

REVISTA  
JURIDICA  
DE  
BUENOS AIRES

1

9

8

6

II-III

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

**REVISTA JURIDICA**  
**DE**  
**BUENOS AIRES**

1986

II - III



**ABELEDOPERROT**

**BUENOS AIRES**

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sáenz.  
Secretario Académico: Profesor César Siculer.  
Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Suaya.  
Subsecretaria Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.

### CONSEJO DIRECTIVO

#### Profesores:

Consejeros Titulares: Alberto Antonio Spota, Eugenio Buligin, Carlos Horacio Vidal Taquini, Sergio Alfonso Le Pera, Víctor Zamenfeld, Eduardo Angel Russo, Miguel Angel Ekmekdjian, Alejandro Jorge Padilla.  
Consejeros Suplentes: Jorge Omar Maffía, Jaime Eduardo Malamud Goti, Carlos E. Alchourrón, Norberto Eduardo Spolansky, Manuel Antonio Laquis, Alejandro M. E. Ghigliani, Hebe Mabel Leonardi de Herbón.

#### Graduados:

Consejeros Titulares: Jorge Alberto Kors, Carlos Alberto Oscar Cruz, María Cecilia Gómez Masía, Eduardo H. Pena.  
Consejeros Suplentes: Néstor A. Sabuqui, Jorge F. Oliden Alberro, José María Monner Sans, Ana Lía Carnevale.

#### Alumnos:

Consejeros Titulares: Pablo Rueda, Jorge Resqui Pizarro, Gustavo Castañeda Paz, Alejandro Quiroga.  
Consejeros Suplentes: Flavio González, Raúl Martínez Fazzalari, Juan Curutchet.

## REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Profesor (E) Ignacio Winizky.  
Subdirector: Profesor Horacio Sanguinetti.  
Secretaria de Redacción: Profesora Ana María M. de Aguinis.  
Consejo de Redacción: Profesores Pedro Aberastury (h.); Edgardo M. Alberti; Carlos Eduardo Colautti; Ana Rosa Cusnir; Oscar A. Fernández Brital; Lilia M. Gómez de Bacqué; Daniel H. Lago; Rafael Mariano Manóvil; Mónica Pinto; 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)

Colaboró en la traducción de los sumarios el Profesor Daniel  
Horacio Lago.

## INDICE

### DOCTRINA

MANUEL ANTONIO LAQUIS: El desarrollo, la industrialización y su impacto en la ecología .....	9
HORACIO SANGUINETTI: Estudios jurídicos y política en la Universidad de Buenos Aires .....	39
WERNER KRAWIETZ: Paradigms, Positions and Prospects of Rationality - The Changing Foundation of Law in Institutional and Systems Theory .....	93
Traducción al español: Daniel Horacio Lago .....	113
CARLOS A. COLAUTTI: La protección del derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica .....	135
MÓNICA PINTO: Derecho internacional del desarrollo. Una aproximación doctrinaria .....	153
JAIME MALAMUD GOTI: "Tolerancia" y derechos individuales .....	177
FERNANDO VIDAL RAMÍREZ: La concentración de las sociedades transnacionales y la legislación limitativa de su accionar en el Perú .....	187
EDGARDO MARCELO ALBERTI: La presunción civil de causalidad y los títulos abstractos en el Derecho Argentino .....	227

### BIBLIOGRAFIA

#### *Notas de Libros:*

SCHMIDT, KARSTEN, <i>Handelsrecht</i> ; por RAFAEL MARIANO MANÓVIL .....	247
--	-----

SPOLANSKY, NORBERTO; CARRIÓ, ALEJANDRO y GARCÍA, LUIS, <i>Casos y problemas de Derecho Penal</i> ; por JULIO C. CUETO RÚA	250
COSENTINO, EDUARDO T., <i>Régimen jurídico del Transportador Aéreo</i> ; por OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL	254

*Revista de Revistas:*

<i>Ciencias Jurídicas</i> , Ed. Academia de Ciencias Sociales y Polí- ticas de la República Socialista de Rumania, tomo 28, números 1 y 2, por DAVID BAIGUN	257
---	-----

250  
254

## EL DESARROLLO, LA INDUSTRIALIZACION Y SU IMPACTO EN LA ECOLOGIA. LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

MANUEL ANTONIO LAQUIS \*

### I. *El Desarrollo y la industrialización* *Materia de exposición*

En la actualidad no se oculta a nadie, la influencia perturbadora que produce en el medio ambiente, el extraordinario desarrollo de la industrialización y los avances de la técnica.

El estado doctrinal, la jurisprudencia y la reglamentación jurídica de tales actividades, relacionados con las consecuencias contaminantes del medio ambiente, la salud y el equilibrio ecológico, motivan y orientan los temas propuestos.

Además, por el imperativo de la divulgación de un problema visceral de nuestra época.

En el campo del Derecho —en nuestro medio— se han producido importantes estudios, integradores de las distintas manifestaciones a las que ha dado lugar la materia <sup>1</sup>.

\* Profesor Consulto. Universidad Nacional de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Consultar: Guillermo J. Cano, *Derecho y Política y Administración ambientales*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1978; Augusto Mario Morello, *La defensa de los "intereses difusos" y el derecho procesal*, nota a fallo Jurisprudencia Argentina, 1978, tomo III, pág. 321 y en *Tutela procesal*

de satisfacción en el seno de la sociedad. Pero la agitación social que sacude cada vez más a los países industrializados asociada al hecho de que los países del Tercer Mundo rechazan crecientemente la adopción mimética del modelo occidental, suscita cuestionar la validez de tal concepción”.

“Por otra parte, las repercusiones de las políticas clásicas de desarrollo sobre el sistema biológico de la tierra hace nacer dudas crecientes sobre la capacidad del planeta de suministrar en el futuro los recursos necesarios al mantenimiento de la vida”<sup>4</sup>.

Este planteo es determinante en el “estudio” que se expone, establecer que lo que se pretende esencialmente, en “el estudio de los lazos entre el «medio ambiente» y el «desarrollo»”, es “la búsqueda de un nuevo modo de desarrollo que se basa en una sana utilización de los recursos, desde el punto de vista medioambiental, para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la humanidad, conforme al concepto del ecodesarrollo”<sup>5</sup>.

“Este fue el ‘desafío’ que llevó a la ‘Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional’ (ACDI) y el Ministerio del Medio Ambiente, a lanzar en 1975 un proyecto conjunto de estudios prospectivos sobre la realidad del medio ambiente y el desarrollo y sus implicancias en las políticas nacionales de desarrollo y las estrategias internacionales de cooperación. La lógica del ecodesarrollo, que se difunde ampliamente tanto en los países industrializados como en los del Tercer Mundo, quiere que la cooperación internacional y la formulación de políticas nacionales sean consideradas como dos elementos íntimamente ligados”<sup>6</sup>.

En el marco relacionado, la “Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo” (OCDE), destaca el desarro-

<sup>4</sup> Del “Prólogo” y p. precits.

<sup>5</sup> Del “Prólogo” y pág. precits., la palabra “ecodesarrollo” explica Sachs “fue lanzada por Maurice Strong en 1972 y cuando circuló en los corredores de la conferencia de Estocolmo, destronó inmediatamente al ‘eco-eco’ (por ecología y economía) propuesto por los participantes de uno de los fóruns paralelos a la Conferencia oficial” (Sachs, *ob. cit.*, *Eco desarrollo...*, pág. 96).

<sup>6</sup> *Ob. precit.*, pág. 96.

llo económico y su relación con la ecología y promueve la actividad de los gobiernos y organizaciones internacionales, en la crucial cuestión de la "Interdependencia Económica y Ecológica a Nivel Internacional", respecto a lo cual expresa: "La creciente interdependencia del sistema económico y político internacional, ha resultado una cuestión crucial para los gobiernos y las organizaciones internacionales para examinar los problemas críticos que verosímilmente dominarán la escena mundial hasta el final de este decenio y de este siglo."

Esta interdependencia afecta no sólo a la población, las migraciones, la energía y las transferencias financieras y tecnológicas, sino también, y cada vez más, al medio ambiente y a los aspectos ecológicos del desarrollo: los recursos renovables y no renovables, los océanos, la atmósfera, el clima, la tierra, el espacio, los recursos y el patrimonio genético de la humanidad. La toma en consideración de esta interdependencia y sus implicaciones, puede conducir a la esperanza, o a la desesperanza, según el punto de vista de cada uno, sobre la voluntad y la capacidad de los gobiernos para llevar a cabo los ajustes necesarios en el seno de sus países y entre todos ellos.

"En este contexto, las interrelaciones existentes entre los problemas de población, de recursos y de medio ambiente, por un lado, y el desarrollo económico a largo plazo, por otro, reciben actualmente una atención creciente. Este tema ha constituido una parte importante de los informes 'Global 2000', destinado al Presidente de Estados Unidos, 'Orientaciones básicas de las acciones a llevar a cabo para hacer frente a los problemas del medio ambiente mundiales' remitido al gobierno japonés, 'Interfuturos' de la OCDE y 'Estrategia mundial para la Conservación' de la U.I.C.N.; también caracteriza ampliamente al informe de la Comisión Brandt 'Norte-Sur: un programa de supervivencia'. También fue tratado el tema en una sesión especial del Comité del Medio Ambiente de la OCDE en el mes de abril de 1981 y en el curso de una reunión del Consejo de la OCDE a nivel ministerial en junio de 1981".

En julio del mismo año, los participantes en la cumbre de Ottawa hablaron de "un mundo interdependiente" y en su comu-

nicado afirman que "al realizar nuestras políticas económicas a largo plazo, se deben tener en cuenta la conservación del medio ambiente y la base de recursos del planeta".

"Al aumentar la consideración de la base ecológica, como una necesidad para el crecimiento económico duradero, resultan vitales nuevas estrategias que permiten reforzar la cooperación multilateral".

"En efecto, una implicación importante del inevitable aumento de la interdependencia económica y ecológica es que, la capacidad de los gobiernos para examinar unilateralmente estos problemas sobre una base nacional, disminuirá. Cada vez más, los problemas económicos, sociales, energéticos y otros, basados en el medio ambiente, o la ecología de un país, no serán solubles o evitables más que por medio de una cooperación creciente entre los países"<sup>7</sup>.

## II. *Industrialización. Efectos*

En el cuadro general relacionado la industrialización juega un papel esencial por sus efectos contaminantes.

En el año 1971 (12-17 julio), el problema se hizo ya evidente en la "Reunión sobre Problemas de Efluentes Industriales y Contaminación Ambiental", organizada por la "Comisión de Investigaciones Científicas" de la provincia de Buenos Aires.

Son congruentes con lo que se viene exponiendo, los conceptos que expuso el Arquitecto Raúl O. B. Hinsch, en la mencionada ocasión.

"El proceso de contaminación —sostuvo— empezó a acelerarse hace 200 años con el crecimiento de la población y el desarrollo industrial. Sin embargo en este sentido el crecimiento

<sup>7</sup> *Interdependencia, economía y ecología* (Un informe sobre algunos problemas planteados por el medio ambiente y los recursos). Publicación de este informe bajo la responsabilidad del Secretario General de OCDE. Recoge las opiniones expresadas por expertos a título personal y no en nombre de sus gobiernos, y no refleja, necesariamente la opinión de la OCDE (traducido por José Fernández Revuelta), págs. 12 y 13, ed. Academia, León, España.

en los últimos diez años empequeñeció todo lo ocurrido en los dos siglos pasados, con la consiguiente alarma. Los problemas ambientales por graves que sean, sin embargo, no deben ser un freno a la industrialización: el desarrollo industrial deberá ser planificado a partir de estudios ecológicos y teniendo en cuenta las inversiones necesarias y las medidas efectivas para luchar contra la contaminación que se pudiera derivar de este proceso”<sup>8</sup>.

La gravedad formulada entonces se unía a la esperanza de una adecuada planificación para que los riesgos no constituyan un freno a la industrialización. Los acontecimientos ulteriores son demostrativos de que no obstante el movimiento mundial para la protección del medio ambiente, se siguen produciendo estragos que afectan la salud y la naturaleza.

En la esfera internacional, a comienzos de la década del 70, la importante obra, “Los límites del Crecimiento”, marca el momento a partir del cual las sociedades industriales desarrolladas toman conciencia de los problemas vinculados a la ecología y al medio ambiente”<sup>9</sup>. Las cuestiones enunciadas se han manifestado intensamente también en la doctrina jurídica.

Alpa, en su obra sobre el “Nuevo Derecho”<sup>10</sup>, expone y desarrolla “el ambiente en la literatura económica” y acoge las ideas de Barry Commoner<sup>11</sup> concordantes con lo que llevamos expuesto, en las que, tal como lo expone el mencionado Commo-

<sup>8</sup> Prov. de Bs. As. Comisión de Investigaciones Científicas: “Reunión sobre Problemas de Efluentes Industriales y Contaminación Ambiental” (Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, 12-17 de julio de 1971. *Relatorios*, vol. II, pág. 15), véase, de la *Comisión Nacional de Estudios Geoheliofísicos. Aspectos de la Contaminación*, número 2, 1973, Jefe del Grupo de Trabajo de Asuntos Jurídicos doctor Juan Ramón de Estrada (presentado en las Jornadas de Preservación del Ambiente organizadas por la Municipalidad de Puerto Madryn, 26-29 de noviembre de 1973).

<sup>9</sup> *¿Halte a la Croissance? Le Club de Rome*, presentado por Janine Delaunay, ed. Fayard, France, 1972.

<sup>10</sup> Guido Alpa, *Compendio del nuovo diritto privato*, pp. 2 a 13, ed. UTET, Torino, 1985.

<sup>11</sup> Cita Alpa, B. Commoner, *Ecología e lotte sociali. Ambiente, Popolazione, Inquinamento, con un appendice su Seveso*, Milano, 1976, de *ob. precit. de Alpa*, nota n° 26, p. 11.

ner, estima el problema desde "un punto de vista macroeconómico, en el que pone énfasis en la discusión sobre el desperdicio de los recursos y se preocupa sobre todo de poner en claro los efectos sociales de la contaminación". La conclusión del amplio razonamiento vuelve sobre algunos problemas, como es "el caso de preguntarse por la causa por la que funciona una industria; si funciona una industria para mejorar la productividad y aumentar el margen de utilidad, degradando por consiguiente el ambiente y dañando la salud del trabajador, en tal caso el sistema alcanzará pronto una situación de colapso; si el sistema económico-industrial, sin embargo, mantuviese la degradación del ambiente y de los trabajadores, muy pronto igualmente declararía su quiebra. Así las cosas, es riesgoso confiar a las direcciones de los negocios, una solución; es ciertamente preferible que la procuren la clase obrera y el pueblo en general"<sup>12</sup>. "Se formula —concluye Alpa—, por consiguiente, la exigencia de establecer un control de la contaminación mediante un programa y la participación de la comunidad, mejor que con el estudio de soluciones microeconómicas que no aseguran una adecuada valoración, de las exigencias sociales"<sup>13</sup>.

Estimamos que Cano coincide con esta idea de participación de la comunidad, pues en sus "Recomendaciones de Orden Institucional", en el punto, sostiene: "Que se dé participación directa al pueblo, a nivel municipal o vecinal, en el control de la calidad ambiental, y que se siga a las entidades no gubernamentales vinculadas a los intereses ambientales, cuando se trate de definir la política ambiental"<sup>14</sup>.

Los efectos contaminantes de la industrialización son sustentados coherentemente en el orden doctrinal que relacionamos.

Despax, en el Derecho francés, considera que "la industrialización, llave del desarrollo económico y por ello mismo factor esencial del nivel de vida, no debe ser obtenida en la medida de

<sup>12</sup> Alpa, *ob. prec.*, pág. 11.

<sup>13</sup> Alpa, *ob. precit.*, pág. 11.

<sup>14</sup> Guillermo J. Cano, *Derecho, política y administración ambientales*, pág. 78, ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

lo posible, al precio de una degradación excesiva del cuadro de vida de aquellos, que directa o indirectamente, obtienen sus medios de existencia de la actividad industrial”<sup>15</sup>.

Seguidamente invoca doctrina en la que se expresa, que “cuando se constata que a partir de cierto umbral, el desarrollo económico puede conducir hasta provocar una regresión social, es tiempo de establecer nuevos objetivos al conjunto del sistema económico. Llevar a la práctica una política sobre el medio ambiente, es lograr que el progreso económico continúe produciendo el progreso social”<sup>16</sup>.

### III. *Derecho ambiental. Legislación*

En los párrafos antecedentes es apreciable la interdependencia de la industrialización, la economía, el desarrollo y la ecología, así como sus efectos.

Asimismo es ostensible que sus riesgos no deben implicar la consecuencia de la detención del desenvolvimiento y de los avances de la ciencia, la técnica y el progreso social.

El Derecho no ha permanecido ajeno al encauzamiento legislativo de la actividad industrial, y el desarrollo de las sociedades, desde que se ha manifestado tanto en el orden internacional, como en reglamentaciones nacionales.

Es punto de partida del Derecho ambiental la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (Estocolmo, junio 1972), criterio que sustenta Cano, desarrolla, y además, relaciona Resoluciones de órganos regionales y Códigos ambientales, p.e. el de Colombia y la política para la administración ambiental de Venezuela<sup>17</sup>.

Las razones dadas en la exposición de legislaciones nacionales, condensan y son demostrativas de las orientaciones y conceptos expuestos.

<sup>15</sup> Michel Despax, *Droit de l'environnement*, pág. 5, ed. Librairies Techniques (LITEC), París, 1980.

<sup>16</sup> *Aut. ob. y p. precits.*

<sup>17</sup> Expuesto por Cano, *Derecho y política...*, pp. 321 y sigtes.; Título IV y págs. 291 y sigtes.

Así es en la doctrina francesa, en la que Despax expresa que cualesquiera que hayan sido las precauciones consideradas en la toma de decisión, concerniente a la instalación de un establecimiento industrial, el funcionamiento de éste podrá, en adelante, ser el origen de múltiples daños que en ocasiones comprometen la salud humana, la supervivencia de una especie animal o la conservación de una cubierta vegetal colindante. Estos riesgos múltiples, justifican tanto una vigilancia particular preventiva o de la autoridad administrativa, o activa o contenciosa de los vecinos del establecimiento contaminante, a fin de obtener la cesación de la perturbación originada por su funcionamiento<sup>18</sup>.

Contempla la reglamentación francesa pertinente reglas sancionatorias en los casos de incumplimientos de las disposiciones preceptuadas.

El funcionamiento de los establecimientos industriales, está regido entre otras disposiciones por las leyes del 19 de julio de 1976 y 21 de setiembre de 1977<sup>19</sup>.

Están reglados también sus efectos sobre el "agua" y la "atmósfera" (decreto n° 73-191, 23 febrero 1973 y n° 74-415, 13 de mayo 1974)<sup>20</sup>. En este orden de consideraciones es inquietante el uso pacífico de la energía atómica, que también en el orden jurídico francés ha sido objeto de reglamentación, definida por el decreto del 11 de diciembre de 1963, modificado por el decreto n° 73-405 del 27 de marzo de 1973<sup>21</sup>.

