

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1988

DOCTRINA

KLAUS TIEDEMANN: *Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos*

JUAN CARLOS CASSAGNE: *En torno a la noción de servicio público*

WILSON ACCIOLI: *El control de legalidad de la administración por el Poder Ejecutivo*

BIBLIOGRAFIA

II

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

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

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1988

II



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.
Lavalle 1280 - 1328 — 1048 - Buenos Aires — Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

REVISTA
JURIDICA
DE BUENOS
AIRES

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en
los trabajos, está a cargo exclusivamente de los autores.

I.S.S.N.: N° 0326-7431

Impreso en la República Argentina

Gráfica Pafernor S.R.L., Nicaragua 4462, Buenos Aires

BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sáenz.
Secretario Académico: Profesor César A. Siculer.
Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Suaya.
Subsecretaría Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.
Subsecretario Técnico: Profesor Ricardo Damonte.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

Consejeros Titulares: Dr. Alberto Antonio Spota, Dr. Eugenio Bulygin, Dr. Carlos Horacio Vidal Taquini, Dr. Sergio Alfonso Le Pera, Víctor Zamenfeld, Eduardo Angel Russo, Miguel Angel Ekmekdjian, Alejandro Jorge Padilla.

Consejeros Suplentes: Jorge Omar Maffia, Dr. Jaime Eduardo Malamud Goti, Dr. Carlos E. Alchourrón, Norberto Eduardo Spolansky, Dr. Manuel Antonio Laquis, Alejandro M. E. Ghigliani, Hebe Mabel Leonardi de Herbón.

Graduados:

Consejeros Titulares: Ernesto O'Farrel, Alejandro Quiroga López, Guillermo Lousteau Heguy, Carlos Alberto Oscar Cruz.

Consejeros Suplentes: Alejandro F. Núñez Pennazio, Marcelo Taboada, Luis M. González Lanuza, Angela del Carmen Castello.

Alumnos:

Consejeros Titulares: Javier Martín Petrantonio, Héctor María Huici, Fernando Luis Ratti, Flavio González.

Consejeros Suplentes: Virginia Vargas, María Victoria Lambrecht, Mariana Allerand, Claudio Javier Lutzky.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director: Profesor (E) Dr. Ignacio Winizky.
Subdirector: Profesor (C) Dr. Carlos J. Colombo.
Secretario General: Profesor Enrique M. Falcón.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Doctor Carlos Eduardo Colautti.
Subdirector: Profesora Ana María M. de Aguinis.
Secretario de Redacción: Profesor Pedro Aberastury (h.).
Consejo de Redacción: Profesores Daniel Lago, Roberto M. López Cabana, Rafael Mariano Manóvil, Mónica Pinto, Adolfo Tamíni y Doctora Inés Weinberg.

**COLABORADORES ARGENTINOS
RESIDENTES EN EL EXTERIOR**

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

INDICE

DOCTRINA

KLAUS TIEDEMANN: <i>Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos</i>	11
JUAN CARLOS CASSAGNE: <i>En torno a la noción de servicio público</i>	45
WILSON ACCIOLI: <i>El control de legalidad de la administración por el Poder Legislativo</i>	59

BIBLIOGRAFIA

BORDA, Alejandro: <i>La teoría de los actos propios</i> , por Claudio GABOT	82
MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana: <i>Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación</i> , por Alfredo L. DURANTE	84

DOCTRINA

El presente artículo se refiere a la doctrina económica y a la
teoría de la producción y precios en un sistema de precios
flexibles. En el primer capítulo se discute el problema de la
distribución de la renta y el problema de la asignación de
los recursos. En el segundo capítulo se discute el problema de
la producción y el problema de la asignación de los recursos.
En el tercer capítulo se discute el problema de la asignación
de los recursos y el problema de la producción. En el cuarto
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción. En el quinto
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción. En el sexto
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción. En el séptimo
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción. En el octavo
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción. En el noveno
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción. En el décimo
capítulo se discute el problema de la asignación de los
recursos y el problema de la producción.

1. Véase el artículo de Chambliss y Leighton, *Journal of
Political Economy*, 1931, p. 100.

PUNIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DE SUS ORGANOS

por KLAUS TIEDEMANN *

El creciente poderío de las empresas económicas y el aumento de las medianas y pequeñas sociedades comerciales, que toman el lugar de la clásica actividad de las personas individuales —debido también a motivos impositivos y a razones de responsabilidad jurídica condicionada por el derecho civil— ha llevado a que en los últimos treinta años se haya replanteado en el conjunto del mundo occidental, la tradicional liberación de responsabilidad en el Derecho Penal de las empresas y de otros entes colectivos (*Personenvereine*). El principio *societas delinquere non potest* —desde todo punto de vista cuestionable en su corrección histórica y en su validez general— había dominado durante siglos y hasta hace poco la historia del Derecho Penal de Europa Continental. La más reciente solución en contrario del conjunto de los países angloamericanos, aparecía, desde hacía tiempo, como la expresión de un puro y amplio pragmatismo. La introducción de la punibilidad de las personas jurídicas en *Holanda y Yugoslavia*, la proposición análoga en el Anteproyecto francés para un nuevo Código Penal, la más reciente admisión (desde 1986) en Suecia de sanciones administrativas contra las empresas y principalmente la solución transaccional introducida por la Ley Contravencional alemana de 1968 —es decir la admisión no de *multas penales*, sino de multas administrativas contra las personas jurídicas y las asociaciones de personas— indi-

* Director del Instituto de Criminología y Derecho Económico de Albert Ludwig Universität, Friburgo, R. F. A.

can una amplia corriente reformista, sobre la cual se insiste tenazmente, aún antes de su finalización, en los trabajos en curso del Parlamento Europeo sobre una recomendación para que se admitan sanciones en contra de las empresas y las personas jurídicas. Esta recomendación, en cuya elaboración está empeñada desde 1983 una Comisión Especial del Parlamento Europeo, dejaría abierta, en verdad más de una posibilidad, desde las penas criminales propiamente dichas hasta las multas administrativas. En tal sentido significaría una fórmula de compromiso. Especialmente la ampliación y reiteración que el Derecho Contravenicional Alemán (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) ha encontrado en Italia, Portugal y Suecia, con las multas administrativas contra las empresas, justifica que se emprenda la consideración fundamental de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y otras asociaciones personales especiales, responsabilidad que, a partir de 1986, ha sido considerablemente extendida en la República Federal alemana. Una justificación complementaria deriva de la posibilidad de que en el ámbito de las comunidades europeas entre en vigor una solución análoga al modelo alemán.

I. EVOLUCION HISTORICA DE LAS PENAS CONTRA LOS ENTES COLECTIVOS EN ALEMANIA

1. De modo similar al derecho japonés, los precedentes de penas societarias en la forma de penas contravencionales (*Ordnungsstrafen*) y de penas criminales propiamente dichas (*kriminals trafen*) contra empresas y personas jurídicas, aparecen también por primera vez en Alemania en el *Derecho Penal Tributario*. El párrafo 393 de la Ordenanza Tributaria del Reich —RAO— (*Reichsabgabeordnung*) preveía en este ámbito la posibilidad de aplicar directamente una pena a los entes colectivos cuando en la administración de una persona jurídica o de una asociación especial de personas, se hubiera cometido un delito impositivo. En ese caso no era necesario invocar la culpabilidad de una persona natural.

A diferencia del instituto de la *responsabilidad subsidiaria* respecto de las multas impuestas contra sus órganos —instituto que ya era conocido en el Derecho Tributario alemán antes de

la entrada en vigor de la RAO de 1919 y que también regía para los entes colectivos— el párrafo 393 de la RAO amenazaba directamente a las personas jurídicas con *penas criminales propiamente dichas*. El campo de aplicación de este precepto estuvo limitado desde el comienzo, dado que no entraban en consideración dentro de su marco los tipos penales que exigían la comprobación de la culpabilidad. Para la aplicación del párrafo 393 RAO quedaban pues solamente las contravenciones impositivas (*Steuerordnungs widrigkeiten*), que según el antiguo texto del párrafo 413 de la RAO no exigían como presupuesto la demostración de la culpabilidad y también los tipos del Derecho Penal Tributario que contenían presunciones de culpabilidad, los cuales ante la realización de un determinado tipo objetivo, consideraban que se había cometido un delito impositivo si no era posible demostrar que el autor había obrado sin dolo.

Al introducir esta regla de Derecho Penal Tributario se había partido de la existencia de una necesidad práctica imperiosa. No obstante, al precepto del párrafo 393 RAO de hecho le cupo mínima importancia práctica. Dado que el Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) había decidido que las personas jurídicas y sus representantes no podían ser penados conjuntamente, sino que la acción penal se extinguía con la persecución de la persona natural¹, la pretensión punitiva era dirigida la mayoría de las veces contra ésta. A ello se añadió la aversión del Ministerio Fiscal hacia la inusual figura de las penas societarias, de modo que por estas razones la persecución penal también se concentró en las personas naturales².

Ya antes de la segunda guerra mundial, como resultado de la modificación de la mayoría de las leyes sobre impuestos al consumo y sobre aduanas, fueron derogadas la mayor parte de los tipos penales del Derecho Tributario alemán que contenían presunciones de culpabilidad. Con ello se limitó nuevamente el ya reducido campo de aplicación del artículo 393 RAO. Sólo en

¹ RGSt 61, 92 y ss.; en ese sentido Cattien, *Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 1929, § 357 Anm. III.

² Confr. R. Schmitt, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 54.

los casos del comiso de objetos "como pena", previsto en el artículo 414 RAO, jugaba un papel digno de mención el artículo 393 RAO. Pero dado que la aplicación de estas disposiciones a los entes colectivos era reconocida como independiente de aquél, el recurso al artículo 393 no era finalmente necesario. Cuando en 1939, con la supresión del artículo 396, Abs. 5 RAO, se eliminó la posibilidad de dictar una condena por fraude impositivo sobre la sola base de una presunción de culpabilidad, el artículo 393 RAO perdió absolutamente toda significación práctica. En el ámbito del Derecho Tributario quedaron como medidas contra los entes colectivos solamente el artículo 414 RAO que admitía el comiso como responsabilidad real de la persona jurídica por las infracciones de los órganos y la responsabilidad subsidiaria a tenor de los párrafos 416 y 417 RAO. No obstante, no se trataba en ninguno de los dos casos de penas criminales propiamente dichas dirigidas hacia los entes colectivos, sino de medidas de "defensa social", sin valoración ética, desvinculadas de cualquier grado de culpabilidad y dirigidas en primer lugar, a la satisfacción del interés fiscal en la efectivización de las multas ordenadas contra los órganos³.

El *Derecho Penal Cambiario* alemán previó, tanto en el artículo 39 Abs. 1 de la Ordenanza sobre el Control de Divisas de 1932 (*Verordnung über die Devisenbewirtschaftung*) como en el artículo 74 de la Ley sobre el Control de Divisas de 1938, una pena contravencional contra el propietario de una empresa que se podía imponer en caso de que en ella se cometiera un hecho penal cambiario y el propietario no pudiera excusarse mediante la prueba de haber obrado con cuidado suficiente. Puesto que a menudo el propietario era una persona jurídica, se planteó la cuestión de saber si esta pena contravencional podía también ser impuesta a los entes colectivos. Mientras la doctrina negaba esta posibilidad señalando la incompatibilidad de las penas aplicadas a los entes colectivos con los conceptos ético-sociales de culpabilidad y pena desarrollados en el Derecho Penal Alemán, el

³ Sintéticamente Jescheck, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände*, ZStW 65 (1953), p. 210 y ss., esp. 215.

Tribunal Económico del Reich (*Reichswirtschaftsgericht*), competente a la sazón en estos casos, imponía regularmente, aún contra personas jurídicas, estas penas contravencionales⁴. Sin embargo la pena no era considerada una pena criminal en sentido propio, sino una pena contravencional administrativa.

En el campo del *Derecho Penal sobre Monopolios* el importantísimo artículo 17 de la Ordenanza de 1923 (*Kartellverordnung*) preveía también la posibilidad de penas contravencionales y más aún, para infracciones concientes contra determinados preceptos, una multa de monto indeterminado. Aunque la punibilidad de los entes colectivos no estaba prevista en la Ordenanza y el artículo 17 del KartVO exigía una infracción legal "conciente", el Tribunal para los Monopolios (*Kartellgericht*) en ese entonces competente, impuso penas contravencionales a entes colectivos sin consideración a su forma jurídica. Pero tampoco estas eran consideradas penas criminales, sino que eran entendidas como penas contravencionales administrativas⁵. Los fundamentos de las sentencias dejan entrever que los entes colectivos debían responsabilizarse por la conducta infractora de los órganos elegidos conforme a los estatutos. Por consiguiente, no aparecía en primer plano el concepto de pena directa contra el ente colectivo, sino el concepto de responsabilidad vicaria (*stellvertretende Haftung*) por el hecho culpable del órgano, como hecho ajeno. Bajo esta fundamentación el artículo 17 del KartVO se aplicó en apreciable medida contra los entes colectivos⁶.

Si se mira *sintéticamente* en el derecho penal alemán anterior a la segunda guerra mundial, a partir de lo dispuesto por el párrafo 393 RAO, de escasa importancia práctica, se destacan

⁴ R. Schmitt, *ob. cit.*, p. 59 con más referencias.

⁵ E. Müller, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1985, p. 30 y s. con más referencias.

⁶ Tiedemann, en: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1981, nota marginal 48 al § 38. En contra se pronuncia Jescheck, *ob. cit.*, p. 215 y siguiéndolo a aquél R. Schmitt, *ob. cit.*, p. 70, al partir de que sólo se impuso una pena contravencional a tenor del § 17 KartVO en un único caso, si bien por cierto contra un ente colectivo; la Norddeutsche Zementverband GmbH.

en lo referente a la responsabilidad penal de los entes colectivos, las formas de responsabilización vicaria por el hecho ajeno (penas contravencionales) y la responsabilidad subsidiaria por las multas impuestas contra los órganos de las personas jurídicas. En tanto estas formas de responsabilidad se relacionaban con auténticas penas, se trataba materialmente de la configuración jurídica de un deber más severo de administración, típico del Derecho Penal contravencional de aquel entonces. Este deber debía llevar a la puesta a prueba de la organización del ente colectivo y al mejoramiento de los controles sobre sus órganos, por tanto, la sanción no era vista como una verdadera pena criminal⁷.

2. El *Derecho de la Ocupación (Besatzungsrecht)* vigente en Alemania durante la posguerra superó claramente este marco. Impregnado del pensamiento jurídico anglo-americano, preveía *penas criminales directas contra los entes colectivos* en el campo del Derecho Cambiario y de los Monopolios.

Desde este punto de vista, fueron fundamentales para el *Derecho Penal de los Monopolios*, la Ley 56 de la Gobernación Militar (*Militarregierungsgesetz* Nr 56 —MRG 56) en el ámbito de la zona de ocupación norteamericana y las ordenanzas, en lo esencial concordantes, de las zonas de ocupación francesa e inglesa. El artículo VII, inciso 12 MRG 56 preveía la imposición de una multa a toda persona (en el texto inglés: "any person") que cometiera una infracción contra el derecho antimonopólico de los aliados (*alliertes Dekartellierungsrecht*). Toda vez que el concepto de "persona" estaba claramente definido por el artículo V, inciso 9 (a) de la misma ley como "toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, incluidas las asociaciones personales, corporaciones, sociedades y organismos gubernamentales", no podía haber ninguna duda de que la disposición penal del artículo VII, inciso 12 MRG 56 también alcanzaba a los entes colectivos, aunque por cierto era opinión común que quedaban excluidos de la punición los "organismos gubernamentales". Sobre este fundamento jurídico, los tribunales alemanes, que relativamente pronto volvieron a ser competentes para el juzgamiento

⁷ Jescheck, *ob. cit.*, p. 217.

to de los delitos de Monopolio, impusieron penas también contra los entes colectivos. No obstante, los jueces eran en general extremadamente reservados en la aplicación de los correspondientes preceptos⁸.

Más oscura y discutida fue la situación en el *Derecho Penal Cambiario*. En esa época eran aplicables la Ley 53 de la Gobernación Militar (*Militärregierungssetz* Nr. 53 —MRG 53) en las zonas de ocupación norteamericana e inglesa y la casi idéntica Ordenanza n° 235 en la zona de ocupación francesa. El artículo X (a) de la MRG 53 contenía, para el ámbito general del Derecho Cambiario, una equiparación entre las personas jurídicas y las asociaciones de personas con las personas naturales. También se remitía a la disposición penal del artículo VIII, inciso 1, MRG 53, que preveía la pena de multa para los delitos contra las normas cambiarias. A ello se añadía el artículo 5, inciso 7 de la ley n° 14 de la Alta Comisión de los Aliados (*Gesetz* n° 14 *del Allierten Hohen Kommission* —AHGK 14), que ponía en un pie de igualdad a las personas jurídicas y las personas naturales en relación con todas las acciones punibles según el Derecho de la Ocupación. Teniendo en cuenta que el conjunto normativo provenía de la esfera anglosajona, no podía dudarse sobre la voluntad del legislador de la Ocupación de que las personas jurídicas fueran también directamente penadas por infracciones al Derecho Cambiario. No obstante continuó siendo en extremo discutida la cuestión referente a si los tribunales alemanes, cuya competencia surgía del artículo 7 de la ley AHK 33, también podían condenar a las personas jurídicas. Mientras una parte de la literatura estaba dispuesta a seguir el mandato positivo de la ley⁹, la opinión predominante se opuso a tal tipo de punibilidad¹⁰. Al respecto era decisiva la concepción según la cual la punición de los entes colectivos era incompatible con las exigencias básicas del Derecho Penal alemán, en especial con el

⁸ Sintéticamente R. Schmitt, *ob. cit.*, p. 73.

⁹ Más referencias en R. Schmitt, *ob. cit.*, p. 63.

¹⁰ Jescheck, *ob. cit.*, p. 225; R. Lange, *Die Strafbarkeit von Personenverbänden*, JZ 1952, p. 261 y ss., en esp. 263; Heinitz, *Empfiehl es sich, die*

requisito de la culpabilidad personal y que el Derecho de la Ocupación no podía obligar al juez alemán a desconocer los principios fundamentales del Derecho Penal alemán. No obstante esta predominante idea negativa de la doctrina, el Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) se pronunció en dos sentencias fundadas y puso el acento en la obligatoriedad penal de los entes colectivos, aún cuando el debate en el trámite de la revisión del así llamado Proceso del Acero de Berlín fue ex profeso aplazado a la espera de los resultados del 40 *Deutsche Juristentag*, el cual como más adelante mostraremos, se pronunció en contra de la punibilidad de los entes colectivos.

En lo referente a las cuestiones dogmáticas centrales acerca de la capacidad de acción y culpabilidad de los entes colectivos, el Supremo Tribunal Federal se pronunció, con cita del art. 31 del Código Civil, en favor de la consideración de las acciones de las personas naturales emprendidas en interés de los entes colectivos, como si fueran propias de éstos. Por cierto que el Tribunal señaló que la pena criminal contra dichos entes no se ajustaba a los conceptos de culpabilidad y pena desarrollados en el Derecho Penal alemán. No obstante, la pena societaria fue considerada como un medio apropiado para despojar a los entes colectivos del provecho obtenido a causa del delito.

3. A comienzos de los años cincuenta, a raíz de la polémica suscitada por el Derecho de la Ocupación y la jurisprudencia dictada al respecto, se planteó con renovada actualidad en la ciencia penal alemana la cuestión sobre la responsabilidad de los entes colectivos. En consecuencia se encontraron en la jurisprudencia sobre el Derecho Penal Cambiario y de los Monopolios de los aliados, numerosos argumentos que anteriormente habían introducido en la materia los partidarios de las penas contra los entes colectivos. Así varios Tribunales Superiores Esta-

Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? en: Verhandlungen 40. DJT, T. 1, Tübingen 1953, p. 65 y ss., esp. 76.

¹¹ BGHSt 5, 28 y ss.; BGH DDevR (Deutsches Devisenrecht, Zeitschrift) 1954, 10.

duales (*Oberlandesgerichte*) se pronunciaron especialmente en favor de la *imputación* a los entes colectivos de las acciones y omisiones de las personas naturales que actúan por ellos. También se justificó la punición de las personas jurídicas con el argumento de que las acciones punibles —con excepción de los actos de exceso— habrían sido cometidas por los componentes del ente colectivo en el interés de éste y que se caería en una contradicción con el principio de igualdad al colocar a la persona jurídica en mejor situación que a las personas naturales. Contra la objeción de que con ello también se penaba a los miembros inocentes del ente, se opuso que estas personas también se beneficiaban con las utilidades económicas de la infracción.

No obstante, una parte absolutamente predominante de la doctrina se mantuvo en contra de la aplicación directa de penas a los entes colectivos¹². Fue decisivo el argumento de que el ente carecía de cualidades personales para que se le atribuyera responsabilidad penal. Mientras que la *capacidad de acción* era unas veces afirmada y otras negada, los opositores a la aplicación de penas a dichos entes coincidían en la negación de su *capacidad para ser culpables*. Incluso autores que, de *lege ferenda* adherían a la punición, llamaron la atención en el sentido de que una pena contra una persona jurídica era impensable en tanto fuera exigida una verdadera culpabilidad “personal” del autor. También se expresaron objeciones referentes a que estas penas no sólo podrían afectar a los miembros inocentes, sino que posiblemente multiplicarían también a los culpables, puesto que con la introducción legal de las penas contra los entes colectivos, el órgano culpable no podía quedar impune. Una gran parte de la doctrina vio en la condena penal por una misma acción, tanto del ente colectivo como de su órgano, una infracción al principio *non bis in idem* y por lo tanto al artículo 103, inciso 3 de la Ley Fundamental.

La discusión nuevamente encendida, llevó a que en 1953 el *Deutsche Juristentag* (DJT) se ocupara también de la cuestión

¹² En ese sentido confr. una sinopsis de las posiciones doctrinarias en Wilifferodt, *Der Berliner Stahlprozeß*, DDevR 1954, 21.

de la punibilidad de las personas jurídicas. En las ponencias de Heintz¹³ y de Engisch¹⁴, como en las demás colaboraciones en la discusión, sacaron ventajas los argumentos contrarios a las penas contra los entes colectivos, de modo que el DJT se pronunció *en contra* de la punibilidad de las personas jurídicas¹⁵. Por cierto que en las distintas ponencias salió claramente a la luz la *necesidad político criminal* de establecer también un procedimiento directo contra las personas jurídicas. De allí que la negativa a aplicar penas a los entes colectivos estuviera unida profundamente a la propuesta de satisfacer esta necesidad jurídica mediante el empleo, libre de reparos en el campo dogmático, de medidas de seguridad. Esto fue lo propuesto por Hartung¹⁶: "prever un sistema de medidas de seguridad adecuadas para los entes colectivos" más allá de los preceptos existentes, cuya aplicación debería ponerse en manos del juez penal y debía estar unida procesalmente a la condena de los órganos culpables. La aplicación de medidas asegurativas en la lucha contra la criminalidad de los grupos encontró una aceptación relativamente amplia en la doctrina. Asimismo en la *Gran Comisión de Derecho Penal* que en otoño de 1954 se ocupó de esta problemática, predominó la tendencia de solucionar la criminalidad de los grupos sólo en la dirección de las medidas de seguridad.

4. Finalmente —de modo parecido con lo que ocurrió en otros países— la nueva formulación del Derecho Penal Económico fue de importancia decisiva en la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, desde fines de los años cuarenta, la reforma había dado señales de una restricción al amplio poder punitivo de la administración y había

¹³ Heintz, *ob. cit.*, p. 65 y ss.

¹⁴ Engisch, *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?* en: Verhandlungen 40. DJT T. II, Tübingen 1954, p. 7 ss.

¹⁵ En: Verhandlungen 40. DJT, T. II, Tübingen 1954, p. 88.

¹⁶ Hartung, *Empfiehl es sich die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?*, en: Verhandlungen 40. DJT, T. II, Tübingen 1954, p. 43 y ss.

llevado a una diferenciación entre derecho criminal y derecho contravencional. Eberhard Schmidt, precursor y coautor de la Ley Penal Económica de 1949 (*Wirtschaftsgesetz — WiStG*) se ocupó —en especial como consecuencia de la teoría desarrollada por James Goldschmidt y Eric Wolf— de la distinción entre delitos propios de la justicia (*Justizdelikte*) o delitos criminales (*Kriminaldelikte*) y las simples contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*). Mientras que el disvalor del delito criminal reposaba en el daño mensurable y tangible ocasionado a un bien jurídico, la contravención debía limitarse a infracciones cuya valoración social no excedía del ámbito de los intereses administrativos. Por cierto, que las contravenciones (delitos administrativos) y los delitos propios de la justicia coincidían, según Schmidt, desde el punto de vista de la antijuridicidad y culpabilidad típicas. No obstante, en la contravención faltaban materialmente tanto la afectación al bien jurídico, característica del injusto criminal, como la culpabilidad criminal fundada éticamente. La contravención sería una “desobediencia administrativa” éticamente no reprochable. De esta teoría del Derecho Penal Administrativo surgió la famosa fórmula de Schmidt que dio lugar a la distinción adoptada por el legislador en el artículo 6 WiStG 1949 (posteriormente artículo 3 WiStG 1954) entre Derecho Criminal y Derecho Contravencional. Tanto en la WiStG como en la Ley sobre las Contravenciones de 1952 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten — OWiG*), el legislador partió de la distinción cualitativa entre delitos penales y contravenciones y sus correspondientes consecuencias jurídicas. Esta diferencia sustancial fue señalada mediante los términos “delito penal” y “contravención”, “pena” y “multa administrativa”. Por contraposición a la pena como consecuencia jurídica de un delito penal, la multa administrativa debía representar la respuesta a una “simple” contravención. Lo que es verdaderamente otra cosa.

Sobre la base de esta distinción, la Ley para la Simplificación del Derecho Penal Económico de 1949 (*Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsrechts — WiStG*) previó por vez primera en su artículo 23 una multa administrativa contra los entes colectivos, la que apareció luego con mínimas modificaciones en

el artículo 5 WiStG 1954, para el caso de que se cometiera una infracción contra el ordenamiento a causa de una violación al deber de vigilancia del propietario, director o de una persona con capacidad legal de representación. En razón del distinto carácter de la multa administrativa y de la multa pena, no se observaron obstáculos dogmáticos respecto de las primeras como sanciones a un ente colectivo. Frente a la comisión de una contravención —entendida como éticamente indiferente— el ente era considerado como representado por sus órganos. Tampoco se levantaron objeciones de que se considerara como más grave a un deber administrativo formalizando una multa administrativa. La desventaja de la WiStG 1949 residía, por cierto, en que la violación al deber de vigilancia sólo podía presumirse en el marco de una relación de supra o subordinación, de modo que la imposición de una multa administrativa al ente no podía tener lugar cuando el hecho fuera cometido por un órgano o un copropietario de la empresa. Así y todo, esta era la primera vez en que, de este modo, se había fundado la posibilidad de la imposición de una multa administrativa como sanción directa y casi general contra los entes colectivos.

A pesar de su regulación legal en la WiStG, la multa administrativa contra los entes colectivos quedó expuesta de inmediato a encendidas críticas¹⁷. Así se sostuvo el punto de vista según el cual entre los delitos penales y las contravenciones no habría una diferencia sustancial sino sólo de grado: la contravención sería una especie de los delitos menores (*Bagatellstraftat*) y en consecuencia, no sería ningún *aliud* respecto de los verdaderos delitos penales, sino un *minus* (delimitación cuantitativa). Asimismo, la culpabilidad, exigida en las contravenciones, no sería fundamentalmente distinta de la culpabilidad entendida en el sentido del derecho criminal, puesto que en cualquier caso se trataría de un reproche por la negligencia. Consecuentemente, la multa administrativa sería sólo una multa penal bajo otro nombre (*Etikettenschwindel*”).

¹⁷ Comp. Schmitt, *ob. cit.*, p. 125 y ss.

No obstante que la admisibilidad de las multas administrativas contra las corporaciones continuaba siendo discutida, el legislador arrastrado por la creciente industrialización adoptó numerosas prescripciones especiales en el *Derecho Penal Especial (Nebenstrafrecht)*. En este sentido, el destinatario de la norma era, a menudo, un ente colectivo que se veía amenazado con la imposición directa de una multa administrativa. Así el artículo 41 de la Ley contra las Restricciones a la Libre Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen —FWR*) de 1957 preveía la imposición de una multa administrativa a los entes colectivos, no sólo en el caso de una infracción al deber de vigilancia de los órganos con capacidad de representación, sino también en los casos de infracciones propias de esos órganos con capacidad de representación. Por cierto, las numerosas disposiciones que el legislador creó en el Derecho Penal Especial hicieron notar la ausencia de una concepción unitaria, dado que faltaba un precepto general sobre la multa administrativa contra estos entes. La fragmentación consiguiente condujo a un número de disposiciones singulares difícilmente abarcables, que hizo reclamar la aparición urgente de una unificación.

Con la introducción en 1968 del artículo 26 del OWiG, el legislador intentó reglar definitivamente y para todos los casos que vinieran en consideración, los presupuestos para la imposición de una multa administrativa a los entes. En primer plano estaba el argumento de que el desarrollo jurídico alcanzado hasta el momento dejaba entrever unívocamente la necesidad de sanciones, lo que debía conducir a una solución concreta. Luego de que ellas estuvieron en discusión y aún durante las deliberaciones previas a la OWiG de 1968, tanto la Comisión Especial de Derecho Penal como la Comisión para la Reforma del Derecho Penal, se pronunciaron en favor de la introducción en la Ley sobre Contravenciones de una multa administrativa contra los entes colectivos. La disposición del artículo 26 OWiG fue pensada como una fórmula de compromiso sobre este punto. Se debía lograr un equilibrio, puesto que los entes colectivos obtenían *ventajas económicas* de la actividad de las personas naturales que actuaban en su favor sin verse, no obstante, amenazados

por las desventajas impuestas a las personas naturales por las respectivas violaciones legales. Un argumento decisivo fue también, que ni con la aislada condena, ni con la introducción de medidas asegurativas, era posible alcanzar una reacción adecuada frente a la criminalidad de los grupos ni una *prevención general* suficiente. Es cierto que la difundida multa administrativa del artículo 26 OWiG mantuvo una conexión con el Derecho Penal individual, con el objeto de excluir una verdadera autoría por parte del ente colectivo y para hacerse cargo en su fundamentación legal, del reparo dogmático que en aquel entonces se levantó nueva y expresamente respecto de la punibilidad de estos entes. Las objeciones debían perder fuerza mediante el procedimiento de bajar la categoría de la sanción a la de "consecuencia accesoria" (*Nebenfolge*). En realidad, más que la concepción material de sanción apareció allí, en primer plano, la conveniencia procesal. La multa administrativa contra un ente colectivo no debía en principio ser impuesta en un procedimiento administrativo independiente, sino en el procedimiento penal o administrativo contra la persona natural que había actuado (*unsebständiges Verfahren*). De este modo se hacía cargo de la objeción —no reconocida en principio como justificada— acerca de la lesión al principio *non bis in idem*. La efectividad y el monto de la sanción contra la persona natural podían ser tenidas en cuenta y contrarrestadas a través de la imposición de una multa administrativa al ente colectivo.

II. CONFIGURACION ACTUAL DE LAS MULTAS ADMINISTRATIVAS CONTRA LOS ENTES COLECTIVOS

La Segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica (2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität — 2 WiKG), en vigencia a partir del 1º de agosto de 1986, trajo conjuntamente con otras modificaciones del Derecho Penal material y del Derecho Procesal, una nueva formulación de la regulación legal de las multas administrativas contra los entes colectivos. Por cierto, esta nueva formulación quedó en muchos puntos retrasada respecto de la reforma más amplia que originalmente se

aspiraba. No obstante, mediante la modificación del campo de aplicación de la multa administrativa se hizo efectiva la *eliminación de la calificación de la multa administrativa contra los entes colectivos como consecuencia accesorio*.

El artículo 30 OWiG en su nuevo texto expresa:

“(1) Quien como órgano con capacidad de representación de una persona jurídica o como miembro de tal órgano, como presidente del consejo de una asociación sin personalidad jurídica o como miembro de tal consejo, o como socio con capacidad de representación de una asociación comercial de personas, ha cometido un delito o una contravención por medio de los cuales

1. han sido violadas las obligaciones correspondientes a una persona jurídica o asociación de personas, o
2. la persona jurídica o la asociación de personas se ha enriquecido, puede en estos casos imponerse a éstas una multa administrativa.

(2) Esta multa administrativa asciende

1. hasta un millón de marcos en el caso de un delito doloso,
2. hasta quinientos mil marcos en el caso de un delito culposo.

En el caso de una contravención el monto máximo de la multa administrativa se determina según el máximo de la multa administrativa establecido para la contravención.

(3) Es aplicable el artículo 17, Abs. 4 y 18 en cuanto correspondan.

(4) Si por el delito o contravención no se inicia un procedimiento penal o contravencional, o éste es archivado, o en él se exime de pena, puede aplicarse la multa autónomamente. Sin embargo esta disposición no rige si el delito o la contravención no pueden ser perseguidas por razones jurídicas; el artículo 33 Abs. 1 Satz 2 permanece intacto.

(5) La imposición de una multa administrativa a la persona jurídica o asociación de personas excluye la posibilidad de disponer contra ellas, por el mismo hecho, el comiso previsto en los artículos 73 ó 73a del Código Penal o en el artículo 29 de la presente”.

Como lo evidencia el apartado 4 del nuevo texto del artículo 30 OWiG, se ha ampliado considerablemente la posibilidad de llevar adelante el denominado *procedimiento autónomo* contra los entes colectivos con independencia del procedimiento penal o administrativo contra la persona natural. Asimismo se mantiene la conexión fundamental entre el delito o la contravención de una persona natural (hecho del órgano, hecho de conexión o "Anknüpfungstat") y la multa administrativa impuesta al ente. De allí que, también bajo el nuevo derecho pueda afirmarse que en cualquier caso el hecho ha sido cometido por una persona natural del círculo de los órganos o de los representantes legales. La ampliación de los hechos de conexión a todas las personas naturales en el "ámbito de dirección" del ente colectivo, prevista en el proyecto del Poder Ejecutivo, fue desestimada por la Comisión Especial del Parlamento Alemán¹⁸. Según éste, no podían esperarse lagunas en el campo de la punibilidad, por cuanto tanto en el derecho anterior como el nuevo, bastaba como hecho de conexión la infracción al deber de vigilancia por parte de un órgano o de un representante (art. 130 OWiG).

Según la Exposición de Motivos, la nueva formulación del artículo 30 Abs. 1 OWiG "relajó" la conexión entre la imposición de una multa administrativa al ente colectivo y la persecución de la persona natural¹⁹. En realidad la argumentación oficial ve exclusivamente, tanto aquí como en la supresión de la calificación de "consecuencia accesoria", razones prácticas como también procesales, sin que siquiera fuera planteado el interrogante acerca de si, y en qué medida, a partir del nuevo texto del artículo 30 OWiG se transformó el contenido de las multas administrativas contra los entes colectivos. En relación con esto, la doctrina señala que la supresión de la calificación de consecuencia accesoria ha dejado abierto, desde ahora, un "vacío dogmático", que mediante aquella calificación aparecía resuelto de modo apenas suficiente²⁰.

¹⁸ BT-Drucks. 10/5058, p. 36.

¹⁹ BT-Drucks. 10/318, p. 41.

²⁰ Schroth, Wistra 1986, 158 (esp. 163).

De hecho, ya bajo el derecho anterior, era opinión predominante de la doctrina que la simple *calificación* de la sanción como consecuencia accesoria, no era en modo alguno apta para salvar o evitar las debilidades en la fundamentación dogmática de las multas administrativas contra los entes colectivos²¹. Mientras tanto, es un punto dudoso y hasta ahora no esclarecido, hasta dónde el nuevo texto del artículo 30 OWiG ha modificado la concepción dogmática sostenida hasta ahora en el Derecho Penal alemán, acerca de las multas administrativas contra los entes colectivos. Resumiendo nuevamente el desarrollo histórico reseñado más arriba en el punto I puede sostenerse que la concepción anterior partía de que al ente colectivo le faltaba capacidad de acción y posiblemente, también capacidad para ser culpable, que eran también requisitos en el campo del Derecho Contravencional, de modo similar al Derecho Penal. Por cierto que se podría atribuir al ente colectivo la actuación y la culpabilidad del órgano, pero no como propias sino como comportamiento y culpabilidad ajenas. Bajo este concepto de transmisibilidad, el hecho individual (hecho de conexión) es un hecho de la persona natural, ajeno y atribuible; y no es al mismo tiempo, un hecho propio del ente colectivo²².

El cambio de calificación presenta la necesidad más apremiante aún que en el derecho anterior, de aclarar el fundamento dogmático del artículo 30 OWiG. Recién a partir de allí se pueden extraer respuestas seguras a las preguntas sobre las consecuencias que aquél acarrea, tales como: si varios hechos individuales de distintos miembros de un órgano del mismo ente colectivo (por ej. varias violaciones al deber de vigilancia) continúan siendo hechos plurales desde el punto de vista del derecho material y procesal al ser atribuidas al ente colectivo, o si por el contrario, desde ese punto de vista, representan un sólo hecho. Con anteriori-

²¹ Confr. solamente Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3, Aufl. 1978, § 23, V. 2, p. 182; R. Schmitt, *ob. cit.*; Pohl-Sichterman, *Geldbuße gegen verbände*, 1974, p. 54 y ss.; Tiedemann en: *Immenga-Mestmäcker, ob. cit.*, núm. 49 al § 38; más allá comp. Kaiser, con más referencias, *Verbandssanktionen des Ordnungswidrigkeitengesetzes*, Disertación, Münster 1974, p. 101 y ss.

²² Schroth, *ob. cit.*, p. 162 y s.

dad a la nueva formulación del artículo 30 OWiG, esta importante cuestión se discutía especialmente en el Derecho Contractual de los Monopolios, respecto de los actos de connivencia para concurrir a las licitaciones de obras públicas. Sobre el tema, tanto el *Bundeskartellamt*, como el *Kammersgericht* y el *Bundesgerichtshof* —sin ulterior fundamentación— se inclinaron por la hipótesis de que una pluralidad de hechos de los órganos, autorizaba invariablemente a que se impusiera una pluralidad de sanciones administrativas contra el ente colectivo²³.

Según nuestro modo de ver, una nueva interpretación del artículo 30 OWiG debe partir de que la *multa administrativa contra un ente colectivo* es una verdadera (y normal) *consecuencia principal de la contravención* y de allí que jurídicamente ya no pueda ser ubicada en el mismo plano de accesoriedad que la confiscación del provecho económico del delito (*verfall*) y el comiso (*Einziehung*). La comprensión de la multa administrativa como *verdadera sanción* se corresponde también, principalmente, con el punto de vista puesto de relieve en la exposición de motivos del nuevo ordenamiento, según el cual los entes colectivos mencionados en el artículo 30 OWiG serían y son *destinatarios de la norma*²⁴. Las normas jurídicas (mandatos y prohibiciones) como, por ejemplo, la Ley sobre Restricciones a la Libre Competencia (GWB) y la Ley sobre las Contravenciones (OWiG) se dirigen también inmediatamente a las personas jurídicas, en tanto éstas puedan producir los comportamientos exigidos por las normas de conducta (acciones y omisiones). Esto último es evidente respecto de las normas imperativas y prohibitivas de la GWB, puesto que se sobrentiende que también las personas jurídicas pueden celebrar tanto convenios monopólicos como acordar su comportamiento futuro y, consecuentemente, pueden también evitar estas conductas. El fortalecimiento de estas normas mediante el añadido de una multa administrativa (arts. 38 y 39 GWB) no modifica la calidad de destinatario de la norma de la persona jurí-

²³ BGH KRB 8/86, publ. 24.3.87; KG 1 Kart 11/85, publ. 12.3.86; de la opinión contraria Pohl-Sichterman, *ob. cit.*, p. 225 como así también E. Müller, *ob. cit.*, p. 80 y s.

²⁴ Exposición de Motivos, *ob. cit.*, p. 40.

dica como, por lo demás, han sostenido durante el anterior ordenamiento las sentencias dictadas en los casos "Saba", BGHSt 20, 323 (esp. 337 y s.) y "Bertelsmann-Lesering", BVerfGE 20, 323 (esp. 335 y s.). Incluso en el Derecho Criminal propiamente dicho hay que partir en todos los casos y en alguna medida, de la calidad de destinatarios de las normas que tienen las personas jurídicas y los otros entes colectivos de naturaleza especial, si se pretende que no queden impunes los delitos de insolvencia procesal fraudulenta (Vollstreckungsverweigerung - art. 288 del C.P.) o de quiebra (p. ej. el alzamiento de bienes —Beiseiteschiffen von Vermögensbestandteilen— en el sentido del artículo 283, Abs 1, Nr. 1 del Código Penal alemán), cometidos por el Presidente de una Sociedad Anónima o por el Gerente de una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Los artículos 283 y 288 del Código Penal se aplican también a las personas jurídicas, en tanto y en cuanto éstas (y no sus órganos o representantes) son los deudores pasibles de la ejecución y de la quiebra. La actuación como órgano o representante puede ser considerada como actuación punible de la persona natural, a tenor del artículo 14, Abs 1, N° 1 del Código Penal, recién cuando otro —el representado— es considerado, en primer lugar, como destinatario de la norma. En otras palabras, en el caso de los delitos especiales, la punibilidad de la persona natural presupone obligatoriamente que el deber contenido en las normas del Derecho Penal de la ejecución y de la quiebra se dirige en primer lugar al ente colectivo.

A diferencia del Derecho Criminal propiamente dicho, en el Derecho Contravencional la persona jurídica puede ser condenada con la única *sanción* que prevé este campo jurídico, y por lo tanto ser responsabilizada jurídicamente por la infracción a la norma de conducta dirigida contra ella. En este punto no es decisivo si de algún modo varían los fines de la multa administrativa, según su imposición sea contra una persona natural o jurídica (lo cual es negado por la opinión predominante)²⁵. Aparece como mucho más decisivo que todos los *fines inmanentes* de la multa

²⁵ Comp. solamente Göhler, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 8. Aufl. 1987, núm. 10 y ss. al § 29 a.

administrativa, pueden ser alcanzados también mediante su imposición al ente colectivo. Esto es evidente respecto de la prevención general, tanto bajo la forma de intimidación a la generalidad como de consolidación de una conciencia general del derecho. Pero el mismo resultado también es válido para la prevención especial y para la formulación (represiva) de un reproche jurídico. Por cierto, los dos últimos fines de la multa administrativa sólo pueden ser alcanzados a través de las personas naturales que actúan en su favor. Análogamente, esto es válido para la lesión de la norma a través de la actuación u omisión de las personas naturales en favor de la persona jurídica. Mientras tanto es importante que el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) haya abierto la posibilidad general ya citada, de imputar al *ente colectivo* como *conducta propia* la actuación de las personas naturales (órganos), posibilidad que ante la existencia (o creación) de una norma jurídica de imputación es también expresamente admitida por los opositores a la imposición de multas administrativas contra entes colectivos²⁶. Después de la supresión de la calificación de consecuencia accesoria, no hay obstáculo en descubrir en el artículo 30 OWiG esta *norma expresa de imputación legal*, es decir, en entender esta prescripción como una norma para la imputación de la actuación ajena como propia del ente colectivo. Si en relación a esto, *Engisch*²⁷ especialmente opinaba, durante la vigencia del ordenamiento anterior, que tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Contravencional sólo podía considerarse como acción una "acción natural", de una persona natural, es de señalar entonces que el artículo 14 OWiG unifica ampliamente el concepto de autoría y lo complementa mediante una concepción unitaria de la imputación ("Einheitstäterschaft"). Incluso en el Derecho Criminal, en el caso de la participación de varias personas, la falta de una acción propia por parte de uno de los partícipes se complementa mediante criterios de imputación sufi-

²⁶ Confr. Jescheck, ZStW, T. 65 (1953), p. 212 y s.; R. Schmitt, *ob. cit.*, p. 187 y ss.; Seiler, *Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, 1967, p. 63 y s.; más referencias en Kaiser, *ob. cit.*, pp. 21 y 27 a 36.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 24.

ciente a tenor del artículo 25 del Código Penal alemán y se la valora como autoría propia. Por tanto, aún en el marco del Código Penal, la autoría ofrece constantemente un problema de imputación²⁸. De modo parecido en el Derecho Penal holandés, que conoce desde 1976 una verdadera punibilidad de los entes colectivos, la introducción de un concepto funcional o "espiritual" de autor en el Derecho Penal común es vista como el antecedente dogmático de la introducción de penas contra los entes colectivos²⁹.

Finalmente, en el campo de la culpabilidad es decisivo el hecho de que la Ley Contravencional reduce deliberadamente las exigencias de culpabilidad y desciende de nivel hacia una "responsabilidad" fuertemente orientada hacia un marco de referencia jurídico (compárense los arts. 12 y 11 Abs 2 OWiG). Con ello queda abierta la posibilidad general de establecer un *concepto de culpabilidad en sentido amplio* orientado a categorías sociales y jurídicas, en lugar de la culpabilidad humana entendida en el sentido clásico como defecto personal y ético³⁰. Como reproche de esta clase, que funda la "responsabilidad" del ente colectivo y que le puede ser opuesto, es necesario poner la vista, según nuestro entender, en la *culpabilidad por defecto de organización* (Organisationsverschulden), lo que nos presenta el argumento material de que las personas que integran los órganos cometen delitos y contravenciones con ocasión del desempeño de los negocios del ente colectivo y éste debe ser responsabilizado por ello. Los hechos individuales (hechos de conexión) son por lo tanto vistos en ese sentido como delitos del ente colectivo porque éste ha omitido —a través de sus órganos o representantes— tomar aque-

²⁸ Comp. solamente las tendencias y apreciaciones —en lo particular completamente diferentes— en Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985; Otto, *Jura* 1987, 246 y ss.; Rudolphi, in *Lackner-Festschrift*, 1987, p. 863 (866 y ss.); Tiedemann, *NJW* 1986, 1842 (1844) con mayores referencias.

²⁹ Comp. Schaffmeister, *ZStW*, T. 85 (1973), p. 782 (esp. 801 y siguientes).

³⁰ Comp. en ese sentido (para el derecho criminal ppte. dicho), Jescheck, *Lehrbuch*, § 38 I, p. 337 y ss. con más referencias; para el derecho contravencional Göhler, núm. 30 al § 1.

llas medidas de precaución necesarias para garantizar un giro comercial ordenado y no delictivo. Este principio de responsabilidad que sirve como base para el reproche a una persona jurídica no es, en modo alguno, nuevo. Más bien es el mismo principio que en el Derecho Criminal declara la punibilidad de la ebriedad completa (art. 323 a, del Código Penal alemán) como también, con anterioridad, la infracción al deber de vigilancia (art. 143 del Código Penal alemán, antiguo texto legal). Aquí no se reprocha el último hecho dañino singular (el cual a tenor del art. 323a del C.P. es cometido en estado de inimputabilidad y en el caso del viejo texto del artículo, a través de otra persona), sino la omisión previa de tomar las medidas organizativas dirigidas a evitar tales hechos. La falta de culpabilidad respecto del hecho propiamente dañoso es por tanto irrelevante, cuando el hecho tuvo lugar a raíz de una culpabilidad previa reprochable³¹.

La culpabilidad por defecto de organización como fundamento de la multa administrativa contra el ente colectivo, explica también sin esfuerzo porqué desde hace tiempo, la infracción al deber de vigilancia de los órganos es considerada como hecho típico individual que acarrea la sanción contra el ente colectivo³². En el artículo 130 OWiG se trata precisamente de aquellas medidas de vigilancia, control y organización que incumben al ente como tal. La violación de los deberes mencionados en el artículo 130 OWiG que dan lugar al hecho del órgano como hecho de conexión para la imposición de una multa administrativa contra el ente, es por lo tanto una genuina violación de un *deber de organización propio de la persona jurídica* y de los demás entes colectivos especiales. En el lenguaje de la interpretación dogmática corriente se expresa la opinión de que los deberes de vigilancia y organización incumben obligatoriamente a *todos los órganos*³³.

³¹ En ese sentido últimamente Ott, *Jura*, 1986, 428 y ss.; previamente y antes que nadie Hruschka, *Strafrecht nach logischanalytischer Methode*, 1985, p. 295 y ss.

³² Comp. solamente Göhler, *ob. cit.*, núm. 17 al § 30, con más referencias.

³³ Comp. en ese sentido solamente Pohl-Sichtermann, *ob. cit.*, p. 183

Sobre la base de este entendimiento se solucionan absolutamente y sin problemas las cuestiones antes mencionadas sobre la unidad y pluralidad de hechos desde el punto de vista del derecho material y procesal, así como la unidad y pluralidad de omisiones. Por ejemplo, si la pluralidad de violaciones al deber de vigilancia de los órganos se hubiera podido evitar mediante un acto de organización —verbigracia mediante la creación dentro del ente colectivo de un departamento de revisión— se presenta entonces un sólo defecto de organización en el plano del ente. Como es sabido, desde la óptica del derecho material puede generalmente admitirse una “omisión unitaria” —*Unterlassungseinheit* (art. 52 del C.P.)— si el autor (por omisión) hubiera podido cumplir con el correspondiente deber de actuar mediante una única acción³⁴. En forma análoga, la Sala para los Monopolios (*Kartellssenat*) del *Bundesgerichtshof* se inclina, a tenor del artículo 130 *OWiG*, a considerar las violaciones al deber de vigilancia de los órganos, como delitos continuos de omisión (*Unterlassungsdauerdelikte*), si la vigilancia impuesta jurídicamente hubiera podido ser cumplida mediante una acción unitaria, aún en el caso en que la falta de adopción de esta única acción haya determinado una pluralidad de delitos o contravenciones del controlado (entre ellos una relación concursal)³⁵. De allí que el órgano mismo puede ser condenado administrativamente (*bebust*) sólo una vez a causa de tal violación al deber de vigilancia. Por el contrario, el mismo defecto de organización, representa para una pluralidad de órganos una violación al deber propio de vigilancia inherente a cada uno de ellos, de modo que cada órgano responsable puede ser sancionado separadamente. No obstante, la imposición de una

y s.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 165, nota 311.

³⁴ Para la opinión dominante compárese Schönke-Schröder-Sree, núm. 28 a los §§ 52 y ss.; Vogler, en: *LK* § 52 núm. 14, cada uno de ellos con más referencias; en la jurisprudencia especialmente *BayObLGSt* 1960, 5 (esp. 8) así como *BGHSt* 18, 377 (esp. 379) (para la figura de infracción al deber alimentario —*Unterhaltspflichtverletzung*— § 170 b del C. P.).

³⁵ *BGH NJW* 1987, 267 y s.

multa administrativa al ente como consecuencia de tal hecho de conexión, excluye la imposición a éste de una nueva multa administrativa a causa de la misma violación al deber de vigilancia de otro órgano. En ese sentido la situación jurídica no es diferente de la que se presenta cuando cada uno de los coautores o coautores accesorios (Mebentäter) son perseguidos, por el hecho que les es atribuible. Empero, este hecho no se transforma, en virtud de la admisión de una persecución separada para los distintos autores, en una pluralidad de hechos para el resto de los partícipes (en el sentido de los arts. 26 y 27 del C.P. o del art. 14 OWiG).

Nuestra explicación del artículo 30 OWiG a través del principio de culpabilidad por defecto de organización, no significa, por lo demás, que la persona jurídica u otros entes colectivos espe- cialmente puedan liberarse de la amenaza de la multa administrativa mediante la prueba de la adopción de una organización suficiente³⁶. En otras palabras, no es necesario que con el fin de sancionar al ente se pruebe que el hecho de conexión se retrotrae causalmente a un defecto de organización. Más aun, el concepto de culpabilidad por defecto de organización expresa un *principio de responsabilidad* que adopta el artículo 30 OWiG y que por la fuerza de esta prescripción conduce a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas del mismo modo que el artículo 31 del Código Civil alemán funda la responsabilidad civil de los entes colectivos en los modos de conducta que llevan a cabo un órgano o un representante "en el desempeño de sus funciones propias". Para la delimitación respecto de la jurisprudencia civil alemana es necesario únicamente subrayar que la culpabilidad por defecto de organización que utiliza el Derecho Contravencional no es idéntica en cuanto a su contenido, al correspondiente concepto del Derecho Civil alemán.

La doctrina sobre la culpabilidad por defecto de organización aquí esbozada no es de ningún modo completamente nueva. Junto con similares apreciaciones doctrinarias de Busch³⁷ y de

³⁶ Véase otra opinión —desde el mismo punto de partida— E. Müller, *ob. cit.*, p. 23 y ss.

³⁷ Busch, *Grundfragen der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit von*

Schünemann, quien no está dispuesto, por cierto, a reconocer a esta teoría como un principio de legitimación sino de limitación³⁸, esta opinión se encuentra también en *ordenamientos jurídicos extranjeros* que poseen una larga tradición en el campo de las sanciones penales y cuasipenales contra los entes colectivos. En el ámbito del Derecho *angloamericano*, los Derechos Penales inglés, canadiense y australiano parten, en todos los casos, de una culpabilidad propia del ente colectivo donde al menos en los delitos de omisión, no es necesario constatar la existencia de un autor natural ni su culpabilidad³⁹. Pero aún otros ordenamientos jurídicos prominentes cercanos al pensamiento jurídico alemán, defienden las penas contra los entes colectivos mediante ideas similares. El derecho Penal *holandés* funda la responsabilidad penal general de los entes colectivos en el fracaso de los controles internos del ente⁴⁰ y el anteproyecto *francés* para el nuevo Código Penal pretende evaluar la culpabilidad colectiva de todos los órganos como violación culpable de un deber del ente⁴¹. Finalmente, para el Derecho Penal *japonés*, cuya vinculación con el pensamiento jurídico alemán es, desde hace muchas décadas, especialmente estrecha y que, como es sabido, aplica un Derecho Penal de los Monopolios similar⁴², hay que recordar que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 1965, la punibilidad de la persona jurídica es entendida como responsabilidad por la culpabilidad propia en el cumplimiento de las obliga-

Verbänden, 1933; tb. Kaiser, *ob. cit.*, p. 29 y s. y Pohl Sichter mann, *ob. cit.*, p. 6 y ss.

³⁸ Schünemann, *ob. cit.*, p. 249 y ss., quien por su parte pretende sacar frutos del concepto de necesidad de prevención para explicar el § 30 OWiG.

³⁹ Leigh, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, 1969, y *Ottawa Law Review*, vol. 9 (1977), p. 247 y ss., como así también *Strict and Vicarious Liability*, 1982.

⁴⁰ Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, 1984.

⁴¹ Comp. Delmas-Marty, en Tiedemann (Hrsg.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980, p. 72 y s.

⁴² Véase una sinopsis en Tiedemann, "Revue Internationale de Droit Pénal", 1982, p. 303 y ss.

ciones de control y organización que corresponden al empresario⁴³. Estas referencias al Derecho comparado, hablan en favor de la posibilidad de defender la posición hasta aquí desarrollada y tal vez también de su corrección. Los trabajos mencionados al comienzo sobre la correspondiente recomendación del Parlamento Europeo, se orientan también hacia la culpabilidad del ente colectivo (por defecto de organización), tratan al ente como autor (offender) y prevén su exculpación sólo cuando ningún órgano participó en el hecho de conexión y si éste tampoco fue posibilitado a través de la violación de un deber de vigilancia.

III. PUNIBILIDAD DE LAS CONDUCTAS DEL ORGANO DEL REPRESENTANTE

Desde el punto de vista jurídico y de política jurídica, es menos problemática la cuestión sobre si, y hasta qué punto, la *persona natural* que actúa (u omite) y que se desempeña en favor de un ente colectivo, lo hace en forma *penal o contravencional punible*. En este sentido las dificultades se presentan sólo en los ordenamientos jurídicos que no conocen una regla general o especial expresa respecto de los *delitos especiales* —con un círculo de autoría típicamente limitado— cuando se trata de determinar qué persona natural y bajo qué condiciones es la responsable por la infracción a una norma que sólo se dirige de manera directa a la persona jurídica o al ente colectivo.

1. En ese sentido el primer apartado de los artículos 14 del Código Penal y 9 de la Ley Contravencional establecen, en la República Federal de Alemania, que los órganos y representantes legales deben responder sin restricciones por tales acciones u omisiones. Por el contrario, según el apartado 2 de los preceptos mencionados, los llamados representantes convencionales (*Gewillkürte Vertreter*) sólo son punibles como autores si han sido comisionados para dirigir en todo o en parte el establecimiento (directivos o "leitende" Angestellte) o si, sobre la base de un mandato ex-

⁴³ Kanazawa, en *Madlener/Papenfuß/Schöne* (Hrsg.), *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, pág. 247 (esp. 249).

preso, se han hecho cargo bajo su propia responsabilidad del desempeño de las funciones que le corresponden al propietario del establecimiento.

Con esto el legislador alemán se ha negado a la inclusión de *todos los representantes* del ente colectivo dentro del círculo de autores posibles (reis Tauglicher Täter). Así como el ente sólo es responsabilizado mediante una multa administrativa por las acciones u omisiones de sus órganos y representantes legales (art. 30 OWiG), de igual modo —o al menos parecido— la actuación u omisión de los órganos y representantes legales conducen, en cada caso y sin restricciones, a su punibilidad o a su sometimiento a una sanción contravencional, si ellos actúan “como” órganos o representantes. A ese respecto el proyecto alternativo, coincidiendo con la opinión predominante de la doctrina⁴⁴ había propuesto la *extensión de la responsabilidad por representación a todos los representantes convencionales* (art. 13). Por el momento esta propuesta ha sido aceptada, por ejemplo, por el artículo 31 del anteproyecto español para un nuevo Código Penal⁴⁵. El derecho norteamericano también admite —por ejemplo en el Derecho Penal de los Monopolios— la persecución penal de cualquier persona natural que participe en restricciones a la libre competencia⁴⁶.

La regla legal alemana sobre la punibilidad y responsabilidad penal administrativa de los órganos y representantes posibilita ampliamente la liberación de penas y de multas administrativas respecto de los verdaderos responsables, mediante la adopción de medidas de organización. Este punto débil y la crítica que se le ha formulado desde hace tiempo, han sido también la causa de las correspondientes propuestas de reforma en el proyecto de Segun-

⁴⁴ Bruns, JZ 1954, 12 y ss. así como tb. JZ 1958, p. 461 y ss.; R. Schmitt, JZ 1967, 699 y tb. JZ 1968, 123 y ss.; Schünemann, *ob. cit.*, p. 230; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, T. 1, 1976, p. 202 y s.

⁴⁵ Más detalladamente en este sentido García Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, 2 Tomos, 1985/86.

⁴⁶ Comp. Tiedemann, NJW 1986, 1842 (esp. 1843) con más referencias.

da Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica (2 WiKG). No obstante las pertinentes ampliaciones y simplificaciones de los párrafos 14 del Código Penal y 9 OWiG fueron rechazadas por la Comisión de Legislación del Parlamento alemán con el dudoso argumento de la falta de precisión de la delimitación⁴⁷.

2. Por lo demás, la regla del Derecho alemán sobre la punibilidad de los órganos y representantes no puede ser modelo para la consideración de reformas en el extranjero.

Es más, hay acuerdo de que la definición legislativa del ámbito de la autoría en el párrafo 14 del Código Penal mediante la locución "elementos personales especiales" (besondere persönliche Merkmale) es por lo menos equívoca, pues a diferencia de lo que ocurre en el artículo 28 del C.P. no se trata de elementos personales en el sentido de las calidades de la persona misma ni de los elementos subjetivos (intencionales), sino que se refiere a aquellos tipos penales y penales administrativos en los que el verdadero destinatario de la norma puede ser representado o sustituido por otra persona.

Más aún, es poco clara y muy discutida la interpretación de los párrafos 14, Abs 1 del C.P. y 9, Abs. 1 OWiG, en cuanto que en el apartado 2 de ambos, sólo se considera como autores posibles, cuando se trata de una sociedad colectiva comercial, a los socios con capacidad de representación. En cambio, una posición amplia está dispuesta a considerar a *todos* los socios como destinatarios directos de la norma, puesto que las sociedades comerciales colectivas carecen de capacidad jurídica. De allí que el apartado 2 sea a menudo entendido como un precepto vacío y sobreabundante⁴⁸. Creemos que este modo de ver es incorrecto y nos hemos visto fortalecidos en nuestro convencimiento a raíz de una disertación que recientemente tuvo lugar en Friburgo⁴⁹. La suposición de que en las sociedades comerciales colectivas todos los socios se-

⁴⁷ Confr. BT-Drucks. 10/5058, p. 25 y s.

⁴⁸ Comp. solamente Roxin, en *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1985, § 14, núm. 26; y Schönke-Schröder-Lenckner, núm. 21 al § 14.

⁴⁹ Schemburg, *Die Stellung der GmbH und Co. KG im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht* (próxima aparición en 1988).

rían “verdaderos destinatarios de la norma” lleva a resultados ajenos a la realidad, como lo expresa entre otras una sentencia del Kammergericht⁵⁰.

Se trataba de una sociedad en comandita de Berlín, en la que el socio gerente era una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH und Cokg) que se había obligado a liberar del hielo y la nieve a los caminos de acceso de más de doscientas parcelas. Esta obligación nunca fue cumplida regularmente.

En relación con la suposición de que, en tal caso, los socios eran “propriadamente” quienes personalmente debían dejar los caminos de acceso en debida forma, el “Kammergericht” hizo notar acertadamente que:

“Tras una obligación de esa clase sólo puede estar una empresa, con la mano de obra y los instrumentos de limpieza, como aquellos de que disponía la sociedad en comandita”.

Se trata aquí en especial del problema —por demás difícil en el derecho alemán— del tratamiento penal de las *Sociedades en Comandita con socio gerente de Responsabilidad limitada*. Mas aún, en relación con la cuestión general sobre si, en definitiva, en el Derecho Penal, de modo similar a lo que ocurre en el Derecho Administrativo y el Derecho Comercial, hay que tratar a la *empresa* como *sujeto de derecho autónomo*, es decir independientemente de la cuestión acerca de su capacidad de derecho.

3. La limitación a la punibilidad de los órganos, representantes legales y mandatarios expresos, como principio del Derecho alemán, se ve oscurecida finalmente por la jurisprudencia sobre el *gerente de hecho* (faktischer Geschäftsführer).

Los parágrafos 14, Abs. 3 del Código Penal y 9 Abs. 3 de la Ley Contravencional¹, expresan en este sentido que la carencia de efectos jurídicos civiles de la designación de órganos y representantes no tiene influencia sobre el valor penal o penal administrativo de la acción del órgano y del representante, en tanto cualquiera de ellos ejerzan *de hecho*, respectivamente, esas posiciones. En este sentido existe también coincidencia en que la designación

⁵⁰ KG JR 1972, p. 121.

del órgano o del representante no debe necesariamente ocurrir de modo expreso, sino que puede ser presumida de forma *concluyente*. De ello se sigue que hay que indagar la existencia de una conformidad (concluyente) de los demás socios con la actuación del órgano de hecho⁵¹. Complementariamente, se exige a menudo que el gerente de hecho parezca exteriormente como tal, esto es que como tal, recurra a la confianza pública⁵². No obstante, la jurisprudencia del Bundesgerichtshof emplea la noción de gerente de hecho en busca de un concepto incontestable, completándola con imágenes e indicios tales como el "alma del negocio" o la "influencia determinante en el conjunto de las operaciones" y con fluctuantes transiciones que van desde la simple intromisión en la administración del negocio hasta la expedición (lícita) de órdenes. De allí que el Ministerio Público acuse de manera creciente a estos socios como "gerentes de hecho", que emprenden acciones que están reservadas a la gerencia del negocio. Con ello se torna especialmente oscuro, con qué alcance la intromisión de *societates madre* en la dirección de los negocios de las sociedades filiales, fundamenta la responsabilidad penal o administrativa de los órganos de aquélla⁵³, en especial por la administración infiel del consorcio (*Konzeruntreue*) que puede ser punible a tenor de la figura general de infidelidad del artículo 266 del Código Penal. Desde el punto de vista del Derecho Comparado merece atención el hecho de que el nuevo Derecho Penal francés de las sociedades comerciales introduce una regla expresa sobre los órganos de hecho de la sociedad y que la comisión suiza de expertos haya propuesto una aclaración legislativa semejante⁵⁴. En la doctrina alemana las tomas de posición varían desde el decidido rechazo de la figura jurídica de la gerencia de hecho y su admisión sólo en los casos de claro abuso (a causa de

⁵¹ Comp. especialmente BGHSt 3, 38 y 31, 122; a continuación tb. Tiedemann, *Konkursstrafrecht*, 1985, núm. 67 al § 283.

⁵² BGHSt 3, 37; 21, 103 s.; Hachenburg/Kohlmann, *GmbH-Gesetz*, 7. Aufl. 1984, núm. 25 al § 84.

⁵³ Comp. Tiedemann, *NJW* 1986, 1845 y s. con más referencias.

⁵⁴ En ese sentido véase Tiedemann, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, núm. 168 al § 283.

su contradicción con el principio de determinación y la prohibición de analogías), hasta la diferenciación según la naturaleza jurídica de los deberes que haya tomado a cargo (como deberes formales de los órganos o como deberes fácticos de fidelidad)⁵⁵.

Un reciente ejemplo, tanto de las dificultades de delimitación como de la desviación y falta de claridad de la regla, lo ofrece el caso "Mega-Petrol" de la Fiscalía de Estado de Munich, en el cual un procedimiento penal por una defraudación en perjuicio de numerosos inversores en una perforación petrolera y gasífera en Canadá, se inició directamente contra un socio. La acción se entabló a mediados de 1987 porque un socio habría dado "directivas" a los gerentes de cinco sociedades en comandita de responsabilidad limitada sobre la dirección de los negocios y la forma de llevar la contabilidad. Con ello se habría convertido en un gerente de hecho. Esta calidad fue fundada por la Fiscalía con la misma fórmula: el acusado tenía la "única palabra" en las sociedades. Aun cuando en este voluminoso caso varias personas habían sido designadas como gerentes y actuaron como tales y fueron perseguidas también por la Fiscalía y condenadas judicialmente, la acusación no se formuló por instigación sino por coautoría en la defraudación. El carácter cuestionable de la construcción formulada merced a la figura del gerente de hecho, se presenta porque esta figura jurídica fue desarrollada para los casos de *inactividad* del gerente designado y en especial para la omisión de la presentación del pedido de quiebra. Por el contrario, carece de significación jurídica para la *comisión* de una estafa mediante una conducta activa. Quien por sí mismo engaña y a través de ello perjudica a un tercero en su patrimonio, es autor de una defraudación con independencia de su posición dentro de la persona jurídica. Si en el caso la Fiscalía del Estado de Munich quiso en realidad referirse a una estafa por *omisión* y por lo tanto se esforzó por probar una situación de gerente de hecho, es una cuestión que queda abierta. Lo mismo ocurre con el pro-

⁵⁵ Sintéticamente Scholz/Tiedemann, GmbH-Gesetz, 7. Aufl. 1988, núm. 27 y ss. al § 84.

blema relativo a si un socio convertido en gerente de hecho es, respecto de los gerentes designados estatutariamente, garante y control de que no ocurran lesiones fraudulentas al patrimonio de los terceros por medio de una propaganda impresa engañosa. El concepto de gerente de hecho, de perfiles poco claros, se amplía así de modo considerable y esconde el verdadero problema jurídico.

4. En suma y para finalizar, merece la pena destacar que la problemática penal de la actuación del órgano y del representante, en esencia sólo adquiere relevancia en los *delitos especiales*. En los delitos comunes no existe objeción para considerar a cada uno de los ejecutores de la acción típica como autor o coautor. La cuestión acerca de en qué medida es posible en los delitos especiales —mediante la *consideración fáctica*— complementar o abrir una brecha en la descripción del ámbito limitado de la autoría que ha empleado el legislador, depende de la trascendente limitación entre lo que es interpretación permitida y analogía prohibida. En este sentido, los ordenamientos jurídicos singulares de Europa occidental se basan en una interpretación absolutamente distinta de estos problemas, lo que tiene consecuencias directas también en el tratamiento de las numerosas y diversas cuestiones límite.

Traducción: LUIS MARIO GARCIA

SUMMARY

During the last thirty years the increasing power of the economic enterprises and the proliferation of the small and medium commercial societies have made it necessary to rescate the issue of freeing the collective entities from liability.

The author describes the evolution of the subject in the european law and specially in the german one, on the basis of the regulations on tax, foreing exchange and monopoly repressions law.

He further explains how the principle of guiltiness on account of defective organization is developed on the basis of the organization duty of the collective entities this would provide a justification for the admi-

nistrative and infringement fines, which are applied on account of its members activities.

The author ends underlining that the issues arising from the activity of the members as well as of the representatives only becomes relevant in the face of special offenses because there is no objection in the face of common offenses for considering each-one of the performers of the typical action as perpetrators and co-perpetrators. The possibilities of understanding the concept of perpetration depends on the visible boundary between the allowed interpretation and the forbidden analogy.

EN TORNO A LA NOCION DE SERVICIO PUBLICO

Por JUAN CARLOS CASSAGNE *

I. APARICION DE LA TECNICA DE SERVICIO PUBLICO. LA "PUBLICATIO" Y LA CONCEPCION OBJETIVA COMO EJES DE LA NOCION JURIDICA

La noción de servicio público aparece, en el campo del derecho administrativo, sin que preexista una noción legal que la tipifique y sin que se establezcan sus caracteres de una manera precisa¹. Por obra de la doctrina y jurisprudencia francesa, se fue perfilando una institución, con un régimen jurídico peculiar de derecho público, destinada a regir las actividades de prestación tendientes a satisfacer necesidades de interés general que asumió el Estado y que éste pasó a prestar, a partir del siglo pasado, en forma directa o indirecta.

El concepto de servicio público fue objeto de trascendentes debates doctrinarios, habiéndose señalado la existencia de una profunda crisis institucional de la noción, la cual, sin embargo, subsiste en la mayor parte de Europa Occidental. Desde aquellos autores vinculados a la Escuela de Burdeos que llegaron a propiciar que toda la actividad estatal debía ser considerada ser-

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo.

¹ Waline, Marcel, *La noción de servicio público*, en Rev. La Ley, t. 75, pág. 945, señala que "con la misma expresión servicio público, se designan, según el día, la ocasión o las circunstancias cosas muy diferentes"; sobre el concepto de servicio público véase: Silva Cencio, Jorge A., *Servicio Público y Concesión de Servicios Públicos*, págs. 15 y siguientes, Montevideo, 1980.

vicio público (Duguit, Jeze, Bonnard, etc.) hasta quienes, en el otro extremo, propusieron suprimir radicalmente el concepto², han sido numerosos los criterios doctrinarios elaborados para caracterizar al servicio público.

El servicio público, ateniéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza material de la actividad, se circunscribe a una parte de la actividad administrativa del Estado³ quien puede a su vez encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, ya fuera a través de la figura de la concesión o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, etc.⁴.

Esas actividades, cuando son prestadas por los particulares, se encuentran regidas por un régimen que es el común de la función administrativa, instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen primordiales necesidades públicas. El particular, no obstante ser —en estos casos— un colaborador de la Administración Pública se halla sujeto a las potestades de ésta y, especialmente, a una intensa fiscalización o control de la actividad que presta, sin perjuicio de lo cual, también suele recibir, por alguna de las técnicas de transferencia (siempre que la función sea delegable

² De Corail, Jean Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, págs. 1 y sigtes., París, 1954; en nuestro país: GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Cap. XIV, págs. 12-14, Buenos Aires.

³ Concepción que, sin embargo, no se observa en materia contractual en aquellos países, como Francia, que han montado la noción de contrato administrativo, en razón del objeto, sobre la base de un concepto amplísimo de servicio público que equivale, en los hechos, a la propia función administrativa. Sin embargo, ello no trastoca la noción técnica estricta pues aquella concepción extensiva sólo tiene sentido como cláusula general determinante de la naturaleza del contrato y de la competencia jurisdiccional para resolver las controversias que se suscitan con motivo de la celebración, ejecución, modificación o extensión de los contratos administrativos.

⁴ Maiorano, Jorge Luis, *Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público*, en R.A.D.A., nº 14.

o transferible por su naturaleza), determinados poderes públicos que pertenecen *jure proprio* a la Administración⁵.

La adopción de un criterio técnico jurídico para caracterizar la noción de servicio público implica que éste se traduce en una actividad distinta a la regida por el derecho privado y, por lo tanto, extraña a la esfera de libertad o franquía individual, importando la asunción pública de una determinada función (*publicatio*)^{5 bis} lo cual determina, a partir de ese momento, que el ejercicio de la correspondiente actividad ha dejado de ser libre. Tal criterio supone destacar la noción subjetiva en orgánica ya que no hay interdicción alguna del principio para que los particulares presten materialmente los servicios públicos, no sólo a título propio sino como colaboradores de la función pública, o bien, *jure proprio* en aquellas actividades cuya titularidad les pertenece (como son los llamados servicios públicos impropios: taxis y farmacias).

El requisito de la existencia de ley (formal y material) como presupuesto *sine qua non* de la configuración del servicio público⁶ puede surgir en forma expresa o tácita lo cual no implica postular la omnipotencia legislativa, ya que si se atribuye calidad de servicio público a una actividad que no puede revestir tal condición, ello no restringe la facultad que poseen los jueces para desconocer su configuración mediante la interpretación del ordenamiento positivo⁷ y de los principios generales del dere-

⁵ La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "la concesión de un servicio público importa atribuir a una persona de derecho privado una función que es propia del Estado y, a fin de asegurar el funcionamiento del servicio y otorgar una cierta estabilidad económica a su prestación, el concesionario se subroga a los poderes públicos en un conjunto de potestades y privilegios" (Dictámenes, t. 12, pág. 177).

^{5 bis} Véase: De la Cuetara, Juan Miguel, *La actividad de la Administración*, págs. 169-170, Madrid, 1983.

⁶ Canasi, José, *Derecho Administrativo*, t. 2, pág. 12, Buenos Aires.

⁷ Cfr. Oyhanarte, Julio, *La expropiación y los servicios públicos*, pág. 55, Buenos Aires, 1954. Afirma este autor que "la presencia o la ausencia del servicio público depende por entero de una decisión legal, *lato sensu*, que puede ser expresa o tácita. Cuando es expresa, por supuesto el texto de la ley suprime las dificultades interpretativas. Incluso debe tenerse en cuenta que si una ley positiva erróneamente atribuye de modo expreso

cho administrativo. La declaración legislativa resulta también imprescindible para que se configure un servicio público impropio por las razones que más adelante se exponen.

A su vez, la circunstancia de decidir que una determinada actividad constituya un servicio público propio significa encuadrarlo en el ámbito de la función administrativa, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸ cuya titularidad, a partir de la *publicatio*, pasa al Estado, no pudiendo los particulares ejercerlo *jure proprio*.

II. LA LLAMADA CRISIS DE LA NOCIÓN JURÍDICA DE SERVICIO PÚBLICO

Hace algún tiempo comenzó a hablarse —particularmente en Francia— de una crisis de la noción jurídica de servicio público⁹, crisis que se suponía reflejada en los tres elementos que componen el concepto tradicional de esta institución, a saber: el fin que el servicio cumple, la persona que lo presta y el régimen que lo regula¹⁰.

Es evidente que el servicio público, como toda institución jurídica, sufre las transformaciones impuestas por el momento histórico en que le toca desenvolverse. En ese proceso, que varía según los distintos países, las instituciones tienen siempre una especie de opción, signada por la realidad política, social y económica, que las lleva a transformarse, adaptarse o desaparecer temporalmente, (esto último por la pérdida de vigencia o utilidad para la sociedad y el Estado). Pero lo que resulta claro es que la institución jurídica nunca se mantiene incólume o como antes frente a las transformaciones pues, al depender de la realidad, no puede sobrevivir sin adaptarse a ésta¹¹.

el carácter de servicio público a determinada actividad, pese a que, en principio, no cabría discutir tal calificación legal, la realidad prevalecerá tarde o temprano sobre la decisión del legislador”.

⁸ La Ley, t. 7, pág. 634.

⁹ De Corail, Jean Louis, *ob. cit.*, págs. 1 y sigtes.

¹⁰ García Oviedo, Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 262, Madrid, 1955.

¹¹ Sin embargo, en muchas ocasiones una institución jurídica vuelve

Un buen ejemplo de ese proceso de adaptación de las transformaciones operadas en el curso de este siglo es la teoría del servicio público cuya noción jurídica tradicional ha ido ampliándose en diferentes direcciones para satisfacer las necesidades primordiales del hombre. Por esa causa, más que de una crisis del concepto cabe hablar de una evolución¹² que viene a plantear nuevos problemas, tales como el deslinde de otras actividades de prestación (actividades de interés público) que pueden regularse por algunos principios comunes, pero cuya titularidad originaria privada torna suficientes las técnicas de la policía para fiscalizar dichas actividades.

Por de pronto, no puede hablarse de crisis del fin que persigue el servicio, ya que éste —por más que se limite a la satisfacción de las necesidades primordiales colectivas— será siempre un elemento susceptible de ampliación o restricción conforme a los requerimientos de cada momento histórico¹³.

En lo que concierne a la persona que atiende el servicio público el hecho que se admita —por vía de hipótesis— que las actividades sean prestadas por particulares *jure proprio* —como los taxis— fuera del campo de las figuras tradicionales de transferencias de funciones estatales (concesiones y permisos) implica, a lo sumo, una ampliación de la institución, lo cual, por lo demás, nació para regular la actividad de concesionarios privados a quienes se les transferían poderes públicos imponiéndoles, como contrapartida, un haz de deberes, obligaciones y cargas típicos de la función administrativa, pero que, desde entonces, pasaron a constituir el régimen del servicio público (continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad).

a tener vigencia por fruto de la realidad que recrea las condiciones en que aquélla se desenvolvía.

¹² Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 59, Buenos Aires, 1981.

¹³ No creemos, sin embargo, que el fin sea un elemento subjetivo y contingente que no sirva para caracterizar al servicio público en un plano teórico estable, como apunta Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, pág. XIII-10, Buenos Aires, 1975). Por lo demás, la mutación más o menos periódica o eventual de las necesidades no modifica el ingrediente teleológico de la concepción objetiva.

Y menos aún puede hablarse de una quiebra de la noción jurídica tradicional en lo que atañe al régimen jurídico de derecho público que acompaña al servicio público. En efecto, la circunstancia de que el Estado haya asumido la realización de actividades industriales o comerciales bajo regímenes de derecho privado no permite inferir que en esas funciones se esté presutando un servicio público, ya que si la respectiva actividad se sujeta a las reglas propias de los negocios privados, ello constituye la demostración más cabal de que las correspondientes actividades civiles o comerciales resultan incompatibles con el régimen administrativo del servicio público. En definitiva, lo que hay que destacar en este proceso, es el hecho de haberse operado la extensión de la institución a ciertas actividades que los particulares ejercen *jure proprio*, calificadas por la ley como servicios públicos y sometidas a su régimen jurídico.

III. EL MONOPOLIO NO CONSTITUYE EL DATO ESENCIAL DE LA NOCIÓN

Se argumenta, generalmente por vía de la doctrina, en virtud de las dificultades que encierra la configuración de una noción unitaria, que la idea de monopolio es la que mejor explica la existencia de un régimen jurídico que se desenvuelve en un marco donde no se admite la libre competencia¹⁴.

Esta tesis que intenta definir el servicio público por un dato ajeno a su naturaleza, prescinde también de su régimen jurídico, ya que es posible que existan actividades sometidas a dicho régimen que se lleven a cabo en forma competitiva¹⁵.

La institución de monopolios en materia de los llamados servicios públicos industriales o comerciales contradice abierta-

¹⁴ Gordillo, Agustín A., *Estudios de Derecho Administrativo*, págs. 41 y sigtes., Buenos Aires, 1963.

¹⁵ Así acontece en realidad con numerosos servicios públicos tanto en nuestro país como en el extranjero (v. gr., entre nosotros el transporte colectivo en la ciudad de Buenos Aires y el auto-transporte de mediana y larga distancia).

mente el principio de subsidiariedad que legitima la gestión estatal y, al propio tiempo, desemboca en un sistema de un alto costo social ya que las formas monopólicas de prestación de estos servicios públicos genera una ineficiencia natural que llega a resistir hasta los cambios tecnológicos, la racionalización del servicio y la selección del personal.

IV. LA CONFIGURACION DE UN CONCEPTO SOBRE EL SERVICIO PUBLICO

La coincidencia, en determinadas circunstancias históricas, del criterio orgánico o funcional con el material u objetivo¹⁶ contribuyó a que pasaran inadvertidas las dificultades técnicas que plantea su conceptualización jurídica. Apenas estas surgieron, a raíz de la extensión del concepto original, se propiciaron diversas concepciones tendientes a brindar una definición comprensiva del fenómeno que se intentaba captar^{16 bis}.

No se advirtió, empero, que una cosa es la base objetiva de la institución —aún con las caracterizaciones inherentes a su régimen jurídico tanto de fondo como formal— y otra muy distinta es la posibilidad de una aplicación extensiva de su régimen sobre ciertas actividades que no constituyen servicios públicos (v.gr. Colegios profesionales) en el plano material que fueron asignadas a personas jurídicas no estatales. La aparición de este fenómeno requiere una adaptación de las ideas sobre las que reposaba la noción tradicional y aún cuando no se llega a trasto-

¹⁶ Señala Vedel que “el servicio público se puede definir de dos formas: de una manera orgánica o formal o de una manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización, se trata de una empresa regida por la Administración. La definición material se refiere a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual se ejerce la misma. Se definirá el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general” (“*Droit Administratif*”, pág. 683, París, 1968).

^{16 bis} Véase: Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, págs. 365 y sigtes., Madrid, 1985.

car el concepto clásico y material del servicio público, este proceso conduce al descubrimiento de nuevos matices y caracteres distintivos respecto de actividades a cargo de particulares, que si bien revisten un indudable interés general no llegan a constituir verdaderos servicios públicos¹⁷.

La idea objetiva del servicio público¹⁸ se combina con dos aspectos complementarios que permiten configurar el llamado servicio público propio a saber: a) la asunción por el Estado de la titularidad de la respectiva actividad (*publicatio*) y b) las notas que perfilan los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas del poder público). A su vez, todo servicio público (ya sea propio o impropio) consiste de una prestación obligatoria y concreta^{18 bis} de naturaleza económica, que satisface una necesidad primordial y directa del habitante (correos, transportes, electricidad, etc.)¹⁹.

¹⁷ La explicación doctrinaria de este proceso expansivo se operó sin advertir que los aspectos inherentes a la titularidad o asunción estatal del servicio público ("*publicatio*") y ciertos caracteres jurídicos propios de éste (v. gr. obligatoriedad) no se hallan presentes en las actividades de interés público que desarrollan personas privadas.

¹⁸ Seguida, en general, por nuestra doctrina: Marienhoff, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, págs. 21 y sigtes., Buenos Aires, 1981; Díez, Manuel María, "*Manual de Derecho Administrativo*", t. 2, págs. 16 y siguientes, Buenos Aires, 1979.

^{18 bis} Linares, Juan Francisco, "*Derecho Administrativo*", pág. 310-311, Buenos Aires, 1986. Del carácter obligatorio de la prestación derivan importantes consecuencias jurídicas tanto en punto al derecho de los usuarios a reclamar el cumplimiento efectivo del servicio, como en lo que respecta a su exigibilidad por parte de la Administración Pública cuando las prestaciones se encuentran a cargo de personas privadas y, al importar una restricción al principio de la libertad, la noción de servicio público debe ser excepcional.

¹⁹ La concepción objetiva no ha sido aceptada por Laubadère, para quien no existen servicios públicos por naturaleza sino criterios subjetivos que emanan de la intención de los gobernantes ("*Traité de Droit Administratif*", t. I, nos. 997 y sigtes., pág. 547, París, 1970), lo que ha merecido la crítica de la doctrina (Vedel, Georges, "*Derecho Administrativo*", traducción de la 6ª edición francesa, Madrid, 1980).

De lo expuesto se sigue —en primer término— que la noción de servicio público propio se limita a los que presta el Estado directa o indirectamente —ya sea por concesión o atribución legislativa (v.gr. las sociedades del Estado)— sin que influya la forma jurídica que posea la entidad prestataria.

En segundo lugar, hay que advertir que, ante la insuficiencia de la iniciativa privada, el Estado suele realizar también —en concurrencia con los particulares— actividades de interés público, de titularidad privada (por ejemplo: enseñanza y salud pública). En tal caso, aparece una virtual coincidencia entre el régimen del servicio público propio y el que corresponde a las actividades de interés público que lleva a cabo el Estado ya que, en ambos supuestos, se aplica el régimen común y propio de la función administrativa.

En definitiva, la reducción del concepto del servicio público²⁰ a la prestación individualizada²¹ de actividades tendientes a satisfacer necesidades primordiales y directas de los habitantes cuya titularidad el Estado asume como propias implica separar aquellas actividades de interés público que los particulares pueden ejercer *jure proprio*, en consecuencia o no con la Administración Pública, habida cuenta que éstas pueden regularse mediante las técnicas de policía o limitación. Lo contrario implicaría forzar un régimen como el que tipifica al servicio público, que prevé mecanismos de acceso, intervención y control que resultan no-

²⁰ La noción restringida del servicio público ha sido postulada por la jurisprudencia de la Cámara Comercial —Sala III— en el caso “Inversor S. C. P. A. publicado en La Ley, 1980-D, pág. 558 con nota de Horacio P. Fargosi, sosteniendo que la actividad bancaria no configura un servicio público sino una mera actividad de interés general.

²¹ Apunta Linares que “...el servicio público debe consistir en prestaciones específicas y determinadas. Aunque reconocemos que la cuestión es opinable nos decidimos a excluir del concepto los servicios “uti universi” es decir los de defensa, seguridad y otros indeterminados frente a muchos destinatarios. De lo contrario, toda función pública sería servicio público, debido al hecho de que el administrado tenga derecho a recibir beneficio y que se las tenga que cumplir con respecto a la regla de igualdad y en forma regular (*ob. cit.*, pág. 511).

toriamente distintos e inaplicables a las actividades particulares (v.gr. la igualdad de acceso a la enseñanza privada).

En lo que concierne a la utilidad de la noción de servicio público, si bien no presenta el interés que tiene en el derecho francés como delimitador de la competencia de los tribunales administrativos²² y pieza central de la definición del contrato administrativo²³, ella implica en Argentina, aún para el concepto restringido que se ha adoptado, la aplicación del régimen jurídico peculiar y específico del servicio público a determinadas actividades que prestan el Estado o los particulares.

V. ¿EXISTEN LOS SERVICIOS PUBLICOS IMPROPIOS? LAS ACTIVIDADES DE INTERES PUBLICO. LOS LLAMADOS SERVICIOS SOCIALES.

Se ha dicho que la importancia del debate producido alrededor de la noción de servicio público se advierte en la revisión total operada en las categorías del derecho administrativo para encuadrar en la nueva realidad^{23 bis}.

Como esta realidad se apoya en elementos históricos y evolutivos de cada país, no hay realmente una fórmula universal en cuanto a los cometidos que configuran servicios públicos, lo

²² Sin embargo, el criterio del servicio público como delimitador de la competencia de la justicia federal en lo contencioso administrativo de la Capital Federal, ha sido postulado aún respecto de aquellos servicios públicos de utilización facultativa para atribuir dicha competencia en el juzgamiento de las cuestiones que se planteen en torno a ellos, sosteniendo que "aún cuando se admita que el vínculo entre el usuario y la empresa es contractual ello no implica excluir el sometimiento del primero al status reglamentario fijado por la Administración, cuya facultad de modificar dicho status no queda afectada por la conclusión del contrato" (C. N. Federal en pleno, *in re*, "Uriburu de Aldao, María C. versus ENTel", de fecha 4-12-75, publicado en La Ley, t. 1976-A, páginas 357-358).

²³ Laubadère, André De, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, t. I, págs. 59 y sigtes., París, 1956.

^{23 bis} Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo General*, 2ª ed., pág. 261, Bogotá, 1966.

que no es óbice para acudir a las categorías fundamentales elaboradas por la doctrina y jurisprudencia comparadas, en la medida que fueren compatibles con los principios y reglas (legales o jurisprudenciales) de nuestro derecho administrativo.

Entre esa categoría, la del servicio público impropio permite excepcionalmente extender el régimen jurídico de dicha institución a determinadas actividades que prestan los particulares, que constituyen un servicio virtual²⁴ u objetivo.

Lo curioso es que el servicio público impropio²⁵ no aparece como una excepción al principio de la titularidad privada de la pertinente actividad, sino como una mera extensión del régimen jurídico del servicio público propio, con cuya fuerza expansiva no llega sin embargo, a producir una verdadera *publicatio*. Por ese motivo, puede hablarse de un servicio público impropio solo por extensión, al faltarle una de sus notas centrales²⁶ situación que conduce a prescindir del sistema de la concesión o permiso como presupuesto del otorgamiento del derecho a ejercerlo para sustituirlo por la autorización.

Del carácter excepcional que particulariza a esta figura se desprende la necesidad de que exista declaración legislativa que determine que una determinada actividad, de titularidad originaria privada, se convierta en servicio público y pase a regirse por un régimen jurídico, especialmente en lo que atañe a las reglas a las que deberá ceñirse la pertinente actividad que exigen una prestación obligatoria, regular, igualitaria y continua del servicio por parte de los particulares.

Ahora bien, el Estado puede asumir también la realización de actividades de interés público de titularidad privada como

²⁴ Véase: Vedel, Georges, *ob. cit.*, trad. del francés, págs. 645 y siguientes.

²⁵ Véase: Maiorano, Jorge Luis, *ob. cit.*, págs. 15 y sigtes.

²⁶ En Argentina existen actividades que configuran servicios públicos impropios, como el servicio de taxis. Un concepto más amplio de servicio público impropio es sostenido por Marienhoff incluyendo algunas actividades como el expendio de pan, carne y leche (*ob. cit.*, t. II, págs. 39-40) que para nosotros constituyen actividades privadas que el Estado puede reglamentar en ejercicio del poder de policía.

son la enseñanza ²⁷ y la actividad bancaria ²⁸ entre otras, pero en tal caso, si bien el régimen de tales actos puede ser, en algunas circunstancias, el que es propio de la función administrativa, ello no provoca una mutación o extensión del régimen jurídico del servicio público, cuando las actividades son prestadas por los particulares. De ese modo, no rigiendo la obligatoriedad por los particulares, no tiene el principio de la libertad el cual prevalece sobre la regla de la igualdad que veda el acceso a la prestación en condiciones discriminatorias, configurándose así un verdadero derecho subjetivo de admisión, reservado al particular que realiza la prestación ²⁹.

Tratándose de actividades de titularidad privada originaria, el derecho a ejercerlas por parte de los particulares es pleno, lo que no significa sin embargo que sea absoluto, ya que, en principio, todo derecho subjetivo tiene que ejercerse conforme a las leyes que lo reglamentan (art. 14 C.N.), teniendo en cuenta, además, que reglamentar un derecho no es degradarlo ni suprimirlo o limitarlo irrazonablemente, sino hacerlo compatible con el derecho de los demás, y en este caso, con el interés general o público ³⁰.

²⁷ Conf. Estrada, Juan Ramón de, "Enseñanza privada y servicio público", *El Derecho*, t. 119, págs. 955 y sigtes., especialmente págs. 964-967 y Barra, Rodolfo Carlos, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público", *La Ley*, 1982-B, pág. 363.

²⁸ Conf. Manzanedo y Gómez Reino, "Curso de Derecho Administrativo Económico", pág. 485; Fargosi, Horacio P., "La actividad financiera privada ¿Servicio público impropio?", en *Estudios en Homenaje a Isaac Halperín*, pág. 739. En contra: Labanca, Jorge, "Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco", en *Jurisprudencia Argentina*, 1967-VI, Sec. Doc., pág. 811.

²⁹ La jurisprudencia —en el caso "Fundación San Martín de Tours"— ha considerado que los colegios privados no se encuentran obligados a aceptar a todos los aspirantes a ingresar, e hizo lugar a una acción de amparo tendiente a anular la intervención dispuesta por el Ministerio en el registro de inscripciones (Conf. Sala IV de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sentencia de fecha 15-9-81 publicada en *La Ley*, 1982-B, pág. 364, con nota de Barra).

³⁰ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 136, págs. 161 y sigtes., en el conocido caso "Ercolano versus Lantieri Renshaw".

En cambio, la realización de servicios públicos está dentro de la finalidad³¹ que asume el Estado a través de la "publicatio", cuando son propios o en el caso de los llamados impropios mediante declaración legal, supone siempre la observancia de reglas que implican la obligatoriedad de la prestación con prevalencia de la igualdad sobre la libertad, régimen que se justifica en virtud del carácter primordial que reviste la atención de determinadas necesidades colectivas.

Los servicios públicos propios se distinguen de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de los cual se rigen por los principios y normas propios de la función administrativa³².

En definitiva, salvo que se configure la "publicatio" tales actividades no son de titularidad estatal ni su otorgamiento se rige por las técnicas de la concesión de servicios públicos³³ ni del permiso.

cuenta que si una ley positiva erróneamente atribuye de modo expreso el carácter de servicio público a determinada actividad, pese a que, en principio, no cabría discutir tal calificación legal, la realidad prevalecerá tarde o temprano sobre la decisión del legislador".

³¹ Oliveira Franco Sobrinho, Manoel. "Os servicios de Utilidade Pública", pág. 9, Curitiba (Brasil), 1940.

³² Ver: Diez, Manuel María, "Manual de Derecho Administrativo", t. 2, pág. 13, Buenos Aires, 1980, considera que los servicios asistenciales son servicios públicos porque constituyen prestaciones que tienden a satisfacer necesidades de carácter general, conclusión que no compartimos por las razones que damos en el texto.

³³ Conf. Diez, Manuel María, *ob. cit.*, t. 2º, pág. 13.

SUMMARY

The author analyzes the traditional notion of Public Service in its conception and reaches. He concludes that this notion is not in crisis, and that it must be adapted to the conceptual changes that have come about since its origin.

He thus arrives at a restricted conception of Public Service, which he considers not only useful but in force. The assumptions that the provision of services is effected on by the state or by private enterprise, are described through this conception.

Lastly the author outlines the so called improper Public Service.

EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACION POR EL PODER LEGISLATIVO

profesor WILSON ACCIOLI *

"If the power process is to be conducted in conformity with the Constitution, it is at least necessary for Parliament's functional independence to be adequately protected against governmental pressures".

(Karl Lowenstein, *Political Power and the Governmental Process*, The University of Chicago Press, 1957, p. 187).

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el constitucionalismo moderno se observa una tendencia cada vez más acentuada hacia el fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Las absorbentes responsabilidades económicas y financieras, la convergencia siempre creciente de múltiples actividades administrativas en el Gobierno, y los gastos vertiginosos de las previsiones bélicas, traen una suma inmensa de responsabilidades a los Estados contemporáneos. Todos estos factores y también la rapidez con que urge resolver tales problemas, fuerzan naturalmente esa concentración en perjuicio de las atribuciones normales del Poder Legislativo, que todavía medio debilitado, busca reformar su estructura interna, desajustada de las exigencias de los nuevos patrones establecidos, intentando

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

adaptarse al ritmo acelerado de los cambios constantes de las innovaciones sociales, económicas, políticas y técnicas.

Esta propensión a admitir un ascendiente virtual del Poder Ejecutivo sobre los otros dos poderes —desentendiéndose de los principios básicos de la teoría que tuvo en Montesquieu una de sus formulaciones más destacadas— viene de larga data, como podemos desprender de la lectura de la obra máxima de interpretación del Estatuto Político Norteamericano: *The Federalist*. En efecto, en el Capítulo LXX, escrito por Hamilton, se lee que “un ejecutivo débil implica una débil ejecución del gobierno”¹.

En el mismo sentido es la opinión del ilustre constitucionalista Mirkine - Guetzevitch, puesta de relieve en uno de sus libros de mayor repercusión. Con la fuerza de su autoridad afirma que “la tendencia de las recientes revisiones constitucionales en los Estados de la nueva Europa, hacia un refuerzo del Ejecutivo plantea un problema —añade— de la primacía política (y no constitucional) del Ejecutivo”². Y demostrando que las complejas condiciones del mundo actual alteran las relaciones entre el Legis'ativo y el Ejecutivo, remata su pensamiento explicando que “la vida actual es de tal modo compleja, que por una parte diversos problemas de la vida social deben recibir una reglamentación administrativa y no legislativa, y por otra, el Ejecutivo es quien juega el papel más importante en el proceso legislativo”³.

Podríamos además recoger el testimonio de otros distinguidos publicistas en torno del tema que sirve de base al fundamento de nuestra tesis. No obstante, dado que el magisterio del notable autor de “El Derecho Constitucional Internacional” es de tan fácil comprobación y confirma otros ejemplos que pueden reforzar su raciocinio, sería inoportuno traer a colación nuevos

¹ Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist*, Basil Blackwell, Oxford, 1948, p. 358.

² Mirkine-Guetzévitch, *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, París, 1936, 2ª ed., p. 195.

³ Mirkine-Guetzévitch, *ob. cit.*, p. 199.

argumentos en favor de nuestras afirmaciones. El fenómeno es casi universal. Aún en países donde observamos una rígida división de poderes, ocurre una polarización de fuerzas en torno del Ejecutivo.

No obstante, la verificación de este hecho no nos induce a aceptarlo sin discusión. En consecuencia, la tesis que nos proponemos desarrollar trata de evidenciar las modalidades de control de que puede valerse el legislativo para reducir la acción pletórica del Poder armado.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Antes de examinar los medios de contención que puede el Legislativo utilizar para lograr sus objetivos, estudiemos rápidamente los elementos que informan el denominado *principio de legalidad* que constituye, sin duda, el punto neurálgico de la cuestión: saber si determinado acto de la administración está revestido de las formalidades indispensables para producir los efectos necesarios en la órbita de su actuación.

La completa subordinación de la Administración Pública a la ley es una resultante del sistema de legislación escrita y de la propia índole de la función administrativa. Conforme con las enseñanzas del ilustre Vicente Rao "el principio de legalidad reclama la subordinación de los actos ejecutivos y judiciales a las leyes y también la subordinación, en los términos indicados, de las leyes locales a las federales y de las municipales a unas y otras"⁴.

Esta sumisión absoluta a la ley es lo que torna válidos los procedimientos de la administración. Con su autoridad de eminente publicista Schwartz afirma que "el *principio de legalidad* ha sido el punto de mayor relieve en la estructura constitucional anglo-americana", agregando que "el principio sólo presupone como legítima la acción del gobierno en tanto ella no esté en

⁴ Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, Max Limonad, 1960, 1º vol., p. 347.

conflicto con las prescripciones establecidas en el Estatuto básico y en las leyes ordinarias”⁵.

En la misma dirección se halla el pensamiento de Gabino Fraga, que aclara que “el principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos y autorizados por disposición general anterior, tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto, pues salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún otro motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental. Como la actividad del Estado —prosigue— resolviendo casos individuales sin sujeción a las normas generales constituye la definición clásica del despotismo y como esta noción es contraria a todos los sistemas constitucionales modernos, se ha considerado que el principio de legalidad desde el punto de vista material no debe sufrir, fuera de la señalada, ninguna excepción”⁶.

Constatamos, de este modo, que el *principio de legalidad* reside en el hecho de que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no armonice con una disposición general fijada previamente.

De acuerdo con las enseñanzas del eminente Seabra Fagundes, las actividades de la administración Pública están restringidas por la sumisión al orden jurídico, esto es a la *legalidad*; y el procedimiento administrativo deja de tener validez si carece

⁵ “La clave de la estructura constitucional angloamericana ha sido el principio de legalidad puesto en vigor por los Tribunales de justicia. Este principio presupone que la acción gubernamental es válida sólo cuando no entra en conflicto con las prescripciones establecidas por las normas escritas de la Constitución. O para decirlo de otro modo la acción gubernamental es válida si es legal. Es ilegal si no está de acuerdo con las directivas de un órgano superior en la jerarquía de quienes en el Estado dictan las leyes. Es básico en la concepción norteamericana del principio de legalidad la noción de que existen principios superiores al Estado que deben ser puestos por los Tribunales. Estos principios son, en el sistema norteamericano, aquellos establecidos en la Constitución Federal. Schwartz, *American Constitutional Law*, Cambridge, 1955, p. 25.

⁶ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, México, 1960, 8ª ed., pp. 98-99.

de apoyo en un texto legal a guisa de fuente primitiva. "Pero —escribe el ilustre publicista— no basta que tenga siempre por fuente a la ley. Es preciso además que se ejerza según su orientación y dentro de los límites por ella trazados. Sólo así el procedimiento de la Administración es legítimo. Cualquier medida que tome el Poder Administrativo frente a determinada situación individual, sin norma que la autorice o excediendo el ámbito de autorización de la ley, será antijurídica. Esa sumisión integral de la Administración Pública a la ley, constituye el *principio de legalidad*, aceptado universalmente y es una consecuencia del sistema de legislación escrita y de la propia naturaleza de la función administrativa. El derecho escrito que tiene su más fuerte razón de ser en la necesidad de excluir el arbitrio en el desarrollo de las relaciones sociales, presupone forzosamente la limitación de las actividades de acuerdo con sus textos"⁷.

Reunidos así en una rápida indagación los elementos informativos del denominado *principio de legalidad*, de donde se deduce la premisa de que toda actividad gubernamental está sujeta a la obediencia a un texto legal fijado con anterioridad, examinemos a continuación los medios que pueden utilizar el Poder Legislativo para controlar los actos que proceden de la Administración.

CONTROL LEGISLATIVO

El control legislativo sobre los abusos del poder del Gobierno, siendo como es de efectos eminentemente indirectos, se ejerce de diversas maneras. Entre las principales encontramos: el control del proceso presupuestario a través de la aprobación de la Ley de Presupuesto y de las autorizaciones de créditos adicionales; los pedidos de informes dirigidos a los órganos de la Administración Pública por intermedio de las Cámaras Legislativas de acuerdo con los respectivos Reglamentos Internos; la

⁷ Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Edição Revista Forense, Rio, 1957, 3ª ed., p. 113.

convocatoria a los Ministros para dar informaciones sobre asuntos de sus carteras; las Comisiones Legislativas de Investigaciones; el ejercicio de la actividad jurisdiccional penal del Congreso en los juicios de responsabilidad al Presidente, al Vice-Presidente de la República y a los Ministros de Estado.

a) *Proceso presupuestario.*

Examinemos por su orden el control que puede ponerse en práctica en relación con la Ley de Presupuesto y con la negativa de recursos financieros como vía de evitar los abusos de poder de las autoridades.

Como inicio, merece que se consideren en trazos rápidos los aspectos políticos del presupuesto, con la idea sobresaliente de su capital relevancia en las democracias, señalada por la propia procedencia y la transformación histórica de la institución. Ese origen se mezcla con el de las instituciones parlamentarias implantadas en Inglaterra como consecuencia del imperativo de que las dotaciones pretendidas por el soberano para la subsistencia de la Casa Real, de sus fuerzas armadas y demás incumbencias, necesitan previo asentimiento de un órgano representativo. Al principio de la clase o grupo social predominante y posteriormente de todo el pueblo. A pesar de haber sufrido muchas infracciones —motivando inclusive las célebres luchas entre el poder absorbente de los soberanos ingleses y las prerrogativas de las que el Parlamento se suponía legítimo titular— ese principio fue consagrado en la *Carta Magna*⁸ y traducido en el aforismo *no taxation without representation*.

⁸ Adams, *Constitutional History of England*, Jonathan Cape London, 1963, p. 131: "Los capítulos XII y XIV están entre los que han sido considerados de especial importancia constitucional en lo concerniente al derecho de que el Parlamento consienta en la imposición". En el mismo sentido, Stubbs, *The Constitutional History of England*, Oxford, 1891, 5ª Ed., Vol. I, p. 573: "El artículo XII y los tres siguientes tienen el mayor interés constitucional dado que admiten el derecho de la Nación de ordenar los impuestos y definen el modo en que debe darse el consentimiento de la Nación".

Merece subrayarse también, que tanto la Petición de Derechos (*Petition of Rights*) de 1628, como la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de 1689 tienen preceptos contra cualquier cobro de tributos sin aprobación del Parlamento⁹.

Para que se tenga una idea de la importancia de la fijación de este postulado en lo que se refiere tanto al control del Ejecutivo por el Legislativo como al proceso presupuestario, basta apuntar que de esas disposiciones escritas (*statute law*) de la Constitución inglesa, resultó la supremacía del Parlamento¹⁰.

En Francia, los Estados Generales reunidos en 1789 y luego transformados en Asamblea Nacional, decidieron que de allí en más, ningún impuesto podría ser votado sin el consentimiento de los representantes de la Nación.

Temiendo los excesos que podrían ser practicados por el Poder Ejecutivo —con el retorno a las arbitrariedades del Antiguo Régimen— los constituyentes de 1789 imaginaron medidas capaces de frenar tales abusos de autoridad¹¹. Se observa una insistencia en el pensamiento de quienes elaboraron la Constitución de 1791 en cuanto a los controles que deberían ser establecidos por el Poder Legislativo, confiriendo a ese órgano —según el ejemplo del Parlamento inglés— una cierta supremacía¹².

⁹ Wade & Phillips, *Constitutional Law*, Longmans, 1960, 6ª ed., pp. 6 y 7: "Otro documento registrado como 3 Car. 1. c. 1, es la petición de derechos de 1628 que contenía protestas contra la imposición sin el consentimiento del Parlamento". Entre los preceptos de la *Declaración de Derechos* figura el siguiente: que la recaudación de dinero para el uso de la corona por una pretendida prerrogativa, por un tiempo prolongado o de modo habitual, sin la venia del Parlamento, como ella debe ser establecida, es ilegal".

¹⁰ Wade & Phillips, *ob. cit.*, p. 8: "La Declaración de Derechos y el Acta de Establecimiento marcan la victoria del Parlamento".

¹¹ Pierre Duclos, *La Notion de Constitution dans l'Oeuvre de L'Assemblée Constituante de 1789*, Librairie Dalloz, París, 1932, p. 134: "Es por tanto por este temor de los abusos del poder ejecutivo y de un renacimiento del poder despótico del antiguo régimen, que encuentran fundamento las disposiciones que restringen al poder ejecutivo".

¹² Pierre Duclos, *ob. cit.*, p. 269: "En lo que concierne a las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, la observación que aca-

Reflejando el pensamiento de quienes la estructuraron, la Constitución prescribe en el artículo 1º, capítulo III, Sección 1ª:

“La Constitución delega exclusivamente en el órgano legislativo: ...2º) fijar los gastos públicos; 3º) establecer las contribuciones públicas, determinar su naturaleza, las alícuotas y el modo de percepción”.

En los Estados Unidos, desde 1765, se hizo notar la antigua aspiración de los colonos, traducida por la Asamblea General de Virginia, manifestando su opinión de que solamente la Asamblea General de la colonia podría exigir impuestos a sus habitantes. Por eso, en la Declaración de Derechos del Primer Congreso Continental, realizado en Filadelfia en 1774, se afirmó el principio de la exclusión de *every idea of taxation, internal or external, for raising a revenue on the subjects in America, without their consent*¹³.

Las mismas reivindicaciones se verificaron en Brasil, donde los colonos también protestaron contra el sistema extorsivo adoptado por la metrópoli, estableciendo impuestos sin consulta previa. Los estudiosos de nuestra historia señalan de un modo generalizado, la circunstancia de que la tributación infligida a la Colonia resultaba bastante gravosa¹⁴.

En la época de la llegada de la Corte al Brasil, la tributación de la Colonia era defectuosa e insuficiente. Como consecuencia del desmantelamiento del órgano recaudador, los impuestos se creaban a través de leyes, decretos o resoluciones del poder real, o mediante simples órdenes o instrucciones de las propias autoridades locales¹⁵.

bamos de hacer es válida: como consecuencia de la jerarquía que preside ahora a las relaciones entre el Estado y sus órganos, el Cuerpo Legislativo ejerce una influencia directa muy importante sobre los órganos del poder ejecutivo.

¹³ McLaughlin, *A Constitutional History of the United States*, Appleton, New York, p. 85.

¹⁴ *História Geral da Civilização Brasileira* (O Brasil-Colonial), Difusão Européia do Livro, S. Paulo, 1960, p. 342.

¹⁵ *História Geral da Civilização Brasileira* (O Brasil Monárquico), Difusão Européia do Livro, S. Paulo, 1962, p. 103.

Con la institución de la Constitución otorgada en 1824, se consagró en ella el principio fundamental —rasgo sobresaliente de los regímenes democráticos— de que se atribuye a los representantes de la Nación la fijación de las contribuciones públicas y la discriminación de su producto.

En la apreciación de este medio de control indirecto del Legislativo sobre el Ejecutivo, hemos de examinar de modo susto de vista del Gobierno, el efecto jurídico más importante del Presupuesto consiste en las restricciones que éste ofrece a su actividad financiera. El Ejecutivo está obligado a exigir sólo las contribuciones públicas prefijadas y clasificadas en la Ley de Medios y a gastar exclusivamente las cantidades allí especificadas.

Desde el punto de vista de los contribuyentes, el principal efecto jurídico del Presupuesto se refleja en el compromiso que les impone de pagar los tributos que enumera de conformidad con la capacidad de cada uno de soportar las cargas.

La indagación de la naturaleza del Presupuesto ha sido materia de debates, es decir si es una ley o un mero acto administrativo. Hay autores que defienden la tesis de que el Presupuesto, considerado desde el ángulo de los gastos es simplemente un acto administrativo, mientras que por el lado de los ingresos implica normas legislativas materiales.

En el derecho brasilero la controversia adquiere apenas un carácter teórico, frente al espíritu de los textos constitucionales sobre el Presupuesto. En realidad la Constitución Federal se refiere explícitamente a la *ley presupuestaria*. En lo que se refiere a los gastos, el Presupuesto dentro de nuestra sistemática jurídica es sólo una *ley formal*, toda vez que en la fijación de los gastos el Congreso se halla limitado por la legislación vigente. En la parte relativa a las cargas la Ley de Medios se erige en una auténtica *ley sustantiva*¹⁶.

Conforme lo estamos verificando, este medio de control del que puede valerse el Poder Legislativo para ejercer su vigilancia

¹⁶ Virga, *Diritto Costituzionale*, Edizioni Universitaire, Palermo, 1961, 5ª ed., pp. 237-238.

sobre el Ejecutivo es de la mayor importancia, en razón de su libertad en la ejecución del programa financiero.

Por tanto, dada la importancia del asunto examinemos a continuación las facetas que presenta el moderno proceso presupuestario en los países grandes, considerando que las finanzas —como lo enseña Laski— no se aislan de la política, sino más bien la traducen¹⁷.

A pesar del control ejercido por el Poder Legislativo sobre el proceso presupuestario, las finanzas constituyen eminentemente un negocio de competencia gubernamental. En este sentido aclara Mathiot que *c'est au Cabinet que appartient de déterminer, en fonction de sa politique, les besoins de l'État et les moyens d'y faire face*¹⁸.

Es así que el Presupuesto es presentado por el Ministro de Finanzas (Chancellor of the Exchequer) quien sobre el control del Primer Ministro o del Gabinete, domina toda el área financiera del Estado. Preparado el Presupuesto —en conexión con los diversos departamentos— expone a los Comunes, en el *Budget Speech*, el programa financiero del Gobierno¹⁹.

El control es puesto en práctica por la Cámara de los Comunes, a través de la negación o de la reducción de los recursos financieros, mientras que le está vedado presentar cualquier enmienda tendiente al aumento de los créditos previstos²⁰. Los detalles del Presupuesto son estudiados en las Comisiones, dando por resultado dos leyes distintas: la *Finance Act*, que autoriza la recaudación de los recursos y la *Appropriation Act* que aprueba oficialmente los gastos²¹.

Restringiendo o rechazando las disponibilidades impositivas señaladas en el Presupuesto, la Cámara de los Comunes ejerce

¹⁷ Laski, *Le Gouvernement Parlementaire en Angleterre*, PUF, París, 1950, p. 98.

¹⁸ Mathiot, *Le Régime Politique Britannique*, Librairie Armand Colin, París, 1955, p. 160.

¹⁹ Mathiot, *ob. cit.*, p. 160.

²⁰ Mathiot, *ob. cit.*, p. 161.

²¹ Wade & Phillips, *ob. cit.*, p. 140; Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1962, 3ª ed., pp. 221-222.

un control efectivo sobre la Política Financiera elaborada por el Gobierno.

En los Estados Unidos compete al Presidente enviar el Presupuesto a la Cámara de Representantes, y éste es remitido de inmediato a la Comisión de Finanzas. Cuando las subcomisiones encargadas de los estudios competentes concluyen su trabajo, la opinión sobre el Presupuesto se somete a la Cámara y luego a la Comisión de Finanzas del Senado para obtener su opinión que, evidentemente, no es tan extensa ni completa como la que realiza la otra rama del Congreso. Elaboradas las opiniones por las Comisiones de la Cámara y del Senado, el Presupuesto está en condiciones de ser debatido en el plenario, oportunidad en que pueden presentarse las enmiendas. En una etapa posterior tiene lugar la aprobación del Presidente, que carece entonces de prerrogativas para vetar ítems aislados, aprobando en general la ley presupuestaria aún cuando discrepe con algunas de sus disposiciones²².

Subraya Lowenstein —publicista de los más destacados— que “en los Estados Unidos el presupuesto ejecutivo constituye una práctica invariable del Congreso, el que no obstante —agrega— reserva celosamente para sí mismo y frecuentemente ejerce, el derecho de reducir los pedidos del gobierno mientras, en general se mantiene dúctil respecto de los deseos presidenciales respecto de los ingresos”²³.

En el mismo sentido opina Potter, quien después de afirmar que la supervisión de la Administración por el Congreso debe ser igual a su actividad legislativa, aclara que no hay una efectiva organización por parte del Congreso para ejercer un control general, señalando que “cada pequeño grupo de congresistas adquiere una inusual influencia sobre el sector de la administración pública en el cual se halla particularmente interesado. Los congresistas trabajan en aquellos subcomités que tienen competencias relaciona-

²² Binkley & Moos, *A Grammar of American Politics*, Alfred Knopf, New York, 1958, 3ª ed., pp. 405-406.

²³ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, The University of Chicago Press, 1957, pág. 204; Munro, *The Government of the United States*, The MacMillan Co., New York, 1959, pp. 385-392.

das con aquellos departamentos que afectan más directamente sus intereses especiales”²⁴.

Considerando básico el control que en esos casos ejerce el Poder Legislativo sobre el Gobierno, el eminente Galloway escribe: “La segunda área de importancia en la supervisión del Congreso sobre la administración es la de las finanzas”²⁵.

También en Francia —a pesar de las alteraciones consolidadas en la última reforma constitucional, que implican una suma mayor de poderes para el Ejecutivo— siguiendo la antigua tradición se consagró el principio del control del proceso presupuestario por el Legislativo. En efecto, el artículo 39 de su actual Estatuto Político dispone: “Los proyectos de leyes financieras se someterán en primer lugar a la Asamblea Nacional”.

Después de ser examinado por la Asamblea Nacional, el proyecto se somete al Senado. En una etapa posterior, siguiendo las reglas comunes, se procede a la tramitación normal de la votación de las leyes. En cuanto a los plazos, verificamos que si los mismos no fueren observados, la *Ley de Medios* puede ser puesta en vigor por medio de un decreto del Gobierno. Ello significa que el Parlamento no puede oponer obstáculos a la acción financiera del Gobierno forzándolo a admitir el anterior. De cualquier modo es una brecha para que el Ejecutivo se sustraiga al control previo del Poder Legislativo²⁶.

Un procedimiento idéntico opera en el sistema constitucional italiano, donde la discusión del Presupuesto en el plenario, por antigua tradición, constituye una ocasión para su amplio examen sobre los rumbos de la política financiera del Gobierno.

Es más, las Cámaras no pueden dejar de aprobar el Presupuesto, porque si así procediesen forzarían la paralización de las

²⁴ Potter, *American Government and Politics*, Faber and Faber, Ltd., Londres, 1955, p. 206.

²⁵ Galloway, *History of the House of Representatives*, Crowell, 1962, 2ª ed., p. 174.

²⁶ Chatelain, *La Nouvelle Constitution et le Régime Politique de la France*, Editions Berger-Levrault, París, 1959, p. 117: “El Parlamento no puede, entonces, paralizar al Gobierno por el simple rechazo de la ley de finanzas o el simple hecho de diferir su aprobación”.

actividades del Estado. Contrariamente a los preceptos constitucionales anteriores —que consideraban la negación de la aprobación del Presupuesto como un voto de desconfianza al Ministro— de que se verifique una formalización expresa de dicha moción²⁷.

Conforme vimos anteriormente, desde el Imperio nuestras constituciones consagraron el examen del Presupuesto como medio de control del Legislativo sobre las directrices de la política financiera del Gobierno²⁸.

A semejanza de la gran mayoría de los Códigos fundamentales, la Constitución brasileña vincula el proceso presupuestario al control que debe ser ejercido por el Poder Legislativo en lo que concierne a la manipulación de los dineros públicos.

Dentro de la sistemática constitucional brasileña, deben señalarse como ángulos salientes el aspecto de la prohibición establecida a la compensación de partidas, a la concesión de créditos ilimitados y a la apertura, sin autorización legislativa, de créditos especiales.

La compensación de partidas es, como sabemos, la aplicación de una determinada fracción a un objetivo diferente de aquél que le fuera reservado anteriormente, eludiendo de este modo la estructura financiera y jurídica del Presupuesto, a través de un acto abusivo de la Administración.

b) *Interpelaciones, informes, convocatoria a los Ministros.*

Otra modalidad del control del Poder Legislativo consiste en las interpelaciones, los pedidos de informes y la convocatoria a los Ministros.

Las formas de interpelación, interrogación y moción son características de los países que adoptan el régimen parlamentario. Entre nosotros son usuales los pedidos de informes y la convocatoria a los Ministros para brindar aclaraciones.

²⁷ Virga, *ob. cit.*, pp. 241-242.

²⁸ Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Tipografía J. Villeneuve, Rio, 1857, p. 85.

El Parlamento inglés acostumbra habitualmente a emplear —como medio de control de la actividad gubernamental y administrativa— las denominadas *questions* (interrogaciones). Su importancia es tal que un distinguido estudioso del régimen político inglés llega a afirmar que e'las constituyen la verdadera llave del control legislativo ²⁹.

Confirmando la importancia que debe darse a las *questions*, Hood Philips, después de situar su origen en 1721, en la Cámara de los Lores, subraya también la relevancia de esa función del Parlamento, escribiendo que *the asking of questions is now one of the most important functions of Parliament*" ³⁰.

Las interrogaciones (*questions*), además de mantener constantemente a la administración en estado de alerta, representan un factor de innegable proyección política. Reflejan, sobre ciertos aspectos y en determinado momento, la preocupación de la Nación, obligando al Gabinete a dar cuenta a la opinión pública.

En Italia la fiscalización administrativa se procesa a través de tres etapas: la del conocimiento, la del juicio y la dispositiva. La primera se obtiene por medio de los interrogatorios y la segunda se verifica en oportunidad de las interpelaciones. En lo que se refiere a la tercera, se vincula con determinadas mociones que en caso de negativa pueden inclusive provocar la dimisión del Gabinete ³¹.

La Constitución francesa también provee —como medio de acción del Parlamento sobre el Gobierno— el arma de las preguntas orales o escritas. Aquellas son las que los parlamentarios dirigen en la propia Sala de Sesiones al Ejecutivo y son publicadas en el *Journal Officiel*. El segundo tipo de interrogatorio es bastante frecuente y constituye un proceso de control que en cierto modo es eficaz. Pero —explica Chatelain— no presenta una real

²⁹ Mathiot, *ob. cit.*, pp. 240-241.

³⁰ Hood Phillips, *ob. cit.*, pp. 199-201.

³¹ Virga, *ob. cit.*, p. 242. En el mismo sentido, Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, Nápoli, 1962, 6ª ed., p. 361; Ballardore Palliere, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 253; Pergolesi, *Diritto Costituzionale*, Cedam, 1962, vol. I, pp. 550-551.

importancia política³². De cualquier modo se erige en una institución normal del régimen parlamentario³³.

Además, el control del Legislativo se presenta cuando la Asamblea Nacional adopta una moción de censura o cuando desaprueba el programa o una declaración de política general del Gobierno. En esta ocasión el Primer Ministro deberá presentar la dimisión del Gobierno al Presidente de la República.

El Congreso norteamericano, en su función de fiscalización administrativa se vale también de los pedidos de informaciones (*resolutions of inquiry*), apuntando a obtener ciertos datos, sin recurrir por ello a la atribución de las denominadas *Comisiones Parlamentarias de Investigación*. Se considera una prerrogativa relevante el privilegio de interrogar al Gobierno, principalmente cuando se tiene en vista el hecho de que el sistema norteamericano impide que el Congreso pueda forzar la comparecencia al recinto de los Secretarios del Presidente. De un modo general el Ejecutivo ha reconocido esta prerrogativa del Legislativo, aunque en algunas oportunidades hayan surgido conflictos con Presidentes que se negaron a transmitir las informaciones solicitadas³⁴.

En la sistemática del Derecho Constitucional brasileño, además de los pedidos de informes dirigidos a los órganos de la Administración Pública, por intermedio de la Presidencia de las Cámaras Legislativas, de acuerdo con las disposiciones de sus Reglamentos Internos, se verifica también la convocatoria a los Ministros para dar explicaciones. Este control sobre el Poder Ejecutivo se ejerce de dos maneras: o bien el Ministro es especialmente convocado para responder a las preguntas que le son propuestas, o comparece de modo espontáneo para ilustrar a los legisladores sobre problemas vinculados con la Administración. Si el Ministro no atiende a la convocatoria compulsiva, incurre en el crimen de responsabilidad previsto en la Constitución.

³² Chatelain, *ob. cit.*, p. 115.

³³ Lidderdale, *Le Parlement Français*, Librairie Armand Colin.

³⁴ Bidegain, *El Congreso de Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 169-170; Schwarz, *ob. cit.*, pp. 70-71-72.

c) *Comisiones Parlamentarias de Investigación.*

Puede decirse que el ejercicio del derecho de investigación del Parlamento inglés remonta a la institución de la propia asamblea legislativa, citándose ejemplos de Comisiones de Investigación que datan del siglo XIV. No obstante fue recién después de la Revolución de 1688 —que sedimentó en Inglaterra la práctica del gobierno parlamentario— que tales comisiones, puestas en función por ambas Cámaras, se convirtieron en una característica de la prerrogativa del Parlamento británico³⁵. Actualmente estas Comisiones se presentan bajo dos formas: la denominada Comisión Especial (*Selected Committee*) y la Comisión Real (*Royal Commission*)³⁶.

El Parlamento inglés ha hecho uso de esta institución de un modo discrecional y liberal, bien con el objeto de recoger elementos para ilustrar al legislador o con el objeto de controlar eficientemente al Poder Ejecutivo.

Calcando sus raíces directamente de las prácticas parlamentarias británicas, el Congreso de Estados Unidos es, desde el punto de vista histórico, la segunda asamblea legislativa del mundo que gozó del derecho de investigación. La investigación parlamentaria en Estados Unidos es anterior a la misma Constitución Federal, dado que en algunos casos fue practicada por las asambleas de las colonias. La investigación del Congreso ha sido vastamente utilizada en los Estados Unidos. Desde la fundación de la República la conducta de la administración —en sus diferentes aspectos— ha sido objeto de riguroso control por parte del Legislativo. En 1792, haciendo prevalecer su derecho de supervisar al Ejecutivo, la Cámara de Representantes designó la primera Comisión de Investigación de la que dan noticias los historiadores de la Constitución americana, registrándose desde entonces un número considerable de investigaciones por parte del Congreso.

³⁵ Furlani, *Le Commissioni Parlamentari d'Inchiesta*, Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 107.

³⁶ Hood Phillips, *ob. cit.*, p. 462: "Las Comisiones Especiales incluyen Comisiones de Investigación (sustituídas en gran medida por las Comisiones Reales y las Comisiones Departamentales)".

De acuerdo con las enseñanzas de Binkley y Moss "el propósito de esta investigación es cerciorarse sobre la conducta de la rama ejecutiva. El Congreso examina, estudia y legisla para mejorar la organización y los procedimientos administrativos. Puede cerciorarse cuando el administrado ha desviado o aún revertido las políticas que establecen las leyes"³⁷.

Francia e Italia también consagran en su Ley Básica la institución de la investigación parlamentaria³⁸.

En el Brasil podemos vislumbrar históricamente desde el Imperio, los orígenes remotos de las Comisiones de Investigaciones. Según el eminente Pimenta Bueno —sin duda uno de los mayores exégetas de la Constitución imperial— al interpretar el inciso 9º del artículo 15 de la Carta Política de 1824 que establecía entre las atribuciones de la Asamblea General la de "velar por la guarda de la Constitución y promover el bien general de la Nación", y después de mencionar las diferentes maneras por las cuales ese derecho de investigación podría ser puesto en práctica, escribe: "También por medio de Comisiones pueden realizarse investigaciones que entren en los detalles de la gestión administrativa, sobre todo en cuanto a la administración financiera"³⁹.

No obstante, la investigación parlamentaria recién se inicia entre nosotros con la elaboración del Estatuto Político de 1934, cuyo artículo 86 obedece al paradigma de la famosa Constitución de Weimar.

La Carta de 1937 nada estableció sobre la materia.

Tanto la Constitución de 1946 como la de 1967 y la Enmienda Constitucional nº 1 de 1969 también dispusieron acerca de la creación de Comisiones Parlamentarias de Investigación, complementando su régimen a través de los preceptos reglamentarios de las dos Cámaras del Congreso y de la Ley nº 1579 del 18-3-1952.

Por más morosas y lentas que sean las Comisiones de Investigación no puede dudarse de su eficiencia e importancia, pues

³⁷ Binkley & Moos, *ob. cit.*, p. 464.

³⁸ Pergolesi, *ob. cit.*, p. 551; Virga, *ob. cit.*, p. 244 y sigtes.; Balladore Palliere, *ob. cit.*, p. 253.

³⁹ Pimenta Bueno, *ob. cit.*, p. 106.

aunque les fueran negados otros méritos subsistirían aquéllos que se derivan del esclarecimiento de la opinión pública a través de los testimonios de los acusados y testigos, reveladores de actos ilegales practicados por la Administración, cuando en particular ese hubiera sido el objetivo de la investigación. Por consiguiente, a pesar de los defectos y fallas que se les puedan apuntar, las Comisiones de Investigación tienen gran relevancia en la supervisión ejercida sobre el Gobierno por el Poder Legislativo.

d) *Crímenes de responsabilidad del Presidente y los Ministros.*

El grado mayor de control del Poder Legislativo respecto de los actos ilegales del Gobierno tiene relación con los denominados crímenes de responsabilidad, que son la forma más elevada de supervisión. En esta esfera, la gravedad de los desvíos de poder practicados por el Ejecutivo asume amplias proporciones, frente a la interdependencia que los órganos del Estado mantienen en alto límite.

La idea de responsabilidad está vinculada íntimamente con el concepto de democracia.

El origen del *impeachment* tiene afincadas sus raíces en el suelo británico, donde surgió por primera vez de modo indeciso, aplicado por vez primera en 1376 contra los Ministros de Eduardo y luego en 1386 contra el Duque de Suffolk, Ministro de Ricardo. Creado, por tanto, en el siglo XIV, este proceso que en Inglaterra dejó de utilizarse en 1805 con la acusación a Lord Melville, consistía en el juzgamiento por la Cámara de los Lores de los Ministros denunciados por la Cámara de los Comunes, funcionando aquélla con plena jurisdicción, es decir aplicando las penas que le parecieran adecuadas⁴⁰.

De Gran Bretaña el *impeachment* pasó a los Estados Unidos. Adoptado por algunas colonias, los *framers* lo introdujeron en la Constitución de 1787 como una salvaguarda necesaria contra el ejercicio arbitrario del poder.

Tanto Francia, como Italia, como en general los regímenes parlamentarios de Europa acogen también este procedimiento a

⁴⁰ Mathiot, *ob. cit.*, p. 205; Adams, *ob. cit.*, p. 208.

pesar de su inoperancia frente a la latente responsabilidad ministerial.

En el Brasil la institución presenta una índole exclusivamente política, previendo la Constitución entre los crímenes de responsabilidad el atentado contra la guarda y empleo legal de los dineros públicos, la ley presupuestaria y la probidad en la administración. Estos delitos son reglamentados en una ley especial, la n.º 1079, que dispone las normas del proceso y juzgamiento.

La experiencia brasileña demuestra que el Supremo Tribunal Federal ha rehusado sistemáticamente inmiscuirse en los procesos de responsabilidad, negándose a revisar las decisiones políticas del Congreso. Innumerables decisiones dan cuenta de esta interpretación de nuestra más alta Corte de Justicia.

En líneas generales estos son los medios de que dispone el Legislativo para ejercer cierto control sobre el Ejecutivo. Los estudiamos de un modo lato, sin descender en detalles que no corresponden a trabajos de esta naturaleza.

Sin duda lo más importante es verificar que el Poder Legislativo —así como el Poder Judicial— pueden valerse, en determinadas circunstancias, de armas poderosas capaces de detener y neutralizar con éxito los excesos de poder que se traducen en actos ilegales del Gobierno. Y que, aún frente a las necesidades absorbentes de la Administración, que dicta el mundo contemporáneo —donde el poder del Estado se convierte en un flagrante avasallador— debemos aspirar a que el Legislativo mantenga este control, porque la democracia sólo podrá subsistir y predominar en aquellas tierras en las que el progreso material pueda corresponder, en razón directa, a la responsabilidad moral.

SUMMARY

The author explains the worldwide influence of the president over the legislative and judicial powers and the principle of legitimacy which implies that the activities of the government have to be previously established by statutes.

With reference to the way in which the legislative power may control the abuse by the government, the author mentions the approval of the

Budget and other additional credits, information requested from the administration and ministers, the legislative commissions of investigation and the juries to try the responsibility of the president and ministers.

The author studies these methods in comparative law and in Brazil and concludes with the wish that congress may control the presidency because democracy can only survive where material progress goes with moral responsibility.

BIBLIOGRAFIA

NOTAS DE LIBROS

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Abeledo-Perrot, 135 páginas, Buenos Aires, 1987.

La investigación desarrollada en el presente trabajo pretende ofrecer una visión más amplia y precisa acerca de uno de los institutos de mayor antigüedad en nuestro derecho: La llamada doctrina de "los propios actos".

El autor procura superar las dificultades que a menudo se presentan en la aplicación de dicha teoría. Se busca establecer, en primer lugar, un concepto que fije sus alcances y señale las principales características del objeto en estudio, recurriendo para ello a sus fuentes y al derecho comparado.

En cuanto al origen de la teoría de los propios actos, el autor la remonta al derecho romano, citando una serie de situaciones concretas en la que se aplicaron los fundamentos de dicha teoría, que no poseía entonces consagración expresa en el orden jurídico.

Explica luego cómo el derecho intermedio —anterior a las codificaciones— a través de los glosadores, recibe por primera vez en sus textos la regla de la "conducta contradictoria", señalando los diferentes encuadres que las escuelas de este período han realizado respecto a dicho instituto.

Además, efectúa un estudio de dos figuras de notoria similitud con la teoría de los actos propios en el derecho comparado: el Estoppel Anglosajón y la Verwirkung Alemana, concluyendo con la formulación de la teoría de los actos propios como regla de derecho por la cual se invalida aquella conducta que resulta contradictoria con un comportamiento anterior del mismo sujeto.

Afirma el autor que dicha teoría encuentra fundamento en la normativa del Código Civil relativa al abuso del derecho (art. 1071) y al principio general de la buena fe (art. 1198), y ha tenido recepción legislativa —a través del Código Procesal— y jurisprudencial, explicando por último la finalidad que se persigue con la aplicación de este instituto al caso concreto.

El encuadre jurídico de la Teoría de los Actos Propios se integra con los requisitos o presupuestos de viabilidad que desarrolla el autor, señalando a modo de ejemplo algunos supuestos en que ella opera y distinguiéndola de otros en los cuales la conducta contradictoria no merece sanción.

En su parte final, el autor encara la difícil tarea de diferenciar la teoría de los actos propios de otros institutos cuya similitud resulta por demás significativa, para concluir señalando su aplicación en los procesos judiciales, cuando el sujeto desarrolla un comportamiento contradictorio, en tanto desvirtúa los dos pilares en que se sustenta esta teoría: la conducta coherente y la buena fe de los actos jurídicos.

Como colofón, debemos destacar la importancia del presente trabajo, en cuanto arroja luz sobre un instituto que presenta como dijimos, dificultades en cuanto a su concepción y alcances, convirtiéndolo en un instrumento apto para su planteamiento en el proceso.

CLAUDIO GABOT

“CONSTITUCION Y PODER POLITICO. —Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación—”, de JONATHAN M. MILLER, MARIA ANGELICA GELLI y SUSANA CAYUSO, Astrea, dos tomos, 1161 págs., Buenos Aires, 1987.

Como en todos los órdenes humanos, se dan episodios y acontecimientos. Aquéllos, numerosos y más o menos frecuentes; éstos, escasos y espaciosos.

La obra de Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso (con aportes de calificados colaboradores), es —por varios motivos— un auténtico acontecimiento, de contenido y de

proyección revolucionarios para la enseñanza del Derecho Constitucional.

Un profesor norteamericano y dos colegas e investigadoras argentinas, de diferente formación cultural y universitaria, coincidieron en la imperiosa necesidad de replantear la concepción y la metodología pedagógicas de nuestra materia.

El intercambio de experiencias debió ser sumamente útil y enriquecedor, porque los frutos son excelentes.

Gracias al Dr. Spota y otros maestros, María Angélica Gelli y Susana Cayuso sabían de la importancia del uso de la jurisprudencia.

La dedicatoria encierra el debido reconocimiento.

Pero aquí se llevó a cabo una tarea minuciosa, bien ordenada, mejor coordinada y resueltamente orientada a modificar de raíz los hábitos y las costumbres didácticos que, por mucho tiempo y más allá de los méritos, el sacrificio y la dedicación ejemplares de sucesivas generaciones docentes, se agotaban en clases magistrales (en definitiva, unilaterales) cuyo saldo no superaba —ni aún supera— los conocimientos generales y esquemáticos (por lo demás, “prendidos con alfileres”), tantas veces divorciados de la realidad, que significa aludir a la dinámica constitucional.

Justamente, los autores destacan este aspecto.

Observar el comportamiento del poder político (división clásica; constituyente y constituido; federal y provincial), a la luz de la Constitución y, particularmente, a través del análisis de los argumentos y los votos (unánimes o divergentes) vertidos en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; comprobar si existe un hilo conductor —o no— respecto de la doctrina precedente del Alto Tribunal; y, al mismo tiempo y con la participación de todos y directriz del profesor, tratar de establecer cómo y en qué medida podrá aplicarse el fallo a casos futuros.

Enseñar a pensar y a razonar... no solamente a los alumnos.

Miller, Gelli y Cayuso pretenden —como es lógico— que los docentes asuman la conveniencia del cambio y que, conse-

cuentemente, se preparen para cumplir el nuevo rol de acuerdo a las reglas de "este libro con su propio estilo".

Si bien los autores adoptan una posición científica y no ideológica, contribuyen a desarrollar e inclusive despertar el espíritu crítico (ausente o adormecido) de la comunidad estudiosa frente a la Constitución viva y a los protagonistas del quehacer institucional.

No es posible dejar de rozar y tocar acuciantes problemas de ayer, de hoy y de siempre, cuando se exponen y discuten las llamadas "cuestiones políticas no judiciales" (por ej.: caso "Marbury v. Madison" y "Cullen c/Llerena", tomo 1, págs. 2 y 148); pasando por el debate sobre los poderes impositivos de los gobiernos federal y de provincia (por ej.: casos "Vila c/provincia de Córdoba" y "Transportes Vidal S.A. c/provincia de Mendoza", tomo 2, págs. 915 y 929) y el reclamo de los jueces por la intangibilidad de sus remuneraciones (por ej.: caso "Bonorino Perú c/Estado Nacional", tomo 2, págs. 802 y 818); hasta llegar al "juicio a las juntas" y a ciertos militares (por ej.: casos "Videla" y "Bignone", tomo 1, págs. 655 y 635); al juzgamiento de las facultades de las comisiones investigadoras (caso "Klein", tomo 2, pág. 760); y al divorcio vincular "impulsado" por la Corte (caso "Sejean c/Zaks de Sejean", tomo 2, pág. 1098).

El artículo-ensayo de Jonathan Miller, "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia" (tomo 2, pág. 1089) y la nómina de Presidentes de la República y Ministros de la Corte Suprema, incorporada al apéndice (tomo 2, págs. 1155/57), sugieren una sana, loable e inequívoca preocupación en ese sentido.

Por el renovado camino socrático nos llevan, entonces, a la entraña y a la agonía unamunianas.

Y es bueno, porque los destinatarios estaremos obligados a luchar dentro de nosotros y contra diversos obstáculos y olvidos (políticos, culturales, académicos, económico-financieros, administrativos e infraestructurales) que sufre la educación argentina.

ALFREDO L. DURANTE

PATRICIA OLGA MAZZUCO
Traductora Pública de Inglés de la Universidad de Buenos Aires. Ex-docente de
la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Departamento
de Lenguas Vivas de la Universidad Católica Argentina.

ALEJANDRA HEBE MARANGHELLO
Traductora Pública de Inglés de la Universidad Católica Argentina.

DICCIONARIO BILINGÜE DE TERMINOLOGIA JURIDICA

INGLÉS - CASTELLANO
CASTELLANO - INGLÉS



ABELEDOPERROT
"ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA"

NOVEDADES 1988

ABELED0 - PERROT

- ACHAVAL, ALFREDO — *Manual de Medicina Legal, Práctica Forense*, 3ª edición actualizada, 1 tomo, 992 páginas.
- AFTALION, ENRIQUE - VILANOVA, JOSE — *Introducción al Derecho*. * Conocimiento y conocimiento científico. * Historia de las ideas jurídicas. * Teoría general del derecho. * Teoría general aplicada. Con la colaboración de Julio Raffo. 1 tomo, 1.172 páginas.
- ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 7. Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1 tomo, 212 páginas.
- BALESTRA, RICARDO R. — *Manual de Derecho Internacional Privado*, Parte General, 1 tomo, 238 páginas.
- BASALDUA, RICARDO X. — *Introducción al Derecho Aduanero*, 1 tomo, 232 páginas.
- BERNAUS, JOSE F. — *Delitos contra la propiedad, contra la honestidad y de lesiones*, 1 tomo, 248 páginas.
- CARRIO, ALEJANDRO D. — *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, 1 tomo, 112 páginas.
- CASSAGNE, JUAN C. — *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, 1 tomo, 112 páginas.
- FALCON, ENRIQUE M. — *Gráfica Procesal*, tomo II, Prueba Etapa, probatoria, 2ª edición, 1 tomo, 112 páginas.
- FALCON, ENRIQUE M. — *Cómo hacer una demanda*, 1 tomo, 152 págs.
- FARRELL, MARTIN D. — *La Democracia Liberal*, 1 tomo, 304 páginas.
- GRECCO, CARLOS M. — *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, 1 tomo, 208 páginas.
- GONZALEZ PEREZ, JESUS - GARRIDO FALLA, FERNANDO - MARIENHOFF, MIGUEL - FERNANDEZ, TOMAS. — *El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, 1 tomo, 120 páginas.
- HARDOY, EMILIO J. — *El Desquite de las Elites*, 1 tomo, 224 páginas.

NOVEDADES 1988

ABELED0 - PERROT

- ACHAVAL, ALFREDO — *Manual de Medicina Legal, Práctica Forense*, 3ª edición actualizada, 1 tomo, 992 páginas.
- AFTALION, ENRIQUE - VILANOVA, JOSE — *Introducción al Derecho*. * Conocimiento y conocimiento científico. * Historia de las ideas jurídicas. * Teoría general del derecho. * Teoría general aplicada. Con la colaboración de Julio Raffo. 1 tomo, 1.172 páginas.
- ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 7. Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1 tomo, 212 páginas.
- BALESTRA, RICARDO R. — *Manual de Derecho Internacional Privado*, Parte General, 1 tomo, 238 páginas.
- BASALDUA, RICARDO X. — *Introducción al Derecho Aduanero*, 1 tomo, 232 páginas.
- BERNAUS, JOSE F. — *Delitos contra la propiedad, contra la honestidad y de lesiones*, 1 tomo, 248 páginas.
- CARRIO, ALEJANDRO D. — *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, 1 tomo, 112 páginas.
- CASSAGNE, JUAN C. — *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, 1 tomo, 112 páginas.
- FALCON, ENRIQUE M. — *Gráfica Procesal*, tomo II, Prueba Etapa, probatoria, 2ª edición, 1 tomo, 112 páginas.
- FALCON, ENRIQUE M. — *Cómo hacer una demanda*, 1 tomo, 152 págs.
- FARRELL, MARTIN D. — *La Democracia Liberal*, 1 tomo, 304 páginas.
- GRECCO, CARLOS M. — *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, 1 tomo, 208 páginas.
- GONZALEZ PEREZ, JESUS - GARRIDO FALLA, FERNANDO - MARIENHOFF, MIGUEL - FERNANDEZ, TOMAS. — *El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, 1 tomo, 120 páginas.
- HARDOY, EMILIO J. — *El Desquite de las Elites*, 1 tomo, 224 páginas.

- HERRAIZ, HECTOR E. — *Instituciones del Derecho Público, Constitucional y Administrativo*, 1 tomo, 168 páginas.
- JATAR, RODOLFO, *Examen del corredor*, Normas actuales, 1 tomo, 128 páginas.
- LLAMBIAS, JORGE J. - MENDEZ COSTA, JOSEFA. — *Código Civil Anotado, Doctrina-Jurisprudencia*, Tomo V-A, Sucesiones, 1 tomo, 432 páginas.
- MARIENHOFF, MIGUEL S. — *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Dominio Público, 1 tomo, 728 páginas.
- MORELLO, AUGUSTO M. - SOSA, GUALBERTO L. - BERIZONCE, ROBERTO. — *Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Comentado y anotado, Tomo III, (Artículos 238 a 303), Recursos, 1 tomo, 1.072 páginas.
- PADILLA, MIGUEL M. — *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*, Tomo II, 1 tomo, 304 páginas.
- PALACIO, LINO E. — *Derecho Procesal Civil*, Tomo IX, Procesos Arbitrales y Universales, Índice General de la obra, 1 tomo, 944 páginas.
- PAVONE LA ROSA, ANTONIO. — *La Letra de Cambio*, Traducción y referencias al régimen argentino, por Osvaldo J. Maffía, 1 tomo, 792 páginas.
- PRADO, PEDRO A. — *La Informática y el Abogado*, 1 tomo, 132 págs.
- SIMON, JULIO. — *Tarjeta de Crédito*, Problemática Penal, por Roberto Durrieu (h.), 1 tomo, 160 páginas.
- VERRUÑO, LUIS - HAAS, EMILIO - RAIMONDI, EDUARDO - BARBIERI, ANA. — *Banco Genético y el Derecho a la Identidad*, incluye la ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, 1 tomo, 112 páginas.
- VILLEGAS, CARLOS G. — *El Cheque*. Nuevo régimen legal, ley 23.549, 1 tomo, 152 páginas.



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 EJECUCION

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”