — Todo hombre nacido y domiciliado en Francia, con veintiún años de edad cumplidos;

—Todo extranjero con veintiún años de edad cumplidos, que, domiciliado después de un año en Francia:

- * Vive allí de su trabajo,
- * O adquiere una propiedad,
- * O se casa con una francesa,
- * O adopta un niño,
- * O mantiene a un anciano;

—En fin, todo extranjero que para el Cuerpo Legislativo tenga el buen mérito de la humanidad;

Es admitido al ejercicio de los Derechos de ciudadano francés.

Art. 5º — El ejercicio de los Derechos de ciudadano francés se pierde:

—Por la naturalización en un país extranjero.

—Por la aceptación de funciones o favores emanados de un gobierno no popular.

—Por la condena a penas infamantes o aflictivas, hasta obtener una rehabilitación.

Art. 6º — El ejercicio de los Derechos del ciudadano es suspendido:

—Por el estado de acusación.

—Por un juicio de contumacia, mientras dicho juicio no sea cancelado.

De la soberanía del pueblo

Art. 7º — El pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses.

Art. 8º — Nombra inmediatamente a sus diputados.

Art. 9º — Delega a los electores la elección de los administradores, de los árbitros públicos, de los jueces criminales y de casación.

Art. 10º — Delibera sobre las leyes.

De las Asambleas primarias

Art. 11. — Las Asambleas primarias se componen de ciudadanos domiciliados desde hace seis meses en cada cantón.

Art. 12. — Están integradas por doscientos ciudadanos como mínimo, y de seiscientos como máximo, llamados a votar.

Art. 13. — Están constituidas por un presidente, secretarios y escrutadores.

Art. 14. — Su policía les pertenece.

Art. 15. — Nadie puede portar armas en ese sitio.

Art. 16. — Las elecciones se hacen por escrutinio o de viva voz a elección del votante.

Art. 17. — Una Asamblea primaria no puede, en ningún caso, determinar un modo uniforme de votar.

Art. 18. — Los escrutadores comprueban el voto de los ciudadanos que no sabiendo escribir, prefieren votar por escrutinios.

Art. 19. — Los votos sobre las leyes son dados por Sí o No.

Art. 20. — El voto de la Asamblea primaria es dado de la siguiente manera:

“Los ciudadanos reunidos en Asamblea primaria el día..., con la cantidad de... votantes, votan por o votan contra, con la mayoría de...”.

De la representación nacional

Art. 21. — La población es la única base de la representación nacional.

Art. 22. — Hay un diputado a razón de cuarenta mil individuos.

Art. 23. — Cada reunión de las Asambleas primarias, resultante de una población de 39.000 a 40.000 almas, nombra inmediatamente un diputado.

Art. 24. — La designación se hace con la mayoría absoluta de los sufragios.

Art. 25. — Cada Asamblea hace el recuento de los votos y envía un comisario para el cómputo general en el lugar designado como más central.

Art. 26. — Si el primer cómputo no da la mayoría absoluta, se procede a un segundo llamado, y se vota entre los dos ciudadanos que obtuvieron más votos.

Art. 27. — En caso de igualdad de votos, el de más edad tiene preferencia, sea para hacer "ballotage" o para ser elegido.

En caso de igualdad de edad la suerte decide.

Art. 28. — Todo francés que ejerza los Derechos del ciudadano, es elegible en toda la extensión de la República.

Art. 29. — Cada diputado pertenece a la Nación entera.

Art. 30. — En caso de no aceptación, dimisión, destitución o muerte, se procede a su reemplazo por la Asamblea primaria que lo nombró.

Art. 31. — Un diputado que haya dimitido no puede abandonar su puesto sino después de la admisión de su sucesor.

Art. 32. — El pueblo francés se reúne el 1 de mayo, todos los años, para las elecciones.

Art. 33. — Se procede, cualquiera sea el número de ciudadanos que tienen derecho a votar.

Art. 34. — Las Asambleas primarias se forman extraordinariamente, sobre petición del quinto de los ciudadanos que tienen el derecho de votar.

Art. 35. — La convocatoria se hace, en ese caso, por la municipalidad del lugar habitual de reunión.

Art. 36. — Estas Asambleas no deliberan sino cuando la mitad más uno de los ciudadanos que tienen derecho a votar están presentes.

De las Asambleas electorales

Art. 37. — Los ciudadanos reunidos en Asambleas primarias nombran un elector en razón de 200 ciudadanos, presentes o no; dos desde de 301 hasta 400; tres desde 501 hasta 600.

Art. 38. — La duración de las Asambleas electorales y el modo de las elecciones son los mismos que en las Asambleas primarias.

Del Cuerpo Legislativo

Art. 39. — El Cuerpo Legislativo es único, indivisible y permanente.

Art. 40. — Su sesión es de un año.

Art. 41. — Se reúne el 1º de julio.

Art. 42. — La Asamblea Nacional no puede constituirse si no está compuesta, por lo menos, por la mitad más uno de los diputados.

Art. 43. — Los diputados no pueden ser indagados, acusados ni juzgados en ningún tiempo, por las opiniones que enunciaran en el seno del Cuerpo Legislativo.

Art. 44. — Ellos pueden, por un acto criminal, ser sorprendidos in fraganti delicto; pero ni la orden de arresto ni la orden de comparecencia pueden ser extendidas contra ellos sin la autorización del Cuerpo Legislativo.

De la celebración de las sesiones del Cuerpo Legislativo

Art. 45. — Las sesiones de la Asamblea Nacional son públicas.

Art. 46. — Las versiones verbales de sus sesiones serán impresas.

Art. 47. — No puede deliberar si no está compuesta, por lo menos, de 200 miembros.

Art. 48. — No puede impedir la palabra a sus miembros, en el orden en que la han reclamado.

Art. 49. — Delibera con la mayoría de los presentes.

Art. 50. — Cincuenta miembros tienen el derecho de exigir el voto nominal.

Art. 51. — Tiene el derecho de censurar la conducta de los miembros en su seno.

Art. 52. — La policía le pertenece en los lugares de sus sesiones, y en el recinto exterior que la Asamblea determine.

De las funciones del Cuerpo Legislativo

Art. 53. — El Cuerpo Legislativo propone leyes y dicta decretos.

Art. 54. — Son comprendidas bajo el nombre general de Ley, las actas del Cuerpo Legislativo que conciernen a:

—La Legislación Civil y Penal;

—La administración general de las rentas y de los gastos ordinarios de la República;

—Los bienes nacionales;

—El título, el peso, la impresión y la denominación de las monedas;

—La naturaleza, el importe y la recaudación de contribuciones;

—La declaración de guerra;

---Toda noticia sobre la distribución general del territorio francés;

—La instrucción pública;

—Los honores públicos a la memoria de los grandes hombres.

Art. 55. — Son designadas bajo el nombre particular de decreto, las actos del Cuerpo Legislativo que conciernen a:

—El establecimiento anual de las fuerzas terrestres y marítimas;

—El permiso o la prohibición de paso de tropas extranjeras por el territorio francés;

—La introducción de fuerzas navales extranjeras en los puertos de la República;

—Las medidas de seguridad y tranquilidad general;

—La distribución anual y momentánea de los socorros y trabajos públicos;

—Las órdenes para la fabricación de monedas de toda clase;

—Los gastos imprevistos y extraordinarios;

—Las medidas locales y particulares acerca de una administración de una comunidad y un género de trabajo público;

—La defensa del territorio;

—La ratificación de tratados;

—La designación y la destitución de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas;

—La responsabilidad y continuidad de los miembros del consejo, de los funcionarios públicos;

—La acusación de previsión de complots contra la seguridad general de la República;

—Todos los cambios en la distribución parcial del territorio francés;

—Las recompensas nacionales.

De la formación de la ley

Art. 56. — Los proyectos de ley son precedidos de un informe.

Art. 57. — La discusión no puede abrirse, ni la ley pueda ser provisoriamente decretada antes de los 15 días después de presentado el informe.

Art. 58. — El proyecto es impreso y enviado a todas las comunidades de la República, con el título de ley propuesta.

Art. 59. — Cuarenta días después del envío de la ley propuesta, si en la mitad más uno de los departamentos, la décima parte de las Asam-

bleas primarias de ellos, regularmente formadas, no lo han reclamado, el proyecto queda aceptado y se convierte en ley.

Art. 60. — Si hay un reclamo, el Cuerpo Legislativo convoca a las Asambleas primarias.

Del encabezamiento de las leyes y decretos

Art. 61. — Las leyes, los decretos, los juramentos y todas las actas públicas son encabezadas así:

“En nombre del pueblo francés, el año . . . de la República Francesa”.

Del Consejo Ejecutivo

Art. 62. — Hay un Consejo Ejecutivo compuesto por 24 miembros.

Art. 63. — La Asamblea electoral de cada departamento nombra un candidato.

El Cuerpo Legislativo elige, de la lista general, los miembros del Consejo.

Art. 64. — Es renovado por mitades en cada legislatura, en los últimos meses de su sesión.

Art. 65. — El Consejo está encargado de la dirección y supervisión de la administración general; no puede proceder sino en ejecución de las leyes y decretos del Cuerpo Legislativo.

Art. 66. — Nombra, fuera de su seno, los agentes en jefe de la administración general de la República.

Art. 67. — El Cuerpo Legislativo determina el número y la función de estos agentes.

Art. 68. — Estos funcionarios no forman un consejo, están separados, sin relaciones inmediatos entre ellos; no ejercen ninguna autoridad personal.

Art. 69. — El Consejo nombra, fuera de su seno, a los agentes exteriores de la República.

Art. 70. — El Consejo negocia los tratados.

Art. 71. — Los miembros del Consejo, en caso de prevaricato, son acusados por el Cuerpo Legislativo.

Art. 72. — El Consejo es responsable de la no ejecución de las leyes y decretos, y de los abusos que no denuncie.

Art. 73. — Revoca y reemplaza a los funcionarios de su designación.

Art. 74. — Está obligado a denunciarlos, si hay lugar, ante las autoridades judiciales.

De las relaciones del Consejo Ejecutivo con el Cuerpo Legislativo

Art. 75. — El Consejo Ejecutivo existe junto al Cuerpo Legislativo; tiene acceso y un sitio separado en el lugar de sus sesiones.

Art. 76. — Es oído todas las veces que haya que rendir cuenta.

Art. 77. — El Cuerpo Legislativo lo llama a su seno, en todo o en parte según lo juzgue conveniente.

De los cuerpos administrativos y municipales

Art. 78. — Hay dentro de cada municipio de la República una administración municipal; dentro de cada distrito, una administración intermedia; en cada departamento, una administración central.

Art. 79. — Los oficiales municipales son elegidos por las asambleas municipales.

Art. 80. — Los administradores son nombrados por las Asambleas electorales del departamento y de distrito.

Art. 81. — Las municipalidades y las administraciones son renovadas todos los años por mitades.

Art. 82. — Los administradores y oficiales municipales no tienen ningún carácter de representación. No pueden, en ningún caso, modificar las actas del Cuerpo Legislativo, ni suspender su ejecución.

Art. 83. — El Cuerpo Legislativo determina las funciones de los oficiales municipales y de los administradores, las reglas de su subordinación y las penas a que pueden arriesgarse.

Art. 84. — Las sesiones de la municipalidad y de las administraciones son públicas.

De la justicia civil

Art. 85. — El código de leyes civiles y criminales es uniforme para toda la República.

Art. 86. — No puede existir ningún atentado al derecho que tienen los ciudadanos de hacer pronunciar sobre sus diferencias, a árbitros de su elección.

Art. 87. — La decisión de estos árbitros es definitiva, si los ciudadanos no se reservan el derecho de reclamar.

Art. 88. — Hay jueces de paz electos por los ciudadanos de los distritos determinados por la ley.

Art. 89. — Concilian y juzgan sin gastos.

Art. 90. — Su cantidad y su competencia son reglamentadas por el Cuerpo Legislativo.

Art. 91. — Hay árbitros públicos electos por las Asambleas electorales.

Art. 92. — Su cantidad y sus distritos son fijados por el Cuerpo Legislativo.

Art. 93. — Conocen de las controversias que no han sido concluidas definitivamente por los árbitros privados o por los jueces de paz.

Art. 94. — Deliberan en público. Opinan en voz alta. Resuelven en última instancia, sobre los alegatos verbales o sobre la simple memoria, sin actuaciones y sin gastos. Justifican sus decisiones.

Art. 95. — Los jueces de paz y los árbitros públicos son elegidos todos los años.

De la justicia criminal

Art. 96. — En materia criminal, ningún ciudadano puede ser juzgado sino según una acusación recibida por los jurados o decretada por el Cuerpo Legislativo. Los acusados tienen abogados elegidos por ellos o nombrados de oficio. El sumario es público. El hecho y la intención son declarados por un jurado de sentencia. La pena es aplicada por un tribunal criminal.

Art. 97. — Los jueces criminales son elegidos todos los años por las Asambleas Electorales.

Del Tribunal de casación

Art. 98. — Hay para toda la República un Tribunal de casación.

Art. 99. — Este Tribunal no conoce sobre el fondo de las cuestiones. Se pronuncia sobre la violación de las formas y sobre las contravenciones expresas a la ley.

Art. 100. — Los miembros de este Tribunal son nombrados todos los años por las Asambleas electorales.

De las contribuciones públicas

Art. 101. — Ningún ciudadano está eximido de la honorable obligación de contribuir a las cargas públicas.

De la Tesorería Nacional

Art. 102. — La Tesorería Nacional es el punto central de la recaudación y de los gastos de la República.

Art. 103. — Está administrada por los agentes contables, nombrados por el Consejo Ejecutivo.

Art. 104. — Estos agentes son supervisados por los comisarios nombrados por el Cuerpo Legislativo, tomados de fuera de su seno, y responsables de los abusos que ellos no denuncien.

De la Contabilidad

Art. 105. — Las cuentas de los agentes de la Tesorería Nacional y de los administradores de las rentas del Estado, son rendidas anualmente a los comisarios responsables, nombrados por el Consejo Ejecutivo.

Art. 106. — Estos verificadores son supervisados por los comisarios nombrados por el Cuerpo Legislativo, tomados de fuera de su seno, y responsables de los abusos y errores que no denuncien. El Cuerpo Legislativo liquida las cuentas.

De las Fuerzas de la República

Art. 107. — La Fuerza general de la República está compuesta del pueblo entero.

Art. 108. — La República mantiene a su costa, inclusive en tiempos de paz, una fuerza armada de tierra y otra de mar.

Art. 109. — Todos los franceses son soldados; todos son ejercitados en el manejo de las armas.

Art. 110. — No existe un Generalísimo.

Art. 111. — La diferencia de grados, sus marcas distintivas y la subordinación no subsisten sino relativamente en el servicio y durante su duración.

Art. 112. — La fuerza pública empleada para mantener el orden en el interior no procede sino por el requerimiento por escrito de las autoridades constituidas.

Art. 113. — La fuerza pública empleada contra los enemigos de afuera procede bajo las órdenes del Consejo Ejecutivo.

Art. 114. — Ningún cuerpo armado puede deliberar.

De las Convenciones Nacionales

Art. 115. — Si en la mitad más uno de los departamentos, la dé.

cima parte de las Asambleas Primarias de cada uno de ellos, regularmente formadas, demanda la revisión del Acta Constitucional, o el cambio de alguno de estos artículos, el Cuerpo Legislativo está obligado a convocar a todas las Asambleas Primarias de la República, para saber si hay lugar a una Convención Nacional.

Art. 116. — La Convención Nacional está formada de la misma manera que las legislaturas, y reúne los poderes.

Art. 117. — No se ocupa, en relación a la Constitución, sino de los objetos que motivaron su convocatoria.

De la relación de la República Francesa con las naciones extranjeras

Art. 118. — El Pueblo Francés es amigo y aliado de los pueblos libres.

Art. 119. — No se inmiscuye en el gobierno de las otras naciones; no permite que las otras naciones se inmiscuyan en el suyo.

Art. 120. — Da asilo a los extranjeros desterrados de su patria por causa de la libertad. Se lo niega a los tiranos.

Art. 121. — No hace la paz con un enemigo que ocupa su territorio.

De la Garantía de los Derechos

Art. 122. — La Constitución garantiza a todos los Franceses la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad, la deuda pública, el libre ejercicio de los cultos, una instrucción común, socorros públicos, la libertad indefinida de la prensa, el derecho de petición, el derecho de reunirse en sociedades populares, el goce de todos los Derechos del hombre.

Art. 123. — La República Francesa honra la lealtad, el coraje, la ancianidad, el amor filial, la desgracia. Entrega el depósito de su Constitución bajo la protección de todas las virtudes.

Art. 124. — La declaración de los Derechos y el acta constitucional serán grabadas sobre las mesas en el seno del Cuerpo Legislativo y en los lugares públicos.

NOVEDADES

ABELED0 - PERROT

1987

- AZPILCUETA, H. T.: *Derecho Informático*, 1 tomo, 96 pág. 1987.
- BORDA, G. A.: *Tratado de Derecho Civil*. Sucesiones, con las modificaciones introducidas por las leyes n° 23.264 y n° 23.315, 2 tomos rústica-encuadernado, 1216 págs.
- CARRIO, G. R.: *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, 1 tomo, 80 págs.
- CARRIO, G.: *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*. Segunda edición aumentada, 1 tomo, 320 págs.
- Código Civil de la República Argentina, y Legislación Complementaria. Vigésima sexta edición actualizada con las leyes n° 23.264. Filiación y n° 23.515. Matrimonio Civil (divorcio vincular).
- DIÁZ, C. A.: *El cuerpo del Delito*. Edición homenaje. Prólogo del doctor Carlos Eduardo Fenochietto, 1 tomo, 234 págs.
- DI BAJA, A. C., *Las remuneraciones de los Directores de Sociedades Anónimas*, 1 tomo, 96 págs.
- DI FILIPPO, M. I.: *Tiempo Compartido*, Un condominio especial, 1 tomo, 208 págs.
- FALCIONI, M. B.: *Imputabilidad*, 1 tomo, 56 págs.
- KENT, J., *Sustitutos de la Prisión*. Penas sin libertad y penas en libertad. Prólogo de Tristán García Torres, 1 tomo, 144 págs.
- LENA PAZ, J., *Código Aeronáutico de la Nación Argentina*. Ley n° 17.285. Concordado-Anotado-Comentado. Tercera edición actualizada y ampliada, 1 tomo, 288 págs.
- MARTIRE, E.: *Historia del Derecho Minero Argentino*, 2da. edición, 1 tomo, 124 págs.
- MOLLE, G.: *Manual de Derecho Bancario*. Traducción de la segunda edición italiana por el doctor Mario A. Bonfanti. Actualizada con las normas bancarias uniformes, legislación y jurisprudencia vigentes, 1 tomo, 296 págs.
- PIERRE, J. C.: *Locaciones Urbanas*. Régimen Jurídico y Promoción. Ley n° 23.091. Prólogo del doctor Alberto G. Spota. Segunda edición actualizada, 1 tomo, 420 págs.
- Revista Jurídica de Buenos Aires, Año 1987 —I—. Publicación Oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- TAU ANZOATEGUI, V.: *Las Ideas Jurídicas en la Argentina*, 2da. edición actualizada, 1 tomo, 164 págs.

MIGUEL S. MARIENHOFF

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo I
TEORIA GENERAL

Tomo II
SERVICIO PUBLICOS.
ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Tomo III - A
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
TEORIA GENERAL

Tomo III - B
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

Tomo IV
LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA
EN INTERES PUBLICO.
POLICIA. PODER DE POLICIA.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Tomo V
DOMINIO PUBLICO



ABELEDOPERROT

LINO ENRIQUE PALACIO

DERECHO PROCESAL CIVIL

Tomo 1º

NOCIONES GENERALES

Tomo 2º

SUJETOS DEL PROCESO

Tomo 3º

SUJETOS DEL PROCESO

Tomo 4º

ACTOS PROCESALES

Tomo 5º

ACTOS PROCESALES

Tomo 6º

**PROCESOS DE CONOCIMIENTO
(PLENARIOS)**

Tomo 7º

**PROCESOS DE CONOCIMIENTO
(SUMARIOS) Y DE EJECUCIÓN**

Tomo 8º

**PROCESOS CAUTELARES
Y VOLUNTARIOS**

Tomo 9º

**PROCESOS ARBITRALES
Y UNIVERSALES
INDICE ANALITICO
DE TODA LA OBRA**

Tomos 1º a 9º

ABELED0-PERROT

“ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA”

C O D I G O S

ABELED0 - PERROT

BAJO LA SUPERVISION DE DESTACADOS ESPECIALISTAS

- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA
- CODIGO DE COMERCIO DE LA REPUBLICA ARGENTINA
- CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA.
- CODIGO ADUANERO DE LA REPUBLICA ARGENTINA.
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL.
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL Y LEYES PROCESALES EN LO LABORAL Y EN LO RURAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

SIEMPRE ACTUALIZADOS

ENRIQUE M. FALCON

CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Anotado - Concordado - Comentado

Tomo I

Artículo 1 a 124

Tomo II

Artículos 125 a 345

Tomo III

Artículos 346 a 605

Tomo IV

Artículos 606 a 784
812 a 822 Ley 17.454

En Apéndice Adopción

ABELED0-PERROT

LAVALLE 1280

☎ 35-2848

LAVALLE 1328

☎ 40-6126

AZCUENAGA 1846

☎ 803-5591

Locales en Facultades de Derecho U.B.A. y U.C.A.

INDICE DE LA REVISTA JURIDICA 1987 - III

DOCTRINA

Graciela Reiriz: *Ecología y derecho urbanístico.*

Jorge Alcides Uriarte: *Alcance y significado de las reformas en el derecho de familia.*

Norbert Pelzer: *Indemnización de daños nucleares transnacionales, que trascienden las fronteras.*

Hiroko Yamane: *Aplicabilidad de las normas internacionales de los derechos del hombre a las sociedades multinacionales.*

BIBLIOGRAFIA

Mantenimiento de la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, por Rodolfo Caffaro Kramer.

Rajsky, Jerzy: *Le développement du droit des investissements étrangers dans certains pays socialistes,* por Inés Weinberg.

Revista de Revistas:

Terre, François: *Breves notes sur les problèmes de la traduction juridique,* por Lilia Gómez de Bacqué.