Por los alcances de este trabajo, en estas enunciaciones, agregamos en esta sucinta relación de la materia nuclear, que en el orden jurídico, además de todo el régimen, autorización y control de las plantas nucleares, Despax expone el "accidente nuclear y su régimen específico", el campo de la "responsabilidad", la "reparación de los daños nucleares" y "aspectos jurídicos even-

<sup>18</sup> Despax, *Droit de l'environnement*, pág. 36.

<sup>19</sup> *Code de l'environnement*, págs. 1079 y sigtes. 1113 y sigtes., ed. Dalloz, París, 1984.

<sup>20</sup> Despax, *Droit de l'environnement*, págs. 40 y 41; *Code...*, *precit.*, págs. 1174 y 1175.

<sup>21</sup> Despax, *ob. precit.*, pág. 63; *Code...*, *precit.*, pág. 1142.

tuales de la contaminación radioactiva del ambiente", todo lo cual, como es obvio, requeriría un estudio en particular<sup>22</sup>.

En esta reseña ejemplificativa cabe mencionar la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, aprobada por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, el 26 de abril de 1985<sup>23</sup>.

En ella se observan, en relación con el tema de este trabajo, el Título IV, Capítulo V, sobre "Residuos radioactivos", y el Título IV, Capítulo III, sobre "Residuos industriales"<sup>24</sup>.

Establece también un régimen disciplinario y sancionatorio (Tít. IV)<sup>25</sup>. El campo jurídico apretadamente relacionado, ha permitido formular a Magariños de Melo el interrogante siguiente: ¿Cómo tiene que ser ese Derecho nuevo, al que llamamos Ambiental, para caracterizarlo de una manera amplia?

Su respuesta es la siguiente:

En primer lugar, se trata de un "Derecho Público": todo lo que se relaciona con el medio ambiente afecta e interesa vitalmente a la especie humana, o sea a la sociedad, o sea a todos los individuos, sean o no conscientes de ello. La materia es, por consiguiente, de orden público por definición, cualquiera que sea la importancia cuantitativa del acto singular de que se trate.

En segundo lugar, es un Derecho de naturaleza "Penal", porque todo acto que afecte negativamente la Biósfera, así sea mínimo y esté avalado por el interés económico, social (del sector dominante), "político" u otro, es un acto que vulnera un bien jurídico que reclama ser prioritariamente tutelado, porque va más allá de un simple bien patrimonial individual o colectivo de un grupo humano dado. Es el bien jurídico por excelencia,

<sup>22</sup> Despax, *ob. precit.*, págs. 81 y sigtes.; sobre el tema: consultar: Jorge Martínez Favini, *Madurez del derecho nuclear* (Notas Introductorias), págs. 201 y sigtes., en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1985; Enrico Jacchia, *Atome et Sécurité*, ed. Dalloz, 1964.

<sup>23</sup> Ordenanza general de protección del medio ambiente urbano, ed. Departamento de Estudios e Información, Ayuntamiento de Madrid, 1986.

<sup>24</sup> Ordenanza, *precit.*, págs. 87 y 115 y 116.

<sup>25</sup> Ordenanza, *precit.*, págs. 181 y sigtes.

porque es la condición previa de todos los demás; es el soporte de la vida de la especie humana y de la vida a secas. Inoperante a los efectos del objeto de estos "Apuntes", podría hacerse *in extenso* la fundamentación filosófica y religiosa de este aserto.

En virtud de su naturaleza Penal, el acto contrario al medio ambiente, a su equilibrio, a su salud, a su integridad o a su idoneidad vital —sometido todo ello al interés a largo plazo de la especie humana como tal, si se quiere— debe ser urgentemente definido y tipificado como *delito ecológico* o *falta*, según el caso. Este acto no puede, en manera alguna, considerarse rescatable mediante multa o indemnización. La reparación civil —que debe ser ineludible— debe pronunciarse como consecuencia o efecto secundario y automático del evento dañoso penal.

En tercer lugar, el Derecho Ambiental es un Derecho de naturaleza *Internacional* o, mejor dicho para evitar esa palabra equívoca, *supranacional* o *comunitario*, cuyo fundamento se encuentra en la indiscutible comunidad universal del bien jurídico afectado<sup>26</sup>.

En congruencia con lo expuesto, en el campo penal ya se cuentan en la doctrina respectiva estudios como p. e. uno de Bacigalupo, en el que se plantea el problema de "cómo debe configurarse el nuevo cuerpo sancionatorio".

Este concepto de Bacigalupo es precedido por las consideraciones siguientes: "El avance y el desarrollo industrial y tecnológico se ha manifestado en las últimas décadas como un factor de perturbación del medio ambiente de una magnitud tal que se ha recurrido a regulaciones jurídicas, que van de lo administrativo a lo penal. La problemática que estas regulaciones implican para el derecho penal no es insignificante ni mucho menos. El derecho penal del medio ambiente representa uno de los aspectos en los que el nuevo derecho penal manifiesta tendencias criminalizadoras. Junto a él aparecen los delitos económicos y en parte la llamada delincuencia de tráfico como otros sectores en los que se percibe idéntica tendencia. De esta manera tiende a

<sup>26</sup> Mateo Magariños de Melo, *Apuntes para una teoría general del Derecho Ambiental*, págs. 70 y 71.

igualarse en la sociedad la responsabilidad de los sectores altos y la de los más bajos (Kaiser, 1979, p. 87), pero la novedad que las nuevas incriminaciones presentan abren ante todo el problema de cómo debe configurarse el nuevo cuerpo sancionatorio"<sup>27</sup>.

En el derecho privado, ya Díez-Picazo contempla "el medio ambiente como posible objeto de derechos"<sup>27 bis</sup>.

<sup>27</sup> Disponemos de este trabajo del profesor Enrique Bacigalupo, por una atención del autor, profesor del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>27 bis</sup> Por el significado doctrinal que atribuimos al criterio de Díez-Picazo, lo reproducimos íntegramente. Lo expone así: "Tras haber estudiado el espacio aéreo y sus repercusiones en el Derecho privado, parece necesario hacer una referencia al concepto de medio ambiente, por la importancia que modernamente ha adquirido, en orden a su posible consideración como objeto de derechos. Como es sabido, se conoce hoy como "medio ambiente" a un conjunto de elementos naturales, que determinan las características de un lugar. Se encuentran entre ellos el medio ambiente atmosférico, la vegetación o flora y los factores que en un sentido muy amplio habría que llamar ecológicos, las características paisajísticas y también otras que puedan contribuir al goce o disfrute de los bienes de la naturaleza, como pueden ser el silencio y la tranquilidad. La tutela del medio ambiente y la lucha contra su progresivo deterioro se realiza hoy fundamentalmente por la vía administrativa. Haciendo con ello lugar a un posible capítulo del Derecho administrativo, asumido la Administración la tutela y la defensa del medio ambiente, dando con ello lugar a un posible capítulo del Derecho administrativo. En ese plano, los particulares ostentarán la legitimación necesaria para dirigirse a la Administración y procurar que ésta adopte las medidas necesarias. Esa legitimación es en principio independiente de la titularidad de derechos reales respecto de los bienes en cuestión. Se es interesado cualquiera que sea la naturaleza del derecho que se ostente en relación con los bienes o incluso aunque no se ostente respecto de ellos ningún derecho.

"Sin embargo, cabe preguntarse si es posible además de la tutela jurídico-administrativa, organizar una tutela jurídico-privada, o hay duda de que el medio ambiente, objeto de una especial valoración, constituye parte integrante de los bienes de la naturaleza y, por consiguiente, objeto específico de los derechos de uso, de goce y de disfrute.

"La defensa jurídico-privada del medio ambiente se puede plantear considerando cada cosa (p. e. cada finca) aisladamente o formando parte de un conjunto más amplio (una zona o un polígono).

En este panorama del Derecho ambiental se debe destacar que ya es precepto constitucional, como es en el caso de varias constituciones, que reproducimos seguidamente:

Portugal (1976):

“Artículo 66.

Del ambiente y la calidad de vida.

1. Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo.

---

“En el primer caso parece claro que cada propietario tutelará su propio medio ambiente en forma absolutamente libre. Parece también que los titulares de derechos reales podrán ejercitar acciones conducentes a la defensa del medio ambiente, incluso frente al propietario.

“Si el deterioro del medio ambiente procede de una causa externa al bien considerado, que se proyecta sobre la entera zona, entonces, a nuestro juicio, debemos considerar si la zona es, por la forma en que esté organizada, una comunidad de intereses, en el sentido que a esta expresión hemos dado. Si es así, creemos que las medidas que cada propietario o cada titular de un derecho real podrá adoptar, deberán engarzarse en las internas relaciones de tal comunidad, siempre que el medio ambiente forme parte integrante de las características de la zona.

“En los demás casos, el ordenamiento jurídico no hace viables más medios de defensa que los derivados de una tutela meramente aquiliana. Serán de aplicación el art. 1902 y los medios generales de defensa, frente a los daños extracontractuales, entre los cuales hay que colocar no sólo la acción de resarcimiento o de indemnización, sino también las acciones tendientes a la cesación de la situación dañosa y a la reposición de las cosas al ser y estado que tenían en el momento de producirse el daño.

“Finalmente, creemos que el medio ambiente puede ser, formando parte integrante del bien o de la cosa, un objeto contractual que el transmitente de la cosa puede venir obligado a garantizar al adquirente. Aquí la cuestión sale ya del marco de la tutela de los derechos reales, para pasar a la de los derechos contractuales. Si en general el vendedor está obligado a garantizar al comprador la quieta y pacífica posesión y el quieto y pacífico goce y dentro de ese goce constituye elemento esencial el medio ambiente, hay que entender que el vendedor deberá garantizarlo también”. (Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, nº 113, págs. 163 a 165, ed. Tecnos, Madrid, 1978).

2. Corresponde al Estado, mediante órganos propios y la apelación a iniciativas populares:

- a) prevenir y controlar la contaminación (polucao) y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión;
- b) ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados;
- c) crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico;
- d) promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.

3. Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el número 1 podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización.

4. El Estado deberá promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses”<sup>28</sup>.

España (1978):

“Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

<sup>28</sup> *Constituciones Europeas*, edición preparada por Mariano Daranas Peláez, tomo 2, pág. 1553, Editora Nacional, Madrid, 1979.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Este artículo es anotado, nota en la cual se citan otras constituciones; expresa lo siguiente: Disposición totalmente nueva en nuestra historia constitucional, que responde a una tendencia reciente cuya primera manifestación significativa ha sido el conjunto de reformas constitucionales operadas en los países de Europa oriental entre 1965 y 1975, aproximadamente, hasta el punto de que la mayoría de las Constituciones del bloque comunista tienen un artículo que habla específicamente de la protección del medio ambiente (cfr. art. 15, pár. 2, de la Constitución de la República Democrática Alemana; art. 31 de la búlgara; art. 15, par. 2 de la checoslovaca, y arts. 18 y 69 de la nueva Constitución soviética de 1977). En Europa occidental son aún minoría los textos fundamentales que aluden a esta materia (cfr. Constitución de Malta, art. 9, Constitución de Portugal, art. 66, Constitución suiza, art. 24 “septies”, y Constitución griega, art. 24, pár. 1) <sup>29</sup>.

#### IV. DERECHO AMBIENTAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA (“INTERESES DIFUSOS”)

El derecho nacional en el orden normativo no se ha modificado sustancialmente desde que Cano precisó su estado.

En la obra de este jurista, después de reseñar la política ambiental enunciada en el Plan Trienal, observa que “la ley 20.284, sobre prevención de la contaminación atmosférica, más que principios de derecho estableció un mecanismo institucional en relación al tema que le sirve de título”; además, que debe ser visto el decreto 4858/72 <sup>30</sup>.

<sup>29</sup> *Constituciones...*, precit., tomo 1, pág. 738 y nota n° 69.

<sup>30</sup> Cano, *Derecho, Política...*, nros. 41 y 42, págs. 102 y 103; Consultar: *La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por*

En esta exposición consideramos significativo el criterio de Cano en la interpretación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. En ella se pueden apreciar dos concepciones de las que, a nuestro juicio, como se verá, es dable deducir importantes consecuencias.

Una es la que estima que “en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto garante de la protección integral de la familia, se encuentra la fundamentación de una parte del derecho ambiental”.

“Y digo a ‘una parte’ —asevera—, pues los problemas del entorno no son únicamente de seguridad social y salubridad. Pero en tanto se trate de problemas ambientales de la índole de que se trata, esa garantía constitucional puede dar pie a recursos (amparo y otros) y acciones protectoras de dicha garantía”<sup>31</sup>.

Acerca de todo cuanto entendemos deducible y rico en consecuencias este planteo, lo valoraremos después de poner de relieve la segunda concepción de Cano.

Es en la que propone que “en la anunciada próxima reforma constitucional —que nuevamente se actualiza— se debería incorporar a nuestra carta magna una definición explícita de los ‘derechos ambientales’ de los habitantes, y su pertinente garantía, junto con la enunciación de los deberes ciudadanos correlativos, y la definición de las competencias federal y provinciales en la materia. No hallo motivos —agrega— para disminuir la competencia legislativa y ejecutiva de las provincias en esta materia, ni las que por su delegación tienen los municipios”<sup>32</sup>.

Este criterio de Cano es sustentable plenamente no sólo por sus fundamentos sino también por lo que enseñan constituciones extranjeras, como las de España y Portugal, que hemos citado en el parágrafo anterior.

---

daño ecológico en las IXas. Jornadas nacionales de Derecho civil (Mar del Plata, 10 al 13 de noviembre de 1983)”. Han sido expuestas y sistematizadas por Jorge A. Carranza en *La Ley*, tomo 1984-A, pág. 1062.

<sup>31</sup> *Aut. y ob. precits.*, n° 43, pág. 103.

<sup>32</sup> *Aut. ob. pág. y n° precits.*

En cuanto a la primera concepción, expresamos que es rico en consecuencias el período en el que abre la posibilidad de que, en tanto se trate de problemas ambientales de la garantía constitucional de la índole de la que se trata (art. 14 bis, "protección integral de la familia"), puede dar pie a recursos (amparo y otros).

En este orden de consideraciones veremos más adelante que la jurisprudencia italiana ha sustentado sus sentencias sin otros preceptos que la protección de la salud, tutelada constitucionalmente, así como el derecho de propiedad.

Aún más, Rescigno, en su examen de la Corte Cassazione (nº 5172, 1979), estima que configura un "derecho al ambiente salubre" y declara la dignidad de la tutela "aun frente a la administración pública...". La sentencia contiene afirmaciones de notable significado: el derecho a la salubridad del ambiente se ubica entre los derechos absolutos y, más específicamente, entre los derechos inviolables de la persona; es censurada la "posibilidad según la cual existiría protección jurídica solamente en caso de que se tratara exclusivamente de un bien (o de una fracción del mismo) o de un solo individuo, o de un grupo personificado", reconociendo en ese injustificado "planteamiento de tipo patrimonial de la juridicidad"; la tutela acordada a los particulares se reconduce a las diversas comunidades —familiar, habitacional, de trabajo— por la necesidad de asegurar una participación y una frecuencia de los individuos a las varias comunidades, sin peligro para la salud <sup>32 bis</sup>.

Nuestra doctrina y jurisprudencia desarrollaron importantes aportes en la materia, acordes con las concepciones que en el derecho comparado se fueron manifestando.

En nuestra doctrina, Morello formula la doctrina de los "intereses difusos", según los siguientes conceptos:

En nota a una sentencia que resolvió un caso de "contaminación ambiental", desarrolló la idea, de la que extraemos los conceptos siguientes:

<sup>32 bis</sup> Pietro Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, pág. 265, ed. Jovene, Nápoli, 1985.

“En la sociedad de consumo post industrial y en los apareamientos urbanos de nuestra vertiginosa época de cambios, la de los denominados ‘intereses difusos’ trepa a la instancia de las cuestiones principales”.

“Las situaciones individuales pierden significado e importancia respecto a los grupos o sectores; es decir, a la colectividad en lo que se ha dado en llamar precisamente ‘los intereses difusos’. Aquellos que no son ya sólo de uno o de varios sino, mejor, de todos los que conciben en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Enmarcan por consiguiente verdaderos y perentorios intereses de la sociedad”<sup>33</sup>.

Más adelante augura Morello que pueda llegar a cobrar relevante primer plano la legitimación colectiva, pues anota que testigos atentos de nuestra época “van prefigurando lo que vendrá: el derecho al ambiente natural y al respeto a la belleza monumental, el derecho a la salud, a la seguridad social, a no ser perjudicados por un desarrollo urbanístico caótico, a una engañosa publicidad comercial, a fraudes financieros, bancarios, alimentarios o a la discriminación religiosa, social o racial, son todos ellos derechos que pertenecen a la colectividad”<sup>34</sup>.

Los principios deducibles de las ideas expuestas son acogidos en una importante sentencia dictada por el Juez Garzón Funes, en la que, además de ello, entre otras consideraciones interpreta la ley 22.421, que en lo pertinente expresa: “La ley 22.421 establece una obligación para todos los habitantes de la Nación (art. 1º, ADLA, XLI-A, 188) y considero que en el 4º párrafo del mismo texto se incluye la posibilidad de aplicar ‘ac-

<sup>33</sup> Augusto Mario Morello, *La defensa de los “intereses difusos” y el Derecho procesal*, Jurisprudencia Argentina, 1978, tomo III, II, pág. 321; sentencia anotada de la Cám. 2ª civil y comercial La Plata, sala 1ª, 11-10-77, Jurisprudencia Argentina, tomo cit., pág. 312, consultar: trabs. cits. de Mairal y Grecco, *supra*, nota nº 1.

<sup>34</sup> Morello, nota precit., tomo III, pág. 322.

ción difusa o popular', que la doctrina ha rechazado siempre, lo mismo que la jurisprudencia; en efecto, en dicha norma se establece que en jurisdicción nacional, en caso de desestimarse total o parcialmente los reclamos formulados, los interesados podrán recurrir ante el juez federal competente...". El artículo continúa teniendo en cuenta los intereses legítimos o derechos subjetivos de los posibles perjudicados; la posibilidad de que el interés colectivo y particular a la vez pueda ser ejercido por los habitantes del país está allí en germen, esperando el soplo definitivo que le dé vida propia y eficaz. La ley tiende a resolver los problemas derivados de la depredación "cada vez más intensa" (ver nota al Poder Ejecutivo) que sufre la fauna silvestre, con el consiguiente perjuicio para la conservación de las especies y el equilibrio ecológico. ¿Pero quién puede actuar invocando derechos subjetivos cuando se trata de la supervivencia de animales salvajes? La respuesta se hace difícil porque esos animales no pertenecen a nadie en particular, son cosas *Extrapatri- monium*, y dentro de esta clasificación, de raigambre romana, son cosas o *res nullius*; es decir, cosas que no pertenecen ni han pertenecido a nadie. ¿Quién puede tener un interés subjetivo, mensurable económicamente, en algo que no le pertenece? La ley, como alguna vez dijo Ortega y Gasset (con otras palabras), debe responder a una necesidad de la vida cotidiana, y si se quiere que sea eficaz y sea ciencia debe alimentarse de la vida y servir al ser humano, cuyas reglas de juego están en continua mutación".

"Así, si bien es valioso que el derecho cambie para adaptarse a la realidad y se dejen de lado dogmatismos inocuos, se hace cierta la pérdida del rigor científico, pues al discurrir entre realidades tangibles se hace imposible aprisionar en fórmulas definitivas categorías jurídicas que tienen un sustento variable, cambiante. Los juristas romanos — eminentemente prácticos— a través de la analogía, los *Quasi* (es decir, 'como si fuera, en cuanto a los efectos'), los favores, las reglas de excepción, pudieron obtener resultados justos con desapego al rigor científicista".

"Sobre los derechos de la realidad diaria se establecen doctrinas para resolver los problemas que van surgiendo. El hombre

es un animal social (*Zoon Politikon Sei*), pero es esencialmente mutante en sus reglas y costumbres. Así la ciencia jurídica, que básicamente es un sistema convencional, lleva en sí el alivio de que, en definitiva, aquello que inventó el hombre, el mismo hombre puede deshacerlo”.

“Pero, como dice el Dr. Carlos Grecco en ‘Legitimación contencioso administrativa y tutela judicial del interés legítimo’, sucede, con todo, que no siempre es fácil quebrar las amarras del convencionalismo pues arraigadas convicciones, axiomatizadas en categorías jurídicas, resisten airoso el embate de cualquier posible evolución y permanecen inmunes, aun desgajadas de su contexto primitivo (Rev. La Ley, t. 1981, C, p. 879)”<sup>35</sup>.

La sentencia glosada fue afirmativamente anotada por Cano, nota en la que controvierte críticas a Marienhoff a la sentencia dictada en el caso conocido como de los “Delfines y Toninas” (nota al fallo 1ª Instancia Cont. Adm. Fed. [Juzgado N° 2] firme, mayo 10/1983, por Miguel S. Marienhoff, “Delfines o Toninas y Acción Popular” (E. D., t. 105, p. 244).

En la precitada nota considera Marienhoff, en lo esencial de su criterio que “no cabe duda alguna que en el caso comentado los accionantes no sólo carecían de un derecho subjetivo sino que ni siquiera tenían un ‘interés legítimo’ que sirviera de fundamento a su pedido”; en concreto, que “los actores han ejercido una ‘acción popular’ inexistente en nuestro derecho”; que fallos o sentencias como el mencionado interfieren “indebidamente” en la actividad normal de la Administración Pública, y que “los jueces deben limitarse a aplicar la ley, no a crearla, ni a intentar crearla. Esto último —concluye— es función del legislador”.

La réplica de Cano a la posición de Marienhoff se concreta en los conceptos contenidos en los temas en los que divide sus consideraciones, que reducimos solamente a los párrafos que, en la extensión necesaria y sin modificaciones estimamos la ilustran, cuales son:

<sup>35</sup> 1ª Instancia Federal Contencioso administrativo. Juzgado nº 2, Capital, firme, marzo 22-983, La Ley, 1983, tomo D, pág. 568.

“El tema no es de derecho administrativo”. En mi opinión —y aunque no se invocó este argumento en el juicio— el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural humano, protegido por la garantía constitucional del artículo 14 bis de la Constitución, relativa a la seguridad social integral de cada individuo. En esa seguridad están explícitamente mencionadas la protección integral de la familia, las jubilaciones y la vivienda, pero me parece claro que incluye el derecho a la salud y al ambiente, entre otros. El derecho a un ambiente sano es parte del derecho a la salud y a la protección familiar”<sup>36</sup>.

Esta interpretación de Cano, aunque la amplía, es coherente con la expuesta en este párrafo sobre los alcances del artículo 14 bis.

Continúa la contestación de Cano: “Legitimación de la calidad de obrar. Augusto M. Morello, comentando un fallo disidente (de 11 octubre 1977) de un camarista platense (J. A., 16 de agosto 1978), definió por primera vez a los intereses difusos, como legitimando la calidad de obrar en juicio en la materia que nos ocupa. El fallo del 22 de marzo, que ahora comento (consid VII) hace mérito de esa definición”.

“No se trata aquí de la ausencia de una lesión directa e inmediata al derecho o interés del particular accionante. Se trata, sí, de que esa lesión no es mensurable económicamente, pero sí lo es ecológicamente. Y el derecho a la vida y la salud humana, amenazado, es un derecho subjetivo tan digno de protección jurídica como los bienes patrimoniales. ¿Acaso la Constitución no protege la libertad de pensar o de tener (o no tener), y profesar creencias religiosas, o de opinar, que nada tienen que ver con el patrimonio? La existencia de una especie animal afecta el equilibrio ecológico de la Humanidad entera y, por tanto, las expectativas de vida de cada uno de los 4.500.000.000 de individuos que actualmente la componen, como lo recuerda el con-

<sup>36</sup> Cano, *Un hito en la historia del Derecho ambiental argentino*, nota a la sentencia precit.; del párrafo 5 de la nota precit.; Comp.: con el criterio de Magariños de Melo, párrafo III, Texto correspondiente a la nota 26.

siderando 18 del fallo del 10 de mayo. Así lo entendió nuestro Gobierno cuando firmó la Convención de Washington de 1973 (ratificada por la ley 22.344 ADLA XLII, 3251) merituada en el considerando I del auto de 22 de marzo".

"Cabe recordar, finalmente, que el P. E. recurrido no objetó en el juicio la personería para accionar de los recurrentes, de lo que hace mérito el fallo del 10 de mayo (consids. I y XIX). El P. E. dijo que el 'interés jurídico' que los recurrentes quisieron proteger es compartido por él (sentencia del 10 de mayo, consid. II) y, por tanto, reconoció su existencia. Negarla equivale a ser más papista que el Papa"<sup>37</sup>.

"El estudio obligatorio del impacto ambiental. El doctor Marienhoff ha dicho que los jueces no pueden crear la ley. Pero sin dudas pueden extraer normas de procedimiento interpretando los principios y garantías constitucionales y los generales del derecho. Estoy seguro de que él no pretendió incluir a la Corte Suprema en su afirmación de que los jueces no pueden crear la ley cuando a través de la jurisprudencia exigió el cumplimiento de requisitos tales como el de la protesta previa para repetir impuestas; o los que después fueron acogidos por la reglamentación legislativa del recurso de amparo; o los que condicionan la admisión del recurso por arbitrariedad".

"Las sentencias anotadas establecen el requisito del estudio del impacto ambiental, como condición de validez de permisos de capturas de animales expedidos por la autoridad pública, cuando versan sobre especies animales cuya cantidad de individuos y posibilidades (como espacio) de sobrevivencia a las capturas son desconocidas".

"Este requisito —de creación a través de la hermenéutica jurisprudencial— tal como lo fueran los recién recordados de nuestra Corte Suprema, ha sido establecido por numerosas leyes ambientales modernas y su adopción en el ámbito de la justicia federal constituye otro gran salto en adición al que legitima la calidad de obrar en juicio. El Código de los Recursos Naturales de Corrientes, de 1981, de mi autoría, lo requiere explícitamente".

<sup>37</sup> Cano, de la nota precit., del párrafo n° 6.

“Es obvio que la obligatoriedad del estudio de impacto ambiental lleva ínsita la de su evaluación, en el acto de tomarse la decisión pertinente”.

“La inversión del *onus probandi* —que el fallo del 10 de mayo anotado (consid. xx) pone a cargo de la autoridad y no del particular reclamante contra sus actos— es una característica de la moderna teoría del impacto ambiental”<sup>38</sup>.

En el marco expuesto, la legitimación activa se desenvuelve en un campo que trasciende el derecho subjetivo y escapa a la división tradicional entre este último y el interés legítimo.

Su sustentación y viabilidad se desprende de la doctrina expuesta. No obstante, todavía Morello expone renovadas y agudas observaciones cuando en muy reciente obra expone:

“Sagazmente se ha advertido que no se interpreta a la Constitución procesalmente; por el contrario, las contingencias procesales son las que deben interpretarse a la luz de las exigencias de la Constitución”.

Ese afán de brindar la tutela a la que constitucionalmente tiene derecho el consumidor, la víctima, el agraviado, en el amparo o en los intereses difusos, es el que ahora hace replegar a una dicotomía derecho subjetivo-interés legítimo, que cuando menos aparece insuficiente o menesterosa de otras justificaciones para que realmente sirvan al presente cuadro de situación.

“Asistimos, por ende, a una disolución o superación de ambas nociones que, por lo demás, nunca dejaron de ser objeto de serias discrepancias en cuanto a sus configuraciones. Alargar la protección del administrado y, mejor aún, del ciudadano, del habitante, es un propósito consustanciado con el moderno Estado de Derecho. Y la encrucijada a la que se arriba se da al tener en vista “que una acabada noción del derecho subjetivo impide hacer de él instrumento suficiente para acordar protección a los administrados ante ilegalidades administrativas que sobre ellos repercuten en su detrimento”<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Cano, de la nota precit., parágrafo n° 8.

<sup>39</sup> Augusto Mario Morello y Gabriel Stiglitz, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Cap. XI, p. 176, ed. Platense,

A esta altura de nuestra relación, en el Derecho comparado la doctrina y jurisprudencia italianas, coadyuvan a la sustentación de la doctrina y jurisprudencia expuestas.

En especial, pronunciamientos de la Suprema Corte del precitado país. Simultáneamente con la orientación doctrinal desenvuelta entre nuestros juristas se daban los pronunciamientos a los que hacemos referencia.

Con anterioridad a la etapa que enunciamos, la Suprema Corte Italiana no aceptaba la tutela de los "intereses difusos".

"Las argumentaciones dirigidas a excluir la protección de los intereses difusos —expone Alpa— se pueden reducir sustancialmente a tres, siguiendo el discurso de la Suprema Corte:

"i) el interés 'difuso' es una posición subjetiva intermedia entre el derecho subjetivo y el interés legítimo; su noción no está suficientemente elaborada, y es siempre penetrada de incertidumbre y oscuridad; en las deficiencias doctrinales, a los intereses difusos no se les confiere un contenido que sea tal de otorgarle un resultado 'particularmente consolidado por la posición diferenciada del sujeto considerada la norma de acción y justificada por una iniciativa jurisdiccional'".

"ii) el interés difuso presupone un procedimiento desvinculado de la impronta individualista; concepción que 'encuentra todavía una válida justificación en la esencia de la Administración Pública y en la función de la jurisdicción administrativa, así como al criterio discriminante no sólo entre jurisdicción ordinaria y administrativa, sino entre los mismos poderes del Estado'".

---

La Plata, 1986; consultar: trabs., cits. de Mairal y Grecco, *supra*, nota nº 1; sin embargo, cabe hacer notar el juicio de Marienhoff, que en un estudio reciente, "rescata" la opinión del doctor Grecco, en el Trab. cit., donde dijo: "No hay duda en punto a la inexistencia actual, en el orden nacional, de norma que garantice judicialmente la defensa de los intereses colectivos o difusos, y el vacío no es subsanable encuadrando lo que nos parezca (por más merecedor de tutela que se entienda) en el ámbito del derecho subjetivo". *La legitimación en las acciones contra el Estado*, por Miguel S. Marienhoff en "Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional", Revista La Ley, del 23 de junio de 1986.

“iii) en fin, si se diése ingreso a la tutela de los intereses difusos, el juez sería convocado a una elección entre intereses contrapuestos: una elección discrecional que ‘atañe normalmente a la Administración Pública o al poder político y puede poner a los portadores de intereses difusos distintos en posiciones antagónicas, o crear sectores contrarios, asimismo, en los portadores del mismo interés’ ”<sup>40</sup>.

Sin embargo, con la sentencia de la Corte Suprema que exponemos, experimentó, como se podrá apreciar, un cambio de orientación.

Relaciona Alpa:

“Con la sentencia dictada en la sesión plenaria del 9-3-1979, n.º 1463, la Suprema Corte ha formulado un importante principio, relativo a la jurisdicción del juez ordinario en mérito a la afirmación de medidas técnicas preventivas, en consideración a la instalación de establecimientos de energía nuclear; al mismo tiempo, ha remediado el problema de la tutela de los intereses difusos, admitiendo su recepción en nuestro ordenamiento, por lo menos en lo que se refiere a la protección de los intereses del propietario y el interés de la salud”.

“El pronunciamiento así articulado y los aspectos procesales se entrelazan con aquellos sustanciales: es significativo, sea como fuere, el hecho de que con esta decisión la Suprema Corte, por primera vez: a) admite la tutelabilidad de los intereses difusos, en el proceso civil; b) reconoce el derecho a la salud como derecho perfecto, constitucionalmente garantizado; c) admite la existencia de un ‘derecho al ambiente’, entendido como situación subjetiva conexas con el derecho de propiedad, protegido, por consiguiente, a favor del propietario y con el derecho a la salud protegido en favor de su titular”<sup>41</sup>.

Otras consideraciones integran el pronunciamiento que exponemos, siguiendo la obra ya citada de Alpa, en la que expresa:

“La Corte distingue, en orden a los bienes colectivos —los valores que son propios de la sociedad organizada a los cuales

<sup>40</sup> Alpa, *Compendio...*, pág. 30.

<sup>41</sup> *Aut. y ob. precits.*, págs. 29 y 30.

son referibles intereses que van más allá del individuo— bienes indivisibles (o de disfrute colectivo) o bienes divisibles, de disfrute individual”.

“Los bienes de disfrute colectivo están ligados a intereses que pertenecen a grupos y, por consiguiente, a intereses difusos. Empero —observando correctamente los juicios de la Corte— los intereses difusos tienen también componentes individualistas, desde el momento que son la ‘suma’ de una indefinida serie de intereses singulares; en este sentido la noción de interés difuso ‘evidencia’, antes que un interés general, una pluralidad de intereses individuales del mismo contenido, relativos al disfrute de una utilidad determinada. En tal hipótesis, la noción no excluye posiciones de intereses legítimos o de derecho subjetivo”.

“En efecto —subraya Alpa— en el primer caso se trata de gestiones de parte de la Administración; en el segundo, es la tutela de valores individuales de parte de cada uno”.

En cuanto a los intereses de la propiedad y de la salud, sostiene la Corte: “No se puede negar, en otros términos, que en nuestro ordenamiento no esté codificado —en su dimensión constitucional— el derecho a la salud (art. 32), ‘derecho subjetivo que protege el bien de la sanidad’. El vínculo entre cada uno y el ambiente que lo circunda fundamenta, pues, un interés difuso ambiental, interés diferenciado que ‘atribuye el poder de recurrir al juez administrativo’, en la hipótesis en la cual la P. A. ponga en ejecución actos lesivos”.

“Finalmente, la lesión del ambiente puede dañar el patrimonio de la persona individual lesionando el derecho de propiedad”.

“En esta hipótesis ‘el menoscabo del derecho subjetivo’ que puede derivar de la actividad pública en el interés colectivo encuentra inmediata tutela en el ordenamiento, mediante acción ante el juez ordinario (art. 2043, c.c.)”<sup>42</sup>.

Rescigno, en la cuestión descripta, expone que “alguna afinidad con los intereses legítimos presenta la categoría de los

<sup>42</sup> *Aut. y ob. precits.*, pág. 31.

intereses colectivos difusos, para usar el término con el cual se ha buscado individualizar en la más moderna e influyente doctrina, la investigación de los medios de tutela de la generalidad, o de grupos indiferenciados, frente al poder público o a los actos privados, relativamente al ambiente (a comenzar por la conservación de las bellezas naturales), a la salud y a la seguridad física, a los bienes de consumo. La experiencia extranjera, y sobre todo la jurisprudencia de los Estados Unidos, ofrece ya materia rica, y no solamente para la reflexión inmediata, sino también para indicaciones operativas: así es admitida la posibilidad de acciones de grupo o de categoría: *class actions*, por ejemplo acciones contra las empresas productoras de máquinas o manufacturas o alimentos dañosos; se considera legitimado para accionar aún un particular, que se constituye en "actor" en juicio en nombre de todos los interesados, y asumiendo así una función que trasciende al particular y sus limitados intereses propios (de ahí la calificación, que le viene reservada, de *ideological plaintiff*, casi decir, "actor en sentido ideal"); el poder de iniciativa resulta reconocido en fin, a la tutela de intereses privados, por órganos análogos a nuestro ministerio público, contra la tradicional concepción que ve al servicio de los intereses colectivos personificados en el Estado"<sup>43</sup>.

El jurista a quien corresponden estos conceptos, en el mismo parágrafo, cita jurisprudencia de la Corte di Cassazione concordante con la expuesta (sent. n.º 5172 de 1979)<sup>44</sup>.

#### V. *Nociones destacables*

La doctrina, legislación y jurisprudencia relacionadas en los parágrafos antecedentes, permiten destacar ideas salientes como resultantes del examen de elementos que brinda ese nuevo campo de estudio, investigación y legislación que se ofrece al Derecho.

<sup>43</sup> Rescigno, *Diritto privato italiano*, pág. 264.

<sup>44</sup> *Aut. y ob. precits.*, pág. 265.

En consonancia con los distintos aportes expuestos es dable considerar:

a) Que ha quedado establecida la relación íntima entre desarrollo, industrialización y medio ambiente, así como la interdependencia entre economía y ecología.

b) Que la industrialización no debe ser obtenida al precio de una degradación excesiva del cuadro de vida (arg. Despax).

Que los problemas ambientales, por graves que sean, no deben ser un freno al desarrollo industrial; que debe ser planificado a partir de estudios ecológicos y teniendo en cuenta las inversiones necesarias y las medidas efectivas para luchar contra la contaminación (arg. Hinsch). Asimismo, lograr que el progreso orgánico coadyuve al progreso social (arg. Despax).

c) Que el Derecho no es ajeno al encauzamiento normativo de la actividad industrial, tanto en las legislaciones nacionales como en el orden internacional; y que se define un Derecho Ambiental en distintas ramas del Derecho.

d) Que se receipta en la doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional el principio jurídico de los "intereses difusos", entendidos como aquellos que no son ya sólo los de uno o varios de todos los que conviven en un medio determinado y cuya situación está afectada por la contaminación del medio ambiente, la degradación, destrucción, vaciamiento o consumo sin reposición (arg. Morello).

e) En suma, a nuestro juicio cabe sustentar que no obstante la consolidación doctrinal y jurisprudencial, se debería incorporar a la Constitución Nacional una definición explícita de los "derechos ambientales" de los habitantes (arg. Cano) cuya reglamentación puede contar como modelos los preceptos de las constituciones portuguesa y española reproducidos en este trabajo (parágrafo III).

## SUMMARY

### DEVELOPMENT AND INDUSTRY IN THEIR IMPACT ON ECOLOGY: LEGISLATION, DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

*The jurist's opinions, the legislation and the case-law included in this article show:*

*That in the new field of law studies a close relationship between development, industrialization and environment has been established, as well as the interdependency of economy and ecology.*

*That, as serious as the environmental problems could be, they should not curb industrial development, which must be planned and normatively guided.*

*That doctrine and case law have admitted the principle of "diffused interests".*

*That an eventual constitutional reform, should embody an explicit definition of environmental rights.*

ESTUDIOS JURIDICOS Y POLITICA EN LA  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

HORACIO SANGUINETTI \*

*“Hombres vacuos, petulantes y grises, algunos de los cuales hacían mofa ridícula de su propia asignatura, prefiriendo a otra cosa menos miserable y más decente, exhibir ante los estudiantes el airecillo de un trivial ingenio burgués. Y de esos hombres yo me acuerdo, no me olvido. He visto a algunos de ellos tener después mando en el país, levantar sobre tantas cabezas de buena voluntad su perspicacia cínica de medradores, demagogos y políticos.*

*Y he sentido entonces con terror, con miedo de verificarlo, que el país que los llamaba debía parecerse a ellos”.*

Eduardo MALLEA, 'Historia de una pasión argentina'.

A lo largo de su historia, que ya supera los ciento sesenta años, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ha conocido momentos de auge y decadencia. Contribuyó a formar muchas generaciones que actuaron en la vida pública con significación diversa. Durante más de un siglo, la profesión de abogado era una de las pocas a que parecían llamados los jóvenes de buena casa. Conecta con realidades sociales y con disciplinas de huella honda, y habilita para múltiples menesteres. En nuestro país incipiente, que carecía de militares, economistas, po-

\* Profesor titular de Teoría del Estado. Universidad de Buenos Aires.

líticos, poetas, profesores, historiadores, los abogados cubrieron esos vacíos con variable fortuna. Ya organizado el país, la Facultad se convirtió en una gran fábrica de doctores, miembros o al menos socios de las clases dirigentes.

Pese a las mutaciones políticas, la Facultad conserva importancia. Es una de las más pobladas del mundo. De ella han salido y continúan saliendo, equipos de relevo que sustentan los cuadros de gobierno.

Interesa por lo tanto, estudiar su pasado "político" y de qué modo la formación que brindó a los jóvenes que pasaron por sus aulas, el prestigio de que rodeó a determinadas figuras y las relaciones que anudó, han incidido en la marcha del país. Especialmente en los años que van desde 1918, en que estalla el movimiento reformista, y 1943, en que desaparece el antiguo régimen y se inaugura una nueva etapa, cuyos pormenores resulta difícil juzgar con absoluta imparcialidad.

### *Génesis de la Universidad americana*

Para el hombre medieval, este mundo era de tránsito y preparatorio. Todo su impulso vital giraba en torno a una idea eje: Dios. Atendía primordialmente el sentimiento religioso. Por eso la Edad Media es un período impersonal, colectivo, anónimo. Se está de paso, el individuo no cuenta. El comercio y la industria, el arte y la ciencia, todo reviste carácter gregario. Los hombres se agrupan en municipios para vivir, en cofradías para rezar, en corporaciones para trabajar o estudiar.

"Universidad" significa justamente corporación, gilda, gremio. La "Universidad de los estudios" será en consecuencia una corporación de personas reunidas por un interés común, de carácter intelectual. Claro que Carlomagno ya contaba una "escuela laica" en su palacio, y los árabes, desde comienzos de la Edad Media, disponían de cursos superiores en Bagdad, Damasco, Samarcanda y aún Córdoba y Salamanca<sup>1</sup>. Pero no consti-

<sup>1</sup> Carlos C. Bunge, *La educación*, Sempere, Valencia, 1909, pág. 64 y sigtes. Para la historia de las Universidades medievales, cf. también Ro-

tuían "universidades" en sentido estricto. Probablemente la primera que merece tal nombre, sea Salerno, especializada en Medicina. A ella siguieron Bolonia y París. Esta, ocupada en Teología, creada por profesores, era una *universitas magistrorum*. Revistió características políticas propias, y allí florecieron los talentos principales del pensamiento medieval, sobre todo en el siglo XIII, que es la madurez de la Edad Media y prepara la traslación al Renacimiento. Bolonia tuvo otro carácter. Creada para cultivar el Derecho Romano, era *universitas scholarium*, universidad de estudiantes. Como no tenían maestros, los contrataron. Pero aquellos ejercían el gobierno de la institución. Se trataba de un gobierno estudiantil pleno: fórmula que se expandió a otras ciudades italianas, como Modena y Padova, y a Montpellier, Colonia, Praga, Glasgow y Salamanca.

Esta última, "tesoro de donde provee gobierno y justicia", según Carlos V, fue el modelo que inspiró las primeras universidades americanas. La elección del rector y profesores, la participación activa del alumno en política universitaria, la costumbre de impugnar las jerarquías docentes inauténticas, la jarana de los estudiantes sopistas y capigorriones, así como la autonomía que fincaba en los fueros, resultaron modalidades propias que América reprodujo pronto.

El modelo salmantino prendió en América, cuyas primeras Universidades fueron Santo Domingo (1532), México (1551), Lima (1555) y Córdoba (1613). En muchas de ellas se prolongó la organización hispana, y en algunas los estudiantes tuvieron actividad electoral.

Pero el ejemplo napoleónico interfirió en la concepción feudal española, influyendo tanto como ésta en la evolución escolar

---

dolfo Mondolfo: *Universidad, pasado y presente*, Eudeba, 1966; Telasco García Castellanos: *El origen en las Universidades*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963; y para toda referencia a Salamanca, J. García Mercadal: *Estudiantes sopistas y pícaros*, Espasa-Calpe, 1954.

En cuanto al esquema bonapartista, cf. Napoleón III: *Ideas napoleónicas*, Espasa-Calpe, 1947.

del siglo XIX. Las vertientes del bonapartismo universitario pro-  
vienen de complejos orígenes. Las ideas pedagógicas de Rou-  
sseau sacudieron viejos prejuicios, y bajo su influjo la Conven-  
ción receptó proyectos novedosos. El de Lepeletier, sostenido por  
Robespierre luego de la muerte de aquél, contemplaba un peda-  
gogismo estadual con soluciones tan modernas que parecen utó-  
picas para el tiempo en que se planificaron. Los principales re-  
volucionarios entendían claramente la educación como pieza  
maestra de su juego político. Napoleón tuvo oportunidad de or-  
denar una nueva instrucción conforme a sus necesidades: gene-  
ralizó la elemental, creó la técnica y normal, y coronó su pirámide  
con un nivel superior apto para formar los cuadros dirigentes que  
le resultaban indispensables.

Por eso creó escuelas y liceos, pensionó casi 7.000 alumnos,  
actualizó los programas y ordenó escribir manuales eficaces y  
didácticos.

Las Universidades francesas, con tantas academias como  
cortes de apelación había, supervisaron la instrucción pública  
en todos sus órdenes. Los profesores, después de treinta años,  
podían ser declarados eméritos y recibir pensión de retiro. Las  
facultades y academias eran regidas por consejos académicos, lo  
mismo que la Universidad, presidida por un Gran Maestro que  
el emperador nombraba y removía libremente.

Esa estructura, propensa a la burocracia pero eficiente para  
los fines que servía, fue adoptada lentamente por muchas univer-  
sidades americanas, sobre su propia arquitectura salmantina.  
Sus instituciones y régimen administrativo aún subsisten parcial-  
mente.

#### *Antecedentes de los estudios jurídicos en Buenos Aires*

Desde los primeros tiempos de la colonia, diversos intere-  
ses se opusieron al ingreso de abogados a la ciudad de Buenos  
Aires. Las capitulaciones entre la Corona y Alvar Núñez Cabeza  
de Vaca (1540), imponían "que no pasasen abogados ni procu-  
radores a estas partes, porque... ocasionaban esos oficios...  
discordias mortales y odios implacables".

En 1613, el Cabildo de Buenos Aires impidió el acceso de tres abogados que pretendían instalarse en la ciudad. Y en 1752, el gobernador José Andonaegui atribuyó, en comunicación al virrey del Perú, el derrumbe de la antigua Catedral, a un castigo divino por los pleitos que los letrados fomentaban entre los pobladores. Todavía hacia 1769, el obispo Manuel A. de la Torre se opuso, mediante memorial al conde de Aranda, a que se erigiese la Universidad de Buenos Aires, pues la había en la "ve-cina" ciudad de Córdoba, y porque "de la cátedra de leyes no se sacarían más que mayores enredos".

Está probado que las excusas alegadas para impedir el acceso de letrados, sólo encubrían la preocupación de muchos funcionarios inescrupulosos, temerosos de que la presencia de personas ilustradas y conocedoras de la ley, estorbase sus abusos y negocios turbios<sup>2</sup>.

De cualquier modo, la organización de los estudios públicos fue morosa en Buenos Aires. Fracasado el intento de Bucarelli para trasladar a Buenos Aires la Universidad de Córdoba (1767), Vértiz se preocupó por la erección de algunos institutos educativos en la Capital del gobierno a su cargo (1771). De esa preocupación surgió el proyecto del procurador general, Manuel Bascopilbaso, que incluía plan de estudios. Sin embargo, sólo se ob-

<sup>2</sup> Cf. Raúl A. Molina: *Vindicación de los abogados coloniales*, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, nº 3, año 1946.

Para todos los antecedentes coloniales y de los primeros tiempos patrios, cf. Juan M. Gutiérrez: *Origen y desarrollo de la enseñanza Pública Superior*, *La Cultura Argentina*, 1915; Norberto Piñero y Eduardo L. Bisdau: *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, en *Anales de la Universidad de Buenos Aires*, tomo III, 1888; Juan Ramón Mantilla: *Régimen universitario*, *La Semana Médica*, 2907, pág. 132 y sigtes.; Agustín Pestalardo: *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas en la Universidad de Buenos Aires*, Alsina, 1914; Ricardo Levene: *Manual de historia del Derecho argentino*, Kraft, 1952, págs. 367 y sigtes.; también su discurso: *Los orígenes de la Universidad nacional de Buenos Aires y la educación pública argentina*, pronunciado en el acto conmemorativo de su centenario, organizado por FUBA (14 de agosto de 1921), reproducido en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año 38, agosto-setiembre 1921, y *Fuerza transformadora de la Universidad argentina*, El Ateneo, 1936.

tuvo la creación del Colegio de San Carlos, donde se formaron los próceres de Mayo. Pero los estudios jurídicos siguieron sin concretarse.

Un buen número de actores primordiales de la Revolución de Mayo, ejercía la profesión de abogado. El sector más ilustrado y revolucionario: Moreno, Belgrano, Castelli, Paso, había conocido las necesidades sociales y se había acercado al pensamiento político más avanzado de su tiempo, a través de estudios jurídicos. No es extraño, en consecuencia, que éstos se atendiesen pronto. En 1812 existió un nuevo proyecto de abrir cátedras de derecho público y economía política, que tampoco prosperó.

Por fin, en 1814, el Directorio aprobó las Constituciones de una Academia de Jurisprudencia, redactadas por Manuel Antonio de Castro, y su funcionamiento comenzó al año siguiente. El Director fue el mismo Castro; y Presidente, el presbítero Antonio Sáenz, futuro rector de la Universidad.

La Academia formaba abogados para nuestro foro: luego de tres años de ejercicios prácticos y teóricos, la habilitación se lograba tras aprobar dos exámenes; también ellos de práctica forense y de teoría.

### *Creación de la Universidad de Buenos Aires*

El 9 de agosto de 1821 se erigió la Universidad, según edicto que lleva las firmas del gobernador Martín Rodríguez y de su ministro Bernardino Rivadavia. La influencia del presbítero Sáenz, primer rector, se hizo notar desde el primer momento, en la Universidad y sobre todo, en el Departamento de Jurisprudencia.

Al principio, éste tuvo sólo dos cátedras: la de Derecho Civil, a cargo de Pedro M. Somellera, y la de Derecho Natural y de Gentes, profesada por el propio Sáenz.

De todos modos, los comienzos fueron precarios. Según Vicente F. López, la Universidad, "nunca salió de su estado embrionario y enfermizo". A más de la incorporación de una cátedra de Economía Política, que en 1823 inauguró Pedro J. de Agrelo, hubo sucesivas alteraciones al plan de estudios. Aprobadas las asignaturas, se recibía el título de doctor en jurisprudencia, pu-

ramente académico y que no habilitaba para el ejercicio profesional. Este se obtenía luego de realizar, en la Academia, tres años de práctica.

La reforma de 1823 no alteró los cursos de jurisprudencia. Pero en 1830 se suprimió la cátedra de Economía, y en 1832 se refundieron los Derechos Civil y de Gentes. Una cátedra de Derecho Canónico subsistió por su parte. Con ligeras variantes, tal fue el esquema durante el período rosista. Desde 1836, el gobierno dejó de abonar los gastos de la Universidad, y previno que tales partidas debían, en lo sucesivo, ser pagadas al prorratio entre los alumnos.

### *El plan Alberdi*

Consultado por un compatriota que estudiaba jurisprudencia en Turín, Alberdi proyectó, hacia 1850, desde Valparaíso, un esquema de las materias que a su juicio, serían primordiales para el ejercicio profesional en Argentina.

Este verdadero "plan de estudios" meditado con gran sentido pragmático<sup>3</sup>, respondía exactamente a las necesidades formativas más avanzadas de su tiempo. Como introducción, aconsejaba el estudio moderado del Derecho Romano, al que asignaba cierto sentido propedéutico. Luego, la lectura del Derecho Civil francés, y en especial de contratos y obligaciones, en vista del auge que adquirirían las transacciones y el mayor valor de la propiedad inmueble. Nuestras naciones mineras y pastoriles exigían el conocimiento de "Minas y Rural". El Derecho Administrativo habilitaría para el ejercicio consciente de la función pública. El Derecho Internacional Privado facilitaría el trato a los numerosos extranjeros que poblarían la patria. Por último, los Derechos español y patrio, aportarían el conocimiento de los antecedentes histórico-legales y las reformas que lentamente adaptaban nuestras leyes y hábitos.

<sup>3</sup> J. B. Alberdi, *Obras completas*, 1886, tomo III, pág. 343: *Carta sobre los estudios*.

### *Los progresos en métodos y planes*

Estos temas seguían preocupando a muchas personas responsables. Desde 1873 se enseñó Derecho Procesal sustituyéndose entonces las tareas prácticas que se desempeñaban en la Academia, por el estudio teórico de la asignatura.

Hacia 1900 se crearon comisiones especiales para la reforma de los estudios. En 1904, el académico José N. Matienzo promovió una encuesta profesoral, cuya mayoría aconsejó dividir los estudios en dos ciclos: uno para abogacía y otro para doctorado<sup>5</sup>, pero la división no se concretó. Un nuevo plan, vigente desde 1909, recogió la distinción y encendió una polémica entre la Comisión de Enseñanza que lo prohibió (Juan A. García, Leopoldo Melo, Carlos Ibarguren), y el profesor Antonio Dellepiagne. Una nueva y discutida reforma culminó en 1914. Pero ninguno de estos planes, salvo el agregado o la quita de ciertas asignaturas fluctuantes, como Sociología y aún Psicología, alteraron los aspectos fundamentales del plan alberdiano.

Habría que esperar el movimiento reformista, para llegar al plan de 1922, que introdujo el estudio del Derecho Político y dio mayor extensión a las Ciencias Sociales, para que se atisbara una adecuación mayor de los estudios a las necesidades del país. Sin embargo, según Palacios<sup>6</sup>, "aun con este plan . . . no se ha producido la renovación de métodos, indispensables para transformar definitivamente las aulas frías donde el profesor monologa, en seminarios de investigación".

### *Críticos y disidentes*

A partir de Vicente F. López, ya mencionado, la Universidad de Buenos Aires contó con un intenso equipo de comentaristas que juzgaron su organización y su eficiencia con dureza.

<sup>5</sup> Cf. Alfredo Colmo: *La cultura jurídica y la Facultad de Derecho*, s/p., s/l., (1915-1916?), pág. 10 y sigtes.

<sup>6</sup> Alfredo L. Palacios; *ob. cit.*, p. 99.

Durante la colación de grados de 1890, Lucio V. López advertía que “nuestra profesión decae. El derecho ya no es una ciencia. Es el arte de ganar pleitos”<sup>7</sup>. Y cuatro años más tarde, en idéntica oportunidad, Aristóbulo del Valle hizo reflexiones semejantes, denunciando que la Facultad “ya ha servido en demasía las exigencias del foro; ahora le corresponde levantar el derecho a las alturas de la ciencia”<sup>8</sup>.

Estanislao S. Zeballos formulaba poco después, una crítica severa, vinculada sobre todo con el estudio del Derecho Comercial. “El código de 1857 —asegura<sup>9</sup>— . . . en general era anticuado, fruto de la actividad jurídica de épocas pasadas y en completa desarmonía con las necesidades, aspectos y medios del comercio moderno. . . De esta suerte las generaciones universitarias, forenses y judiciales no salían preparadas para defender y proteger el comercio en sus nuevos aspectos, ni para comprender y plantear la reforma legislativa, reclamada con urgencia. El estudio del Derecho Comercial en la Universidad de Buenos Aires era, pues, el de un sistema jurídico muerto”.

En la colación de 1906, el laureado Mario Sáenz afirmaba que “muchas de nuestras convicciones —lo declaro sin pena— perdieron su punto de apoyo. . . Así está escrito: los que vengan mañana arrasarán los monumentos que hoy erigimos sobre la base de nuestra ciencia”<sup>10</sup>.

El profesor Carlos O. Bunge se refería en 1913, a la “actual crisis de los estudios jurídicos”, fustigando sobre todo “los métodos jurídicos, de carácter filológico y tendencia más deductiva y abstracta que inductiva y concreta, (que) ha caído en desprestigio como procedimiento de investigación”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Cf. *Discursos Académicos*, tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Recopilación de C. Zavalía, 1921.

<sup>8</sup> *Idem*, pág. 77.

<sup>9</sup> Estanislao S. Zeballos, *Proyecto de reformas al plan de estudios*, Buenos Aires, 1904, pág. 51.

<sup>10</sup> Mario Sáenz: *Discurso universitario*, Colación de grados; 12-9-1906, pág. 16.

<sup>11</sup> *Discursos académicos*, cit., tomo II, parte 2, pág. 129.

Sin embargo, el espíritu crítico que ya entonces alentaban los estudiantes dejaba en salvo a muy pocos docentes, e incluía al mencionado Bunge. Para Pinedo, sólo escapaba de la crítica Ernesto Weigel Muñoz. En cuanto a los otros, "imposible me sería decir —afirma—, que en la orientación que tomé en materia política o social haya seguido la huella de mis maestros universitarios".

Después de referirse a Juan Agustín García, quien "tenía respecto de las instituciones que en teoría regían en nuestro país una posición de incredulidad irónica", Pinedo, afirma que "con las enseñanzas del profesor Bunge, la discrepancia fue todavía más categórica y rotunda. Bunge era fundamentalmente antide-mócrata, sin dejo de escepticismo o vacilación al respecto. Para él la democracia era anticientífica y el igualitarismo, que presentaba como fundamento, era una ilusión... Por lo demás no se presentaba esa doctrina como la expresión de una verdad circunstancial o temporal, sino como un concepto universal y eterno, comprobado hasta la evidencia e indiscutible".

La reacción que esa enseñanza despertó en los jóvenes, impulsó a muchos de ellos hacia el socialismo y hacia otras corrientes novedosas. Por otra parte, la intolerancia profesoral es evidente en otras manifestaciones. Como fundamento doctrinario, cabe mencionar el discurso de Pedro Goyena en 1882<sup>12</sup>, afirmando que "la materia es inconciliable con la libertad", y fulminando con pretendida ironía la doctrina evolucionista, que afirmaba "el parentesco en línea recta de la criatura humana con no sé qué animal repugnante, que ocupa, en su concepto, el lugar del bíblico Adán".

Pero aquella intolerancia no era solamente verbal. Así la Facultad no vacilaba en rechazar las tesis doctorales que no siguiesen su línea ideológica. Así, la de Julio Sánchez Viamonte sobre "El matrimonio", juzgada por Manuel Quintana como un

<sup>12</sup> Federico Pinedo: *En tiempos de la República*, Mundo Forense, 1946. págs. 9/10.

<sup>13</sup> *Discursos académicos*, cit., tomo I, pág. 55.

conjunto de "originalidades descabelladas"<sup>14</sup>; esto fue en 1882. En 1900, ya admitidas las tesis liberales luego del serio conflicto que despertó en Córdoba la de Ramón J. Cárcano, fue descartada en Buenos Aires la de Alfredo L. Palacios sobre "La fatiga", de tendencia socialista.

En 1904 un vasto conflicto estudiantil originado el año anterior agitó a la Facultad y trascendió a toda la Universidad de Buenos Aires. Iniciado a raíz de una solicitud de modificaciones a la ordenanza sobre exámenes, pronto generó imputaciones amparadas contra el arcaísmo cultural de los Consejos Académicos, y derivó en huelgas, asambleas tumultuosas, clausuras y renuncias de profesores y decanos. La Universidad no funcionó regularmente hasta 1906.

Esta huelga reconocía antecedentes en la de 1871, cuando un estudiante aplazado se suicidó, despertando la protesta de sus compañeros. Pero la de 1904-06 alcanzó mayor envergadura. En Derecho la capitanearon Luis Dellepiane, Raymundo Salvat, J. Hortensio Quijano, Luis Méndez Calzada, Héctor P. Blomberg y otros. Impugnaban una ordenanza sobre alumnos regulares y libres, que exigía la asistencia al 50% de las clases de los profesores, o a un 25% más dos pruebas escritas<sup>15</sup>. Los estudiantes aseguraban que "una concurrencia crecida de alumnos se encontraba sin el local para ubicarse", y en suma se resistían a clases magistrales de mérito dudoso.

El 17 de junio de 1905 se fundó el Centro de Estudiantes de Derecho, cuyos primeros presidentes fueron Teófilo Gatica y Roberto Repetto. Contemporáneamente se crearon otros en distintas Facultades, que convergieron en la Federación Universitaria de Buenos Aires (FUBA) hacia 1908.

El CED asumió desde sus comienzos una posición combativa y señaló que el Consejo iba "por mal camino" al negarse a reconocerle personería, en "la misma actitud que los patrones con

<sup>14</sup> Cf. Palacios, *ob. cit.*, pág. 96. También Ramón J. Cárcano: *Mis primeros ochenta años*, Sudamericana, 1944, pág. 66.

<sup>15</sup> Cf. Los antecedentes en Revista del Centro Estudiantes de Derecho, tomo I-1, pág. 23, tomo I-2, pág. 52, 1907.

las sociedades gremiales”<sup>16</sup>. Héctor Lafaille, huelguista en esos años bravos, se despidió de la Facultad como laureado, con un discurso bastante crítico:

“Arrastrados por el entusiasmo —aseguraba Lafaille<sup>17</sup>— soñamos con incorporarnos un día a la falange, con ligar nuestro nombre a la obra colectiva. La prosa de la vida nos enseñó muy pronto que la empresa era por demás difícil; que no sólo se había perdido de vista el Derecho ideal sino que las leyes eran burladas en todas partes; que las normas jurídicas parecían más bien el arte de eludir su cumplimiento y escapar a su sanción”. Denunció, además, “la plétora de abogados, pero faltan juristas”.

En 1910, cuando Palacios fue designado profesor suplente, este hecho “determinó —como relata él mismo<sup>18</sup>— la renuncia de un grupo de ilustrados profesores católicos”.

### *Reforma y reacción*

El mundo, entre tanto, sufría profundas transformaciones. La guerra europea señalaba el fracaso de los nacionalismos egoístas: la Revolución Soviética despertaba controversias; la clase media argentina ascendía al poder con la Unión Cívica Radical. La juventud universitaria no quedó al margen de ese proceso de cambio y provocó en Córdoba, en 1918, una Reforma Universitaria cuyos efectos pronto se hicieron sentir por toda América.

En Buenos Aires algunos prohombres de la anterior generación comprendieron y alentaron al movimiento reformista: Lugones, Ingenieros, de Tomaso, Palacios, y hasta el propio rector Eufemio Uballes. Este y Antonio Bermejo auspiciaron ese mismo año 18 una renovación de los estatutos universitarios. Desaparecieron las academias del ámbito universitario y el gobierno pasó a un consejo integrado por representantes de los profesores

<sup>16</sup> *Por mal camino*, editorial de la misma Revista, tomo I-1, abril 1907, págs. 1-3.

<sup>17</sup> Héctor Lafaille: *Discurso universitario*, en la misma Revista, I-6, octubre-noviembre 1907, págs. 229 y 233.

<sup>18</sup> Palacios: *ob. cit.*, pág. 97.

y estudiantes, quienes se elegían indiferenciadamente en colegio único. También se implantó la asistencia libre a clase.

El entusiasmo fue general. "Tengo una firme confianza de que inauguramos una nueva era universitaria", aseguró Juan Agustín García<sup>19</sup>. "Se abre una nueva vida para su evolución progresiva", manifestó Estanislao S. Zeballos<sup>20</sup>. Y casi sin excepción los docentes de todas las Facultades se apresuraron a confirmar su concordancia reformista.

Una encuesta organizada por la Revista Jurídica y de Ciencias Sociales recogió entusiastas expresiones de Mario Sáenz, Clodomiro Zavalía, José M. Monner Sans, Tomás Jofré, etc. Allí fue donde José Arce hizo pública profesión de fe: "La Reforma de 1918, tan criticada por algunos de los que hoy pretenden hacernos creer que comulgan con ella, ha dado excelentes resultados y el ambiente que ha creado en la Facultad a que pertenezco (Medicina) permite entrever una era de verdadero progreso... En nuestra Facultad la mayoría es reformista y cualquier tentativa reaccionaria, aun cuando venga del lado del Congreso, provocaría nuestra protesta"<sup>21</sup>.

Por un momento pareció que la Facultad de Derecho adoptaría las nuevas pautas. En 1921, tras la renuncia del fugaz decano Leopoldo Melo, el reformista Mario Sáenz triunfó sobre Ramón S. Castillo gracias al apoyo estudiantil. Su decanato se orientó en la línea renovadora.

No llegó a durar dos años, pero atendió problemas de fondo. Surgieron las becas, los seminarios, los cursos nocturnos, la biblioteca circulante, la revista de la Facultad, el consultorio jurídico gratuito. En base a proyectos estudiantiles se crearon los Institutos de Enseñanza Práctica y de Extensión Universitaria. El primero para completar la enseñanza libresca y memorista. El

<sup>19</sup> Nota al rector Uballes, 7-X-18, en Revista de la Universidad de Buenos Aires, año XVI, tomo XLII, 1919, pág. 27.

<sup>20</sup> Nota al rector Uballes, en Revista citada, pág. 28.

<sup>21</sup> En Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, órgano del CED, agosto-setiembre 1921, pág. 839. También participaron en la encuesta mencionada Ernesto Nelson, Carlos Saavedra Lamas y Juan Agustín Moyano.

otro para reducir "la contradicción inadmisible entre la igualdad de derechos establecida por las leyes, y la desigualdad de hecho, que impone a unos lo que no se exige a otros" <sup>22</sup>.

El plan de estudios modernizó, tal como dijimos, algunos enfoques pedagógicos. La cátedra de Derecho Político, confiada a Mariano de Vedia y Mitre desde su inauguración en 1923, alentó esperanzas de un mejor conocimiento, por los abogados, de la realidad circundante. En el acto de institución de dicha cátedra un consejero estudiantil manifestó, refiriéndose a la actividad de la mayoría profesoral, que ésta se había diluido en "raspar y adelgazar textos", y que "aquellos glosadores entendieron que la Facultad debe limitarse a expedir ejecutorias para el ejercicio de un privilegio económico, y olvidó que los estudios no podrían sustraerse a las urgencias de la realidad circundante, al hervir continuo de nuevas inquietudes y al rudo llamado de la vida que pugnaba por entrar en esta casa derruida y sombría como el espíritu arcaico que vamos a desalojar" <sup>23</sup>.

Pero la *reacción* mantenía intactos sus cuadros, aguardando el momento oportuno para retomar el gobierno de la Facultad. No decimos "reacción" arbitrariamente. Una simple muestra del pensamiento de ese sector comprobará la exactitud del calificativo. Clodomiro Zavalía, al hacerse cargo de la revista, advirtió:

"No debe nunca perderse de vista el concepto de que en estas aulas se preparan generaciones que han de tener, mañana, la función directriz del gobierno... y que todas las oportunidades deben ser buenas para inculcarles la noción de que nunca, en veinte siglos, se fundó nada útil y duradero con proclamas igualitarias y a base de otros designios que no sean el orden, la disciplina y el respeto a la jerarquía" <sup>24</sup>.

<sup>22</sup> "Manifiesto del CED al inaugurar los cursos de Extensión Universitaria", en Gabriel del Mazo: *La reforma universitaria*. CEI, La Plata, 1941, tomo I, pág. 205.

<sup>23</sup> Discurso de Florentino Sanguinetti, en: Mariano de Vedia y Mitre: *Derecho Político*, versión taquigráfica, CED, 1924, pág. 9; reproducido en Sanguinetti-Sabsay: *Curso de introducción al conocimiento de la sociedad y el estado*, Eudeba-Macchi, 1985, pág. 265.

<sup>24</sup> Clodomiro Zavalía, *Preliminar*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo I, 1922, págs. 13/14.

### *El "lock-out" docente*

Sáenz logró superar varios planteos, como los que motivaron las renunciaciones de los profesores Ibarguren y Colmo, particularmente ingrata esta última por los méritos científicos del afectado. A saber:

Durante los exámenes de julio de 1922 un grupo de alumnos recusó al Dr. Alfredo Colmo, titular de Civil III, alegando arbitrariedades<sup>25</sup>. El Consejo se reunió y sus profesores no reformistas llegaron con ánimo dispuesto a mantener el principio de autoridad. Pero era tan razonable la imputación estudiantil que hasta Lafaille, Arias, Rocha y Paz tuvieron que aceptar su evidencia.

"Venía con intenciones favorabilísimas para el Dr. Colmo —confesó Jesús H. Paz—, resuelto a que se tomaran medidas severas para la indisciplina de los alumnos. Llegado aquí, la información recibida me hizo cambiar por completo de opinión. Supe que el propio Dr. Colmo había manifestado que su espíritu no había estado en algún caso con la serenidad que requería su función de examinador. . . Si yo no pedí a raíz de conocer ese hecho la expulsión del Dr. Colmo, como correspondía en rigor de verdad, del cargo de profesor, fue porque atribuí esa manifestación a algo improvisado. . . En vista del cariz que está tomando este asunto, voy a hacer moción de que se publiquen las versiones taquigráficas de la sesión anterior y de la presente, para que la gente no siga creyendo, después de la lectura que ha hecho de las manifestaciones del Dr. Colmo en un diario de ayer, que dicho profesor es una víctima de la mayor injusticia, una víctima de las resoluciones de este Consejo, una víctima de estudiantes rezagados".

Finalmente, Colmo presentó su renuncia, aprobada por unanimidad. Hacia 1925 rehusó la cátedra que se le ofrecía nuevamente.

<sup>25</sup> "Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Exámenes de Derecho Civil, IIIer. curso. Antecedentes de la renuncia del profesor doctor Alfredo Colmo". 1922.

Pero en 1923 un nuevo problema se suscitó, en torno a la expulsión del secretario de la Facultad, Dr. José A. Quirno Costa. Este había sido destituido ya en 1919 por el decano Zeballos, quien le imputó "incompetencia y negligencia"<sup>26</sup>. Pero Melo, durante su breve decanato, lo repuso en el cargo.

En la sesión del 8 de octubre de 1922 el consejero estudiantil José H. Monner Sans promovió una amplia investigación sobre las actividades del secretario. Una vez sustanciada, cinco meses más tarde, permitió acreditar innumerables inconveniencias administrativas que se imputaron al Dr. Quirno Costa: descuidos, distracciones graves, hasta actas de exámenes defectuosamente confeccionadas. Todo parecía denotar una disminución de facultades y luces en el funcionario. Jorge E. Coll, en la sesión del 17 de marzo de 1923, denunció también que "el señor secretario había solicitado del Banco Escolar, del que era director, un crédito de \$ 30.000, con el objeto de que se adelantaran los sueldos de profesores y empleados de la casa, solicitud que el secretario pretendía hacerle firmar (al contador, señor Tironne), negándose (éste) a hacerlo por considerarlo incorrecto, pues no se contaba con la autorización del decano".

Quirno Costa, invitado a renunciar, se negó. El Consejo lo destituyó finalmente, reiterando que sólo discutía la aptitud y diligencia de un funcionario "apático y lento", nunca su honorabilidad.

Los consejeros Díaz Arana, Pestalardo, Arias y Rocha, asegurando que se levantaba "una tormenta en un vaso de agua", renunciaron formulando protestas sobre la marcha de la Facultad y el caciquismo estudiantil, y arrastraron a más docentes: Melo, Castillo, Ramos, Calatayud, Zavalía, Jantus y otros pares, firmaron el 17 de marzo una renuncia colectiva, donde manifestaban discrepancias con "los procedimientos y orientación del

<sup>26</sup> "Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Separación del Secretario doctor José A. Quirno Costa. Actas y documentos. Publicación oficial", 1921.

Consejo" de la Facultad, que "destruye todos sus prestigios" pero sin precisar cargos concretos ni indicar en qué consistían las discrepancias.

Esta ha sido una constante en el pensamiento reaccionario. Fuera de una invocación permanente al orden y la jerarquía, frente a las realizaciones y doctrinas reformistas, tal como observa Carlos Cossio<sup>27</sup>, "no existe ninguna exposición sistemática de la reacción... ésta jamás ha puesto en discusión el sistema de la vieja universidad. Toda la literatura reaccionaria, que con el aporte de la prensa diaria es más copiosa que la reformista, se limita a... la crónica de los hechos violentos, parcializada, por cuanto se quiere responsabilizar de ellos exclusivamente a los reformistas".

El consejo directivo asumió una actitud enérgica y el 22 de marzo aceptó las renunciaciones rechazando sus términos. Entonces un grupo de estudiantes derechistas estuvo a punto de asaltar la casa del decano, y ocupó finalmente la Facultad, ubicada en esa época en Moreno 350.

Sin embargo, los reformistas constituían mayoría. El Centro, en manos de una agrupación moderada, Unión Reformista, parecía dispuesto a una salida transaccional. Pero grupos de izquierda retomaron la Facultad y exhortaron a la lucha. El decano Sáenz, temiendo los extremos de cualquier intransigencia, desoyó las voces guerreras de alumnos adictos y presentó su renuncia, irrevocable, como debe ser la de todo hombre de bien. Los profesores disidentes retiraron entonces las suyas. El Consejo acompañó a Sáenz, cerrándose de tal modo el ciclo de uno de los decanatos más fecundos de la Facultad<sup>28</sup>.

El rector de la Universidad, José Arce, cubrió personalmente la acefalía para presidir nuevas elecciones (abril de 1923). Los profesores disidentes alzaron la candidatura de Ramón S. Castillo, apoyada por el Centro de Estudiantes.

<sup>27</sup> Carlos Cossio: *La reforma universitaria y la reacción*, en *Síntesis*, n° 33, 1930, págs. 9-10.

<sup>28</sup> Sobre su labor creadora cf. Jacinto Armando: *Memoria del CED*, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, enero-mayo 1921, pág. 325.

Esta actitud contrarreformista del Centro motivó la creación del Comité Pro-Reforma, capitaneado por Eduardo Araujo, Maurizio Ottolenghi, Teodosio Brea, Jorge May Zubiría, etc., que proclamó una lista de concordancia, encabezada por Juan Carlos Cruz. Pero éste renunció, sin explicaciones, horas antes del comicio. Aun así, el Comité triunfó y obtuvo los 23 electores necesarios para reponer a Sáenz y su Consejo.

Pero no había concordia posible. El grupo próximo a Castillo impugnó ante el Consejo Superior el acto eleccionario, a posteriori, y conocido el resultado, pretendiendo que se había regido por una ordenanza sin vigencia legal. La queja prosperó, y el vicedecano Oliver se hizo cargo del gobierno, durante un interregno que duró de mayo a octubre. En ese lapso se modificó el estatuto universitario, dividiéndose el colegio electoral único. Ahora, uno de los docentes elegiría once representantes y otro estudiantil cuatro. En tales condiciones los profesores anti-reformistas aceptaron una nueva confrontación.

Las fuerzas se polarizaron entonces en torno a las candidaturas de Ramón Castillo y Alfredo L. Palacios. El Comité Pro-Reforma ganó el claustro estudiantil, pero no alcanzaba a neutralizar la mayoría profesoral. Solamente doce profesores sufragaron por Palacios: Anastasi, Cernesoni, Coll, Levene, Molla Villanueva, Pessagno, Rébora, Ruzo, Sáenz, Vedia y Mitre. Sarmiento, Laspiur y Vico. El comicio fue público y así se supo que muchos reformistas habían abandonado a Palacios en el último momento. Además, Castillo y sus candidatos votaron por sí mismos, imponiéndose por sólo cinco votos: los propios. El comentario del nuevo decano fue lacónico y previsible: "Estableceré el orden y la disciplina necesarios"<sup>29</sup>.

### *Los consejeros de "la nueva generación"*

El 23 de noviembre de 1923 tuvo lugar la primera sesión del nuevo Consejo. La delegación estudiantil contaba con valores intelectuales tan altos como Carlos Sánchez Viamonte y Julio

<sup>29</sup> Reportaje en "La Prensa", 16-IX-23.

V. González. Egresados de la Universidad de La Plata, ningún respeto reverencial los inhibía frente a los profesores porteños. Con tremenda eficiencia dialéctica, pocas veces igualada en la historia parlamentaria argentina, hicieron el proceso de la mayoría profesoral. Fueron de verse, como relata el propio Sánchez Viamonte<sup>30</sup>, “la derrota intelectual de los viejos profesores en todas las cuestiones que se debatían; su silencio en la mayor parte de los casos; las votaciones regimentadas aun contra la verdad de hechos comprobados... Su actitud politiquera, el rechazo del concurso para nombramiento de profesores, a fin de asegurarse el padrón electoral; las sesiones secretas; los autos de fe que se hicieron, por orden del decano, con las comprometedoras versiones taquigráficas”, etc.

¡Y cómo los hechos darían la razón —enfatisa Bermann<sup>31</sup>— a aquel magnífico equipo reformista! Con diez años de antelación denunció a aquellos profesores que prepararon y fueron cómplices de una época infame en el orden nacional, entregadores sin alma al imperialismo, compadres en la aventura nacifacista, sin que sirvan para redimirlos las lágrimas hipócritas que algunos derramaron después”.

En la primera sesión, ante numerosa barra, Sánchez Viamonte impugnó, como cuestión previa, la constitución del cuerpo, reclamando que caducase por hallarse “afectada por vicios morales insanables la elección del señor decano y de la mayoría de los señores consejeros, que se han votado públicamente a sí mismos.

“Es evidente —agregó— que el estatuto no prohíbe al decano y a los consejeros votarse a sí mismos, pero debe interpretarse ese silencio en el sentido de que jamás pudo prever el legislador que profesores de derecho, desdeñaran el cumplimiento de elementales deberes de conciencia”.

<sup>30</sup> Carlos Sánchez Viamonte: *La cultura frente a la Universidad*, Sa-  
met, 1928.

<sup>31</sup> Gregorio Bermann: “Julio V. González”, en *Sagitario*, nº 5; Primer  
bimestre 1956, p. 28.

“No basta —aunque hace pocos días lo afirmara el señor decano— ser un veterano de la burocracia; no basta haber sido un magistrado trabajador y pundonoroso; no basta haber sido dentro de una limitada y hermética especialidad, para poseer la virtud de orientar a la juventud y realizar la obra de progreso integral que reclaman las ciencias jurídicas y sociales”<sup>32</sup>.

Momentos después los asistentes a la barra arrojaron objetos contra el decano, los consejeros de la mayoría y un busto de Vélez Sársfield que presidía el viejo recinto de la calle Moreno. Los consejeros estudiantiles repudiaron ese procedimiento; y reanudada la sesión, oído el extenso alegato de Julio V. González, los profesores, sin replicar, determinaron pasar a sesión secreta. La delegación estudiantil se retiró y la impugnación fue a comisión, donde nunca obtuvo despacho.

Cuatro días después, en deliberación otra vez secreta, se rechazaron las dimisiones de los últimos “renunciantes” (Melo, Casares, Naón, etc.), entre corridas policiales y algaradas estudiantiles. El 7 de diciembre, también en sesión secreta, acordaron licencia a Juan P. Ramos. Como González protestó de que hasta para acordar una licencia la sesión era reservada, Lafaille llegó a imputarle “desacato”. Así terminó 1923.

El 7 de abril Julio V. González inauguró los cursos de 1924 con una conferencia donde explicó su concepción ideológica de la “nueva generación”. El fenómeno reformista giraba, para González, en torno al generacional: era la juventud disconformista y creadora que desalojaba a la promoción anterior, cumulativa y caduca<sup>33</sup>.

A partir de entonces el enfrentamiento fue agudo. El decano restringió el número y publicidad de las sesiones. En debates secretos (10-V-24), se designaron ternas para cátedras vacantes.

<sup>32</sup> Carlos Sánchez Viamonte: *De la lucha universitaria*, en *La cultura...*, cit., p. 36-37.

<sup>33</sup> Cf. Julio V. González: *La doctrina de las generaciones*, en *Revista jurídica y de Ciencias sociales*, julio-octubre 1926, pág. 157. Esa tesis influida por Ortega y Gasset, fue refutada en diversas ocasiones por reformistas como Jorge May Zubiría y Héctor Raurich.

La calidad científica de los candidatos reformistas y antirreformistas es, de por sí, reveladora: Rébora contra Calatayud, Bielsa contra Bullrich, Coll contra Jantus, etc. Con todo, los estudiantes lograron imponer algunos de sus hombres, como Lisandro de la Torre, quien renunció a su candidatura pues no le interesaba la docencia. Otros, por ejemplo Rafael Bielsa, ingresaron en calidad de profesores suplentes.

La mayor parte de los nombramientos en esa categoría se hicieron no ya sin concurso, sino prescindiendo aun de despachos de comisión (p. ej., deliberaciones del 7 y 30 de junio, 30 de noviembre, etc.). Así se configuraron los padrones, que aseguraron mayoría de votos al sector gobernante en la Facultad.

Los consejeros reformistas solicitaron cátedras para destrerrados ilustres: Alessandri, Frugoni, Ortega y Gasset, Jiménez de Asúa. Entre sus proyectos contó la creación de un Instituto de Extensión Universitaria, un Centro de Estudios Penales, el Instituto de Sociología Económica planificado por los estudiantes Raúl Migone y Miguel A. Zabala Ortiz, etc.

Su labor crítica fue demoledora. El 9 de mayo de 1925 la delegación formuló diversos cargos contra Castillo. Se les exigió, entonces, violando el ejercicio de un elemental derecho de crítica, que incriminasen por escrito, bajo pena de no ser oídos. En cumplimiento de esa imposición, González redactó y leyó ante el Consejo su "Liquidación de valores", advirtiendo ante todo que no se proponía "derribar a un hombre, blanco imperceptible desde la altura de nuestros ideales, sino realizar el proceso de un régimen moral e ideológico, encarnado todavía en la llamada 'clase dirigente', y de la cual aquel hombre es, por circunstancias de su cargo, un exponente"<sup>34</sup>.

"El decano actual —agregaba el documento— no es precisamente ese hombre de pensamiento claro, de inteligencia creadora y de visión panorámica que las circunstancias presentes requieren para la dirección de una Facultad".

<sup>34</sup> Julio V. González: *Iconoclastia*, en *La reforma universitaria*, Sagitario, 1927, pág. 18; *Liquidación de valores*, ídem, págs. 219-234, de donde extractamos todas las referencias siguientes.

El capítulo de cargos puede resumirse así:

1) El decano sólo dos veces "estuvo fuera del carácter meramente administrativo que parece atribuir a su cargo".

La primera, cuando enunció su programa de acción ("La Prensa", 16-IX-23), ocasión en que auspició la intensificación de las materias codificadas criticando el incremento de las ciencias sociales; con lo cual persistió en su "anacrónica especialización legista" y rehusó a los estudiantes los elementos necesarios para "afrontar los problemas planteados por una era de revisión en las instituciones fundamentales de la sociedad y el Estado".

Por segunda vez, al oponerse a que la Facultad expresara solidaridad con Unamuno, Fernando de los Ríos y Jiménez de Asúa, perseguidos por el gobierno de Primo de Rivera, argumentando que la Facultad era "una repartición administrativa, inhábil para la cultura, los fueros de la cátedra universitaria y la libertad de pensamiento. Esto significó, por parte del señor decano, una traición a la causa de la inteligencia nacional en que milita".

2) Aparte de estas dos veces, Castillo no emitió opiniones. En el terreno de los hechos:

a) Recibió al heredero del trono italiano, Humberto de Saboya, y aplaudió que un menor de edad, por privilegios de sangre y nacimiento, recibiese, en violación de los reglamentos, el título de *doctor honoris causa*, que se le entregó el 17 de agosto en el Colegio Nacional de Buenos Aires. Los asistentes vestían jacquet, "que en la ocasión significó tanto como vestir librea"<sup>35</sup>.

b) "Con dos profesores sin antecedentes ni autoridad universitaria (David Arias y Ricardo Seeber), el señor decano acaba de proponer la reforma del estatuto, vigente hace apenas un año; tentativa restauradora gracias a la cual señores y vasallos reaparecen en la escena universitaria".

<sup>35</sup> Cf. también, sobre ese punto, Carlos Sánchez Viamonte: *¿Cortesía o cortesania?*, en "Jornadas", Samet, 1929.

c) El decano y los consejeros de la mayoría ganaron sus cargos con su propio voto. Esta deficiencia denota en las autoridades un criterio "muy elástico sobre las normas de conducta dentro de las cuales deben encuadrarse los actos de la vida pública".

d) El decano distribuyó oportunamente cargos rentados entre los alumnos que militaban en la Liga Independiente, que prestaba apoyo a las autoridades; lo que importa, "con intención o sin ella, disponer de los fondos de la Facultad para sostener una posición personal, y corromper a la juventud".

e) Imaginó estadísticas para prestigiar su gestión. Así, "en su último discurso de apertura de cursos, donde declara haberse dado en el año veintiocho conferencias de extensión universitaria, cuando se pronunciaron en número que no llega a la tercera parte".

"El señor decano —terminó el expositor— al no advertir por negligencia o por carecer de penetración, las consecuencias que cualquiera de sus actos puede traer para la salud espiritual de la Facultad, ha incurrido en infidencia grave en la misión tutelar que tácitamente le ha confiado la sociedad entregándole la dirección de la juventud".

La reacción de los profesores fue pasar a sesión secreta. Tras protestar, los delegados estudiantiles se retiraron. Sin procedimiento alguno, la acusación fue rechazada por "improcedente".

Ya lo había anticipado González: "La nueva y la vieja generación chocan una vez más, y en el encuentro la una cumple el doloroso deber de desahuciar a la otra".

### *El principio de no reelección*

A poco de designados, los cuatro consejeros estudiantiles habían sorteado la duración de sus mandatos, correspondiendo dos años a Julio V. González y Manuel Rodríguez Ocampo, y cuatro años a los dos restantes. En octubre de 1925 concluía el bienio de los primeros. En las elecciones de renovación parcial triunfó

la lista del Partido Reformista Centro Izquierda, fundado un año antes por Héctor Raurich y Mariano Calvento (h). Los electos fueron cubiertos por los doctores Emilio Biagosch y Agustín de Vedia.

El 17 de noviembre, con asistencia del presidente Alvear, quedó inaugurado el nuevo edificio de la Facultad, imitación del edificio proyectado por el arquitecto Arturo Prins, en Las Heras y Azcuénaga.

También se avecinaba la sucesión rectoral. El 1º de marzo de 1936, Arce concluía su período y aspiraba a la reelección. Designado cuatro años atrás con sufragio reformista, derivó gradualmente a la contrarreforma.

La asamblea, en trance electoral, se congregó el 27 de noviembre. Arce necesitaba dos tercios de los votos presentes para su reelección. En el primer recuento obtuvo mayoría, pero no suficiente, de modo que se procedió a una segunda tentativa, circunscripta, según disponía el estatuto, a los dos candidatos más votados en la primera vuelta: Arce y el ingeniero Huergo.

No cambiaban las cosas, y los intentos se renovaron. Al rector siempre le faltaba una mínima diferencia para conseguir sus dos tercios. En tres sesiones sucesivas la Asamblea llegó a votar catorce veces seguidas, sin lograr definirse.

El mismo Arce presidía las sesiones, aunque Agustín de Vedia le pidió que no lo hiciese, por respeto a sí mismo. Hubo agresiones, insultos verbales y algún desafío a duelo. Sánchez Viamonte dejó en claro la posición reformista: su voto por Huergo de ningún modo implicaba adhesión a la persona o a los principios de éste. Era una simple opción para evitar la permanencia indefinida del grupo gobernante<sup>36</sup>.

Por fin debió buscarse una transacción y Ricardo Rojas fue electo rector.

<sup>36</sup> Carlos Sánchez Viamonte: *Reeleccionismo*, en *La cultura frente a la Universidad*, Samet, 1928, pág. 107.

## Los conflictos de Derecho

En Derecho, dos conflictos revelaron la pugna que se estaba ventilando.

El primero, de mayo de 1926, se originó cuando la mayoría docente pretendió suprimir el turno de exámenes de julio.

El centro de estudiantes admitió que el sistema de exámenes es anacrónico, pero aseguró que "mientras subsista, mal podrá restringirse el derecho a darlos en las tres épocas reglamentarias del año".

La sesión del Consejo del día 7 fue tan áspera, que la mayoría pidió refuerzos policiales y llevó sus medidas a tal extremo que el propio consejero profesoral Tomás Jofré, manifestó indignado:

"He sido durante catorce años diputado y senador en la provincia de Buenos Aires, unas veces actuando con el gobierno y otras en la oposición, pero jamás he usado contra el socialismo la violencia que hoy quiere imponérsenos. . . . He sido opositor al radicalismo, orejudo de vieja tradición, y jamás los radicales nos impusieron tampoco esta violencia; en los momentos más apasionados esos hombres políticos han sabido conservar la serenidad, y hoy, en esta casa, hombres de leyes redactan un artículo en forma que no permite la emisión del voto de la minoría"<sup>37</sup>.

El consejero Máximo Castro, aludido por Jofré y también por los consejeros estudiantiles, renunció *in continente*.

El otro conflicto revistió mayor gravedad y resonancia. El mismo Consejo de la Facultad que a comienzos de 1927 negó autorización para que el CED ofreciese una conferencia del exiliado republicano español Rodrigo Soriano, auspició, en cambio, un ciclo de disertaciones de representantes del ejército.

Estas formaban parte de un plan de expansión de las fuerzas armadas, auspiciado por el ministro de Guerra, general Agustín P. Justo.

La primera conferencia, a cargo del mayor Enrique Rottjer, debía desarrollarse el 19 de agosto de 1927, y versaba sobre te-

<sup>37</sup> Sesión del 7-V-26, Archivos de la Universidad de Buenos Aires, año I, 1926, pág. 574.

mas propios de una academia militar, entre otros: "La guerra en la historia, la guerra como problema actual, el plan de guerra", etc.<sup>38</sup>. Alfredo Palacios había sugerido que el tema fuese "el crimen de la guerra", y los consejeros estudiantiles se abstuvieron al tratarse la autorización, pues si bien propiciaban que la Universidad fuera "tribuna abierta para la emisión de todas las ideas, no encontraban de interés cultural alguno que se propagase desde ella el arte de pelear"<sup>39</sup>.

Ante la circunstancia, y como el Centro de Estudiantes, en manos de reformistas moderados, guardase silencio, la mesa provisoria del Partido Centro Izquierda, integrada por Homero Guglielmini, Isidro J. Odena, Manuel J. Cruz, Carlos Sanchirico, Anastasio Celorrio, Emilio Vigliani y José Narvaja, publicó un manifiesto expresando "asombro" y aconsejando a sus compañeros de Derecho "exterioricen su protesta *no concurriendo* a la conferencia anunciada, para significar así la indiferencia con que la juventud universitaria contempla estos problemas del momento, erizados de fusiles y de mástiles de guerra".

El día previsto se presentaron en la Facultad no menos de ciento cincuenta jefes y oficiales, de uniforme, que fueron recibidos por una rechifla por los alumnos que allí estaban. Hubo vivas a la paz, mueras a la guerra, y algunos contusos, entre ellos el estudiante Arturo Jauretche. Los disturbios se apaciguaron por mediación del presidente del CED, Alfredo O'Connell.

La reacción del ministro de Guerra fue exigir explicaciones por nota a su colega de Instrucción Pública. Interpelado, el rector Ricardo Rojas contestó en estos términos:

"En cuanto a mí, señor ministro, creo que no necesito formular ninguna profesión de fe, pues mi vida y mi obra han sido hasta hoy el cumplimiento de una misión en favor de nuestra nacionalidad; pero esto mismo me permite decir serenamente que ejerzo mis funciones de rector como yo las entiendo, y que si

<sup>38</sup> Tarjeta de invitación firmada por el decano R. Castillo.

<sup>39</sup> Para todos los antecedentes del conflicto. Gabriel del Mazo: *ob. cit.*, tomo I, pág. 255.

la nota del ministro de Guerra importa una censura a la Universidad, no puedo aceptarla ni como rector ni como maestro". Castillo, por su parte, clausuró la Facultad, puso severa custodia policial en sus puertas y convocó a sesión secreta. En ésta se aprobó una resolución que "salvaguardando el decoro de la casa, ante la forma imprevista y tumultuosa en que se han desenvuelto los acontecimientos... y como no ha sido posible individualizar a todos los autores materiales del desorden, aunque fueron señalados elementos extraños conocidamente agitadores, así como algunos estudiantes, sobre todo de los primeros años", suspendía por dos años a los autores del manifiesto de Centro Izquierda, atribuyendo el desorden a su "prédica revolucionaria". Para ello se fundó, sin más trámite y sin exigir ratificación, en el manifiesto "publicado en *La Nación*, fecha 23 del actual, en términos que significan plena solidaridad con los actos de violencia".

Obsérvese que el manifiesto invitaba a los estudiantes a "no concurrir al acto". Asumía una actitud de protesta pasiva. El diario "La Prensa" lo comprendió así: "Ha suspendido sin oír... la falta de criterio de las autoridades de la Facultad ha sido evidente"<sup>40</sup>.

Sánchez Viamonte aclaró la posición de los consejeros estudiantiles en carta pública que dirigió el 29 a los generales Alonso Baldrich y Enrique Mosconi<sup>41</sup>, escogidos por su jerarquía moral:

"Uno tras otro, los doctores de Vedia, Sanguinetti, Biagoch y el suscripto demostraron sin refutación: 1º) Que los ma-

<sup>40</sup> Editorial del 28-VIII-27. Como se descartase el tratamiento de un petitorio en el sentido de levantar la sanción, "La Prensa" insistió en otro artículo de fondo (29-X-27). Tras fustigar algunas contradicciones cuya evidencia "demuestra que no se ha tenido presente una línea de conducta al redactar los términos empleados", el diario destaca que "a nadie interesan los pormenores formalistas ni corresponde que una Facultad de Derecho esté poniendo en práctica expedientes que no resuelven nada".

<sup>41</sup> Carlos Sánchez Viamonte: *El militarismo en la Universidad de Buenos Aires*, en *La cultura frente a la Universidad*, cit., pág. 72.

nifiestos que se pretendía castigar no contenían frase o palabra que pudiera calificarse de subversiva; 2º) Que era arbitrario, fruto de mala voluntad personal o tendiente a satisfacer intereses políticos, el hacer recaer la responsabilidad del escándalo y de las violencias producidas sobre siete estudiantes distinguidos que resumían y concretaban su posición ideológica en una invitación a sus compañeros...; 4º) Que la misma resolución reconocía la injusticia de castigar a 'unos pocos', como los firmantes del manifiesto, dejando impunes a otros pocos que fueron individualizados como autores materiales y cuyo nombre se oculta".

Más de quinientos alumnos presentaron una nota solidarizándose con los términos del manifiesto. Los consejeros estudiantiles renunciaron al término de la sesión secreta, y el prestigio de las autoridades sufrió ante la opinión universitaria. En la inmediata votación para renovar los delegados estudiantiles dimitentes, triunfó el Partido Reformista Centro Izquierda, imponiendo sus candidatos: Carlos Sánchez Viamonte, Julio V. González, Alejandro Lastra y Mariano Calvento (h.).

Un grupo de estudiantes disidentes, derrotados en asamblea, se apartó del Centro para fundar el Círculo de Estudiantes, que presidió Martín Aberg Cobo. Las brigadas de la Liga Patriótica organizaron, en "desagravio al Ejército", una conferencia de Manuel Carlés, sobre "Necesidad de la paz por medio de la preparación para la guerra".

Desde entonces el Partido Centro Izquierda dominó el Centro de Estudiantes, primero con la presidencia transaccional de Homero Guglielmini y más tarde con las radicalizadas de Isidoro J. Odena y Jorge May Zubiría.

### *El decanato de Juan P. Ramos*

El 20 de noviembre de 1927, Juan P. Ramos asumió el decanato en reemplazo de Castillo, que fue designado vicedecano. Reformista hasta 1923, Ramos había sido "renunciante" en aquella fecha, cuando "él mismo en persona iba al local del Centro de Estudiantes a arengar a los muchachos incitándolos a la rebelión y usando (parece inexplicable si los tiempos no estuvie-

ran tan cercanos como para guardar fresco el recuerdo de aquellos días) del nombre de la Reforma Universitaria para alzarse contra el decanato legítimamente constituido en autoridad”<sup>42</sup>.

No era preciso retroceder tanto para encontrar esa adhesión verbal a la Reforma. En su discurso inicial, Ramos se colocó bajo su signo, “porque contribuí a hacerla”. Poco después viajó a Roma como invitado oficial del gobierno italiano.

Si Castillo era, en lo personal, un hombre “cuya función inofensiva consistía en sonar algunas veces la campanilla”, Ramos era agresivo y vehemente. “En dos años de ejercicio del cargo —afirmaba un ex consejero en 1929, poco antes de la crisis que derribó al decano<sup>43</sup>—, nadie conoce una iniciativa valedera que ponga en acción la prosa liviana de sus discursos. El doctor Ramos, ulisida infatigable, nos hace recorrer todos los gratos rincones de Europa; nos deja asomar al paisaje variado de su mundo interior, y algunas veces menea el mito romántico del pedagogo, pero se mantiene en la misma pasividad del doctor Castillo, que por lo menos sabía callar”.

Los conflictos se sucedieron en este decanato nada pacífico. Hubo un incidente con Alfredo Palacios, cuando propuso para su seminario un tema de derecho incaico, y Ramos procuró enmendarle la plana. Palacios, “como todo profesor que se precia”, se sintió molesto ante las correcciones y el intercambio de notas, por momentos áspero, no cesó hasta que el decano dio explicaciones<sup>44</sup>.

Es que Ramos era personalista y, además, tenía un alto concepto de sus propios méritos intelectuales, por cierto absolutamente excepcionales. Muchos recordaban entonces el sarcasmo con que Sánchez Viamonte replicase, en una sesión de 1926, los argumentos de Ramos para restringir el número de turnos de

<sup>42</sup> ‘El Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales contesta la carta del doctor Ramos’, marzo 1930. (Carta abierta firmada por Julio A. Albornoz, secretario, y Oscar E. Hasperué Becerra, presidente).

<sup>43</sup> Alfredo L. Palacios — *Legajo*, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

<sup>44</sup> Sesión del 7-V-26, en Archivos de la Universidad de Buenos Aires, año I, tomo I, pág. 572.

examen. Como alegase que, en su caso personal, había cursado toda la carrera con notas brillantes y en breve lapso, sin pedir nunca turnos extraordinarios, el consejero estudiantil afirmó irónicamente:

"El caso personal del doctor Ramos que él ha citado, es un caso fenomenal, y no estamos aquí legislando para fenómenos. Se legisla para la normalidad"<sup>45</sup>.

El primer choque del decano con los estudiantes, fincó en un nuevo intento de suprimir el turno de julio. Luego, se produjo la acusación de Calvento y Vedia contra el profesor Jesús H. Paz, "cuya actuación en la cátedra era públicamente irregular", que fue desestimada en previsible sesión secreta (octubre de 1928). El 27 de junio de 1929, los consejeros estudiantiles promovieron una investigación, ante las negativas de Ramos a implantar concursos para los cargos a cubrir con estudiantes. Por fin, el propósito de restringir el padrón estudiantil (octubre de 1929), los obstáculos a la extensión universitaria y a la creación de nuevos seminarios "porque no vale su cantidad sino la calidad", y la designación discrecional de profesores.

Todo contribuyó a crear tensiones que culminaron cuando Ramos examinó "reloj en mano y preguntando cosas que no correspondían al curso", en el turno de diciembre.

Los consejeros González y Lastra plantearon la recusación de la mesa de Penal que presidía Ramos, solicitando lo reemplazase Eusebio Gómez. Existía el precedente de Colmo, cuando Lafaille presidió una cátedra paralela en el recordado conflicto de 1922.

Pero ahora la pretensión fue rechazada. El Centro presidido por Oscar Hasperué Becerra convocó a asamblea estudiantil. Los dirigentes del Círculo, Martín Aberg Cobo y Alejandro Leoir pidieron se designara una comisión mixta, pero sin aclarar su posición ante Ramos. La reunión concluyó con violencia, lesionando el reformista Homero Manzioni a Aberg Cobo en el ros-

<sup>45</sup> "La Nación", 15-XII-29. Sobre la capacidad y la enorme cultura general de Ramos, suele testimoniar el doctor Roberto Repetto.

tro <sup>46</sup>. Al retirarse los nacionalistas, la asamblea proclamó huelga, tomó la Facultad y la cerró "por higiene".

Allí estaban el presidente de Centro Izquierda, Eduardo Howard, el secretario, Marcelo Aberastury; Leopoldo Isaurralde; Jorge y Alberto May Zubiría, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, Oscar Bacigalupo, Luis Baudizzone, Adalberto Reynal O'Connor, Arturo Jauretche, Homero Manzi, Gregorio Aráoz, y muchos más.

Los más veloces se instalaron en los sillones del Consejo Directivo, mientras otros espontáneos ofrecían café para no olvidar formalidad alguna. Julio V. González fue proclamado decano revolucionario; asumió el cargo y como primera medida hizo lugar a la impugnación contra Ramos.

Cuando el juez Miguel Jantus, llamado a entender en la causa, se aproximó al edificio, se le hizo saber que sólo lo entregarían al rector Rojas. Pero la policía, entrando por los fondos, ocupó la casa el día 15. El decano cuestionado se constituyó en su despacho, y vio con preocupación que la guardia policial se retiraba por la noche. Confirmando sus temores, los estudiantes retomaron el local.

El 16 de diciembre de 1929 se constituyó un Comité de Acción, presidido por Hasperué. Atendió el aprovisionamiento de vituallas para resistir un prolongado asedio. Algunos profesores, como Alfredo Palacios, Eusebio Gómez y Lucio Moreno Quintana, saltaron furtivamente la verja y fueron recibidos triunfalmente por los revolucionarios.

Estos aclararon, en comunicado que firmó Marcelo Aberastury, su absoluta espontaneidad e independencia respecto a las esferas gubernamentales, porque corría el rumor de que el presidente Yrigoyen auspiciaba la revuelta.

Entretanto, el mismo día 16, el Consejo Superior presidido por Ricardo Rojas, tomó conocimiento de los hechos, y ante su gravedad y la intransigencia de Ramos, decidió intervenir la Facultad. El decano renunció expresando que "no volveré jamás a

<sup>46</sup> "La Nación", 15-XII-29.

Facultad de Derecho". Ricardo Rojas asumió personalmente el gobierno de la Facultad, que los ocupantes le entregaron entre negociaciones.

El 27 de enero de 1930 Néstor Raffo, secretario general del Centro Izquierda, y los cuatro consejeros estudiantiles, elevaron al rector un memorial donde formulaban cargos contra los profesores antireformistas. Después de analizar el "hecho histórico" de la Reforma, el documento, presumiblemente redactado por González, aportaba un capítulo de pruebas sobre las "conspiraciones" contra el estatuto, y su incumplimiento por parte de los profesores: los debates secretos, el retaceo de versiones taquigráficas y periodísticas, la exclusión de los consejeros estudiantiles de comisiones, la falta de asiduidad en el funcionamiento del Consejo, el incumplimiento de las ordenanzas sobre práctica forense, extensión y Revista, la resistencia al concurso y a dar personería al Centro de Estudiantes, los manejos electorales del decanato, etc.<sup>47</sup>.

González fue procesado por usurpación de autoridad. El mismo fiscal Roque Gondra, que acusara a Ricardo Rojas por malversación de fondos, pidió diez meses de prisión para el decano revolucionario. Su defensor fue José Peco. El juez Atwell Decantos lo absolvió.

### *La Facultad reformista.*

Un grupo numeroso de profesores se solidarizó con Ramos y se negó, por nota del 11 de marzo de 1930, "a sancionar con nuestra presencia el desconcierto reinante". Entre estos llamados "disidentes" destacaban Sánchez Sorondo, Castro, Ruiz Guiñazú, Lafaille, Zavalía, Arias, Rocha y Güiraldez.

El Centro de Estudiantes salió al cruce, imputando a varios "disidentes", negligencia en la función docente. Las inasistencias

<sup>47</sup> Cf. "Partido Reformista Centro Izquierda. Memorial presentado por los consejeros estudiantiles en la Facultad de Derecho, doctores Julio V. González, Carlos Sánchez Viamonte y Mariano G. Calvento (h.), al señor rector de la Universidad", enero de 1930.

de los tres primeros, por ejemplo, superaban el 50% de las clases<sup>48</sup>.

Rojas logró reunir las mesas examinadoras a partir del 23 de febrero. Padilla, Levene, González Calderón, Melo y los profesores reformistas examinaron normalmente.

A mediados de año se constituyó el Consejo, que seguían integrando los mismos delegados estudiantiles anteriores, los cuales no habían renunciado. El 19 de junio, Salvat fue electo Vicedecano, contra el voto reformista que auspició a Alejandro Ruzo.

Pero no fue fácil resolver la elección de decano, ni la situación de los "disidentes", que continuaban una suerte de "lock-out". La sesión del 24 de junio, donde el Consejo trató las actitudes a tomar, culminó en un desorden cuando el presidente del Círculo de Estudiantes Martín Aberg Cobo, intentó hablar y fue alcanzado por un proyectil. El auditor Horacio Rodríguez Egaña fue detenido con un arma en la mano, y el saldo fue un herido y medio centenar de presos.

Por fin, el 21 de julio tuvo lugar el comicio primario para decano. Mario Sáenz había declinado la oferta, de modo que Centro Izquierda llevó como candidato a Palacios; la línea centrista de Unión Reformista, a Bielsa; y el Círculo nacionalista a Castillo.

Los Reformistas sumaron 286 votos contra 74 del Círculo. Triunfó Centro Izquierda, consagrando entre sus electores a Rodolfo Aráoz Alfaro, Francisco F. Laplaza, Luis Baudizzone, Jorge May Zubiría, etc.

El 24 de julio, por 77 votos sobre 79, Palacios fue electo decano, y Emilio Biagosch y Alberto J. Rodríguez delegados al Consejo Superior.

El decanato de Palacios duró seis semanas. En tan breve lapso, sin embargo, se pusieron en marcha antiguas iniciativas refor-

<sup>48</sup> Volante del Centro de Estudiantes de Derecho, 1930. La imputación más grave contenida en el mismo es contra Enrique Ruiz Guñazú, profesor de Economía y Finanzas (curso de Diplomacia), que según se afirma, en seis años no habría dictado nunca clases, tomó dos exámenes y percibió 27.000 pesos por sueldos.

mistas, como la ordenanza sobre concursos, aprobada el 8 de agosto.

En cuanto a los "disidentes", en las sesiones del 3 y 4 de setiembre, el Consejo aceptó las renunciaciones de trece de ellos; Janus, Ramos, Tezanos Pinto, Martín y Herrera, Paz, Vedia y Mitre, Busso, Jakob, Padilla, Britos, Acuña, de Elía y Cárdenas. Otros veinticinco fueron apercibidos por abandono de funciones, entre ellos Zavalía, Castillo, Lafaille, Sánchez Sorondo, Torino, Dell'Oro Maini, Forniellas y Loncán.

### *La subversión armada de 1930*

La Universidad no podía escapar a la crisis política que se avecinaba, y que era consecuencia de una crisis económica y social de carácter internacional, agravada con factores específicos de nuestra propia situación.

No sólo no escapó, sino que fue escenario de episodios que tuvieron incidencia directa en la marcha de los acontecimientos. Con frecuencia se ha imputado a los estudiantes reformistas una participación directa en la preparación del movimiento de setiembre.

Sin embargo, corresponde distinguir las tendencias que entonces imperaban en el movimiento estudiantil, y cuya actitud no resultó uniforme.

La Federación Universitaria Argentina (FUA), no funcionaba efectivamente desde un lustro atrás. La FUBA, en cambio, presidida por Alejandro Von del Recke, respondía en términos generales, al Partido Socialista Independiente, y brindó apoyo al movimiento insurreccional, para arrepentirse pronto y enfrentar luego al gobierno militar<sup>49</sup>.

Pero algunos grupos extrapartidarios, más demoprogresistas, socialistas y desde luego, radicales, advirtieron reiteradamente los riesgos de una dictadura.

<sup>49</sup> *El decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la revolución del 6 de setiembre*, folleto s/f., s/s, 37, pp. También Horacio Sanguinetti: *Los socialistas independientes*, Ed. Belgrano, 1981.

Palacios encabezó esta corriente. Aunque opositor a Yrigoyen, cuya renuncia reclamó en una nota moderada, pronunció un discurso el 3 de setiembre, ante una manifestación estudiantil, donde expresó estos conceptos:

"Es, en efecto, un gobierno inepto el de nuestro país, pero la juventud debe fiscalizar celosamente a la oposición, que no siempre es digna y detrás de la cual se agazapa el ejército. . . En mi carácter de decano de esta casa de estudios, declaro que si se constituye una junta militar dictaré en el acto un decreto repudiándola y desconociéndola, e invitando a la juventud a que se prepare a derrocarla, aun con sacrificios de sus vidas"<sup>50</sup>.

Sánchez Viamonte expuso por entonces principios semejantes, y producido el golpe, Palacios renunció acompañado por Calvento. Como la Comisión Directiva del CED, con la firma de sus secretarios Bacigalupo, Mangano, Aráoz, Vinelli, Alvarado Marti y Trucco, manifestara que "en ninguna forma este Centro se ha solidarizado con la actitud posterior del doctor Palacios, ni ha sido su propósito desconocer al actual gobierno provincial", su presidente, Jorge May Zubiría, renunció. Se fundaba en el acatamiento "a la Junta que inconstitucionalmente y sin ningún control ni garantía para los ciudadanos libres, dirige al país"<sup>51</sup>.

Bien pronto las personalidades más destacadas de la reforma se dispersaron. Expulsadas de la Universidad, fueron incorporándose a la política militante, en cuyo ejercicio afirmarían su vocación.

El 20 de octubre, Palacios reingresó al socialismo, expresamente invitado, y allí también estuvieron Alejandro Korn, Deodoro Roca, Julio V. González, Carlos Sánchez Viamonte. Como Peco, Rojas y Sáenz en el radicalismo, o Aráoz Alfaro y Giudici en el comunismo, que deriva a la crítica de "Insurrexit", orientada por Agosti, Moglia, Lejarraga, Frigerio, Machinandiarena, Sábato, etc.

<sup>50</sup> "La Nación", 4-IX-30.

<sup>51</sup> Federación Universitaria de Buenos Aires: *La reforma universitaria*, 1959, pág. 123.

"Insurrexit" se constituyó en setiembre de 1931 y se disolvió en agosto de 1935. Sostenía que no era posible la Reforma Universitaria sin previa revolución social, y entendía que "la traición está en la esencia del pensamiento reformista", de alcance pequeño burgués. Al disolverse, impulsó la táctica internacional de los Frentes Populares<sup>52</sup>.

En 1932, Saúl Taborda fundó el Frente de Afirmación del Nuevo Orden Espiritual, con Juan Mantovani, José Luis y Francisco Romero, Luis Baudizzone, Jordán Bruno Genta, Carlos Astrada, Alberto Baldrich, José Babini y otros jóvenes. Intentaban orientar los aspectos culturales de la transformación social. Pero su vida fue corta y sus adherentes se dispersaron en rumbos muy diversos<sup>53</sup>.

En 1952, FUA organizó su segundo Congreso, presidido en forma rotativa por Héctor J. Cámpora, Isidro J. Odena, Alberto May Zubiría y otros. Allí se debatió la postura y táctica del movimiento estudiantil; se decidió, contra lo propuesto por "Insurrexit", combatir por las reivindicaciones inmediatas; contra el fascismo y por la democracia<sup>54</sup>.

### *Remedios para la "anarquía universitaria"*

En su bando liminar, portuariamente dirigido "Al pueblo de la Capital"<sup>55</sup>, Uriburu prometía corregir "la anarquía universitaria". El motivo le sería servido por la acefalía de la Facultad de Derecho. Apenas conocida la dimisión de Palacios, el vicedecano Raymundo Salvat proyectó levantar las sanciones aplicadas a los "disidentes" y devolver las renunciadas en las sesiones del 3 y 4 de setiembre.

<sup>52</sup> La imputación de "traición" figura en un violento manifiesto redactado por Ernesto Sábato. Cf. Bernardo Kleiner, *20 años de movimiento estudiantil reformista*, Platina, 1964, pág. 384.

<sup>53</sup> Cf. el manifiesto de su fundación, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año II, nº 1, 1932, págs. 106-7.

<sup>54</sup> Cf. Del Mazo, *ob. cit.*, tomo I, págs. 370/390.

<sup>55</sup> Bando del "Teniente General Uriburu, Comandante en Jefe del Ejército y Presidente del Gobierno Provisorio".

El gobierno estaba integrado, casi en su totalidad, por militares y profesores "disidentes" de la Facultad de Derecho. Sánchez Sorondo fue ministro del interior, Arias de Agricultura; Calatayud interventor en Catamarca, Iburguren y Torino en Córdoba, Dell'Oro Maini en Corrientes, González Gowland en Santiago del Estero, Castillo en Tucumán, Zavalía en Buenos Aires. El 23 de setiembre, Lafaille, Oribe, Bidau, Acuña y otros "disidentes" solicitan directamente al gobierno provisorio, pasando sobre el Consejo Superior de la Universidad, que rechace las renuncias presentadas por ellos mismos un año atrás. "Ante la sola presencia de un gobierno que habla en su primer manifiesto de 'anarquía universitaria', —aseguran<sup>56</sup>—, se desmorona el Consejo nacido de la anarquía".

En el Consejo Superior, Juan A. González Calderón propone una "amnistía" para los profesores "perseguidos"<sup>57</sup>. Angel Casares y Ramón Méndez, designados sucesivamente decanos interventores, no satisfacen a los "disidentes" y deben renunciar. Por fin, el rector Enrique Butty decide manejar en persona el espinoso asunto, y asume personalmente el gobierno de la Facultad.

El Consejo Superior acepta entonces levantar las sanciones y considerar a los renunciantes como "no renunciantes"<sup>58</sup>. El consejero estudiantil Emilio Biagosch se opone, pero sin éxito. Entonces, la barra, capitaneada por Arturo Frondizi<sup>59</sup>, se encrespa y la sesión concluye ruidosamente. El 11 de noviembre renunciaba el rector. No había logrado controlar el conflicto de Derecho y ahora los estudiantes lo enfrentaban.

El 15 de diciembre de 1930, como "el prestigio y el mantenimiento de la autonomía universitaria imponen la intervención

<sup>56</sup> "La Nación", 24-IX-30.

<sup>57</sup> Sesión del 29-XI-30, Archivos de la Universidad de Buenos Aires, año V, pág. 1024.

<sup>58</sup> Idem, pág. 1025.

<sup>59</sup> Nelly Casas: *Frondizi; una historia de política y soledad*, La Bastilla, 1973, pág. 201.

del Poder Ejecutivo", Uriburu designa interventor al Dr. Benito Nazar Anchorena<sup>60</sup>.

"El Dr. Nazar Anchorena, con su espíritu beligerante, creó bien pronto una situación extremadamente desdichada en la Universidad de Buenos Aires —afirma Halperín Donghi<sup>61</sup>—, pero es muy difícil creer que quienes le encomendaron su gobierno esperaran de él actitudes muy diferentes; sería en este sentido injusto hacerlo responsable único o aún principal—, de las infelices consecuencias de su gestión".

Nazar Anchorena había manifestado muchas veces su adhesión a la Reforma, y había presidido la Universidad de La Plata con apoyo estudiantil. Alvear lo designó en 1922 interventor en el Litoral. Desde entonces, se había orientado hacia la contra-reforma<sup>62</sup>.

Ahora desató una persecución en regla. Entre sus primeras medidas estuvo "establecer la situación del profesorado de la Facultad de Derecho"<sup>63</sup>, reincorporando a todos los "disidentes". El 23 de diciembre, la policía clausuró el Centro Estudiantes de Derecho, y otros similares. El 29 renunció Palacios, mientras Mario Sáenz y José Peco eran exonerados<sup>64</sup>. Una resolución de Nazar Anchorena dispuso "ordenar a la policía que proceda a la detención de Pablo Lejarraga que encabezaba a los huelguistas" en Ciencias Económicas<sup>65</sup>, y a la sazón presidía FUBA. Desde luego, ninguna autoridad universitaria es competente para dictar órdenes de prisión, pero la referida se cumplió.

El 14 de enero de 1931 el interventor en la Facultad de Derecho, auditor don Carlos Rodríguez Egaña, y su secretario Alejandro Leloir, advirtiendo que los sesenta y cinco alumnos

<sup>60</sup> Decreto refrendado por Ernesto G. Padilla, en Archivos cit., págs. 802 y 803.

<sup>61</sup> Tulio Halperín Donghi: *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Eudeba, pág. 150, 1962.

<sup>62</sup> Para los antecedentes reformistas de Nazar, cf. Carlos Sánchez Viamonte: *La lucha por la Reforma*, en *Sagitario*, tomo 2, 1926, pág. 255.

<sup>63</sup> 23-12-30, en Archivos, cit., pág. 1017.

<sup>64</sup> Archivos, cit., págs. 1018 y 1019.

<sup>65</sup> Resolución del 24-XII-30, en Archivos, cit., pág. 1019.

convictos de tomar la Facultad en 1929, no habían recibido sanciones, sin más trámite, los suspendieron por un año: entre ellos, figuraban Aráoz de Lamadrid, Isaurralde, Mangano, Ortega Velarde, Jauretche, Manzi y Baudizzone <sup>66</sup>.

Aparte de tales sanciones hay otras dos cuya fundamentación no resiste el análisis: las de Levene y Palacios.

El primero presidía la Universidad de La Plata. Como allá el delegado estudiantil Bagattini, "calificó —a criterio de Nazar Anchorena— en forma irrespetuosa el decreto del Poder Ejecutivo" por el cual se intervenía la Universidad de Buenos Aires, el interventor solicitó a Levene que lo sancionara. Como éste, con una "falta de seriedad y consideración intolerables" no lo hiciese, Nazar Anchorena lo separó de sus cátedras de Introducción en Derecho, y Sociología en Filosofía y Letras <sup>67</sup>.

El otro caso ocurrió en la esfera de Ciencias Económicas. Una noticia periodística informó que en casa de Alfredo Palacios se había reunido un grupo de profesores, integrado por Juan Bayeto, Pedro Narotta, Lucio M. Moreno Quintana y otros, que decidió auspiciar el voto en blanco en los comicios que la intervención preparaba a mediados de 1931, pues los consideraba viciados. El interventor en la Facultad Dr. Vicente F. López, intimó a los profesores a que informasen sobre el contenido de sus votos y el sentido de su propaganda, y concluyó suspendiendo por un mes a Palacios, pues a su criterio, el voto en blanco "no debe tener publicidad de ninguna clase ni antes ni después del acto electoral"; criterio por demás arbitrario, que creaba una figura penal administrativa no prevista en reglamento alguno <sup>68</sup>.

Las cesantías, suspensiones, clausuras, multas arancelarias y expulsiones, se prodigaron notoriamente durante la gestión de Nazar Anchorena. Entre sus últimas sanciones está la separación de Julio V. González de sus cátedras de la Escuela Superior de Comercio "Carlos Pellegrini".

<sup>66</sup> Archivos, año VI, 1931, págs. 64-65.

<sup>67</sup> Resolución del 4-2-31 en Archivos, cit., 1931, pág. 18.

<sup>68</sup> Resolución del 15-4-31, en Archivos, cit., pág. 219.

Por decreto del 7 de abril de 1931, el gobierno había aprobado el estatuto "Nazar", que restringía la participación estudiantil en el gobierno de la Universidad, reduciendo el número de delegados que tendrían sólo voz y no voto, salvo en materia de designación de profesores, en cuyo caso debían llevar mandato imperativo. Como González criticó estas disposiciones en un artículo de "El Mundo", Nazar decidió expulsarlo. En los considerandos de la medida<sup>69</sup>, polemiza con "tan conocido agitador". Así, pretende rebatir a González, quien "afirma que el estudiante rico tiene una situación de privilegio sobre el pobre, cuando ocurre todo lo contrario, pues sólo estos últimos continúan gozando del privilegio muy legítimo por cierto de eximirse del pago de derechos arancelarios". En cuanto a la afirmación de González, criticando el secreto de las sesiones de los cuerpos directivos, Nazar asegura que aquéllas son públicas, porque "pueden concurrir a las sesiones... los representantes estudiantiles y los periodistas".

El 30 de mayo de 1931, Mariano Castex fue electo rector de la Universidad de Buenos Aires<sup>70</sup>. El 10 de diciembre, un nuevo retoque a los estatutos completó el esquema legal de la Universidad.

En la Facultad de Derecho resultó decano Máximo Castro, y se integró un Consejo Directivo con Zavalía, Calatayud, Echeverry Boneo, Dell'Oro Maini y Padilla, entre otros.

### *La Facultad en tiempos de Justo*

Justo representaba el ala liberal del conservadorismo, que había postergado los arrestos fascistas de Uriburu. Asumió la presidencia en 1932, y entre sus primeras medidas se contó una amnistía general, que incluía a los profesores y alumnos apartados de la Universidad.

Pero en Derecho, el cuadro no cambió mayormente. En su discurso de colación, Clodomiro Zavalía defendió la propiedad

<sup>69</sup> Resolución del 19-5-31 en Archivos, cit., pág. 172.

<sup>70</sup> Resultados de la elección, en Archivos, cit., pág. 220.

privada y el "privilegio de los ricos"<sup>71</sup>, invitando después a los graduados a incorporarse a la vida política:

"Saldréis jóvenes doctores —explicó—, a engrosar las filas de una clase que aspira todavía a ser dirigente. Vuestro título os habilita como ningún otro para participar en la vida pública, y es tan fácil hoy día el acceso a ella que no tardaréis en volver trayendo de vuestras provincias o del electorado metropolitano una investidura parlamentaria".

Los procedimientos para acceder a la vida pública, a las investiduras parlamentarias, tan fácilmente, estaban a la vista. Las elecciones de delegados estudiantiles constituyeron un ejemplo, en reducida escala, del fraude que se utilizaría a nivel nacional<sup>72</sup>.

El padrón de estudiantes de Derecho, depurado por la suspensión de 65 reformistas notorios, registra 213 electores. Sólo concurren a sufragar 176, y de ellos 110 votan en blanco. Por poco más de medio centenar de votos, "triunfa" la única lista oficializada: la del Círculo que lleva a Martín Aberg Cobo y Santiago de Estrada.

En toda la Universidad el repudió es casi unánime: Medicina recibe 417 sufragios sobre 538 inscriptos. y la lista ganadora obtiene 12 votos. En Arquitectura y Ciencias Naturales, la totalidad del electorado sufraga en blanco.

El Consejo de Derecho comienza a actuar. Llama a concursos, forma el padrón de profesores. En Introducción, por ejemplo, el dictamen del jurado y la opinión del delegado Estrada, rechazan al aspirante Carlos Cossio, de origen reformista, por sus "deficiencias docentes... falta de claridad, de sencillez, de accesibilidad y de ilación". El consejero Eduardo Bidau pretende que el aspirante "demuestra una mentalidad que no podrá adaptarse nunca a la enseñanza del Derecho"<sup>73</sup>.

Presunciones tan audaces como imprudentes, que no merecen mayor comentario. Sólo el antiguo: *risun teneatis?*

<sup>71</sup> Colación de grados en la Facultad de Derecho, en Archivos, cit., pág. 258, año VI, 1931.

<sup>72</sup> Resultados en Archivos, 1931, pág. 226 y "La Nación", 16-V-31.

<sup>73</sup> Archivos, cit., 1931, pág. 646. Sesión del 13-XI-31.

Las elecciones del 18 de abril de 1932 perfeccionan la técnica; no hay cuarto oscuro, ni sobre, ni urnas. Clodomiro Zavaglia es ungido decano el 22 de abril de 1932<sup>74</sup>.

Es en este tiempo que la Facultad, como el país, muestra más descarnadamente su sentido anti-republicano. Los profesores son al mismo tiempo, jueces, funcionarios de alta jerarquía, abogados de intereses extranjeros. Los datos biográficos ilustrarán al respecto<sup>75</sup>.

*David Arias*: Ministro de Agricultura (1931-32); interventor de la Universidad (1944); Director de "Anales de la Sociedad Rural"; miembro de la Real Academia de Madrid.

*Pablo Calatayud*: Interventor en Catamarca (1930-31); ministro de Obras Públicas (1932); profesor de Derecho de Familia, divorciado reiteradamente; miembro del directorio de Bracht Comp.; Corporación Sudamericana de Teléfonos y Telégrafos; Brander y Cía.; asesor de Siam Di Tella S.A.; Cía. Aceitera Argentina; socio del Jockey Club, Golf Club Argentino, Buenos Aires Lawn Tennis Club; miembro de la Institución Cultural Argentina Norteamericana (ICANA); de la Real Academia de Madrid; comendador de la corona de Italia.

*Ramón Castillo*: Interventor en Tucumán (1930); senador por Catamarca (1932-35); ministro del Interior, y de Justicia e Instrucción Pública (1936); vicepresidente y presidente de la Nación; decano y vicedecano de la Facultad; académico; miembro de la Real Academia Española; camarista (1910-18).

*Atilio Dell'Oro Maini*: Miembro de la Unión Democrática Critiana (1918, para combatir la Reforma); ocupó cargos en cada gobierno militar; 1930, ministro de la Intervención a Santa Fe, interventor en Corrientes, secretario de la Municipalidad; 1943, interventor en la Facultad de Derecho; 1955, ministro de Educación y Justicia. Asesor letrado de la Bolsa (1939). Miembro del centro tradicionalista "Sol y luna", director fundador de

<sup>74</sup> "La Nación", 19-IV-32.

<sup>75</sup> Datos tomados de *Quién es quién en la Argentina*, Ed. Kraft, 1ª ed., 1939; 6ª ed., 1955.

"Criterio"; Embajador ante la Santa Sede (desde 1962); académico de Argentina y España; orden de San Gregorio de la Santa Sede. Organizador de la Corporación de Transportes.

*Benito Nazar Anchorena*: Interventor Nacional en Tucumán (1921)<sup>76</sup>; Miembro de la Cámara Federal (1919); ministro de la Corte Suprema (1934-47); decano y presidente en la Universidad de La Plata, interventor en el Litoral (1922) y Buenos Aires (1930-31); académico.

*Matías G. Sánchez Sorondo*: Ministro del Interior (1930-1931); senador (1932-41); Presidente del Banco de la Provincia de Buenos Aires (1941-43); abogado de la Trasmán Trade Company y del Banco Español; profesor y consejero en la Facultad; académico; comendador de la Legión de Honor; de la Orden del Imperio Británico.

*Clodomiro Zavalía*: Juez Federal; decano (1932-36) y Vicerector de la Universidad; presidente o síndico de Ernesto Tornquist Cía., Pasamar, Astra, Cía. Suizo-Argentina de Electricidad, Cía. Azucarera Tucumana; académico, caballero de la Legión de Honor.

Y así muchos otros.

<sup>76</sup> Designación efecuada por Yrigoyen. Uno de los artículos más punzantes escritos contra Nazar Anchorena: *Servicios eminentes*, apareció como editorial de "Libertad", órgano del Partido Socialista Independiente que dirigía Antonio de Tomaso (19-VI-31): "Fue sereno y ecuaníme —de-cía irónicamente—. Los profesores que tenían apego a la Carta Universitaria, por lo que ella significaba como conquista del espíritu moderno, no fueron molestados por él. Lo que más apreció en los catedráticos fue el espíritu de independencia y la Libertad de pensar. Y si los alumnos no se le acercaron, fue no por el temor que inspirara, sino por el respeto casi solemne que sus prestigios imponían". Con anterioridad, dicho diario había publicado otras notas semejantes: *El decreto de Nazar*, 26-IV-31; *Nazar versus Universidad*, 29-IV-31; *Sarmiento versus Nazar*, 30-IV-31, todas de la pluma de de Tomaso. En esta línea cabe mencionar además, el incisivo volante de *La Unión Libre Universitaria al estudiantado*, del 12-III-31, que resume en una completa *Exposición de agravios* los procedimientos del interventor.

La década del 30 señala el auge internacional del fascismo. Los grupos gobernantes estaban escindidos, a poco del 6 de setiembre, entre los liberales que integraban la Concordancia, dispuestos a mantener ciertas formas democráticas, y quienes anhelaban el advenimiento de políticas corporativas y violentas, como las que triunfaban en Italia y Alemania.

En estos años la actividad estudiantil, especialmente en la Facultad de Derecho, estuvo signada por permanentes grescas y aún choques armados.

El Círculo nacionalista se dividió en multitud de agrupaciones reducidas, como el Centro Argentino de Estudiantes de Derecho, Asociación Nacional de Estudiantes, Grupo Nacionalista Universitario, etc. Centro Izquierda levantó la abstención y venció en los comicios de 1932. Su representación, integrada por Emilio Carranza y Gregorio Aráoz, comenzó bregando contra la limitación de la publicidad de las sesiones, que sólo podían ser presenciadas por no más de quince personas; por las designaciones según concurso, y contra algunos profesores a los cuales se formularon cargos.

Los más notables fueron contra Pablo Calatayud, en razón de sus deficiencias científicas y docentes. Gregorio Aráoz, en su doble carácter de delegado y alumno del seminario "de investigaciones sobre divorcio", que dictaba Calatayud, denunció al Consejo las "equivocaciones" en que éste incurría con frecuencia<sup>77</sup>. Por ejemplo:

"Como otro alumno, en la misma reunión, le preguntara si el mutuo consentimiento era admitido como causa en el Proyecto votado por la Cámara de Diputados el año próximo pasado, el Dr. Calatayud manifestó que no recordaba, y con prudencia laudable mandó a buscar en la Biblioteca los textos respectivos, para apaciguar la curiosidad del alumno.

<sup>77</sup> Gregorio Aráoz: *Las 'equivocaciones' del profesor Calatayud*, en *Izquierda*, nº 19, setiembre de 1933, págs. 1/3.

"A continuación, el Dr. Calatayud hizo referencia a la legislación soviética, referencia que fue objetada de inmediato por uno de los alumnos, el Sr. Díaz de Guijarro.

"Como el Dr. Calatayud insistiera en su afirmación, el señor Díaz de Guijarro trajo a colación la obra de Pierard. El Dr. Calatayud no insistió ni volvió a hablar del tema... Ya bien entrado el curso, como alguien (precisamente el que suscribe) hiciera referencia a las opiniones del Dr. Lafaille, el Dr. Calatayud preguntó, con la mayor ingenuidad, si el nombrado civilista era partidario o adversario del divorcio".

El profesor no indicó bibliografía a sus alumnos. Sólo en un tema hizo excepción, aconsejando la lectura de "El Amor en los Soviets", de un señor Luis G. Royer. "En la siguiente reunión el Sr. Díaz de Guijarro, al ser preguntado por el Dr. Calatayud manifestó, entre tímido y sorprendido, que él había comprado un volumen con ese título, pero que su lectura le hacía temer haber incurrido en una confusión al adquirir alguna de esas ediciones adulteradas que abundan en librerías, pues se trataba de un librito pornográfico. El Dr. Calatayud tomó el cuerpo del delito en sus manos y lo tranquilizó con respecto a la autenticidad de su adquisición. "Es el mismo", dijo satisfecho. Y agregó que se permitía disentir con respecto al juicio que el librito de marras había merecido al Sr. Díaz de Guijarro: que él entendía que se trataba de una obra que "a pesar de sus contornos amenos trasuntaba una importante información sociológica" (sic). A raíz de tan reiterada recomendación, varios alumnos leímos el ya famoso librito, y con rara unanimidad coincidimos en el juicio que había merecido al Sr. Díaz de Guijarro". Y así de seguido.

Las imputaciones fueron rechazadas en sesión que a pedido de Lafaille fue secreta.

La acusación contra Loncán tuvo otro carácter. El Consejo Directivo, que acababa de prohibir una conferencia de Augusto Bunge —socialista independiente—, y que pronto prohibiría las del aprista peruano Luis Alberto Sánchez, encontró apolítico auspiciar una disertación de Gino Arias, decano de la Universidad de Florencia. Zavalía y Loncán presentaron al orador, saludado gim-

násticamente con el brazo en alto por jóvenes que formaban concurrencia. "Diseminadas entre la belicosa falange, poniendo una nota de gracia y de belleza, algunas damas exhibían brazaletes con el haz lictorio"<sup>78</sup>.

Aunque Zavalía elogió a Italia, y sostuvo que "sus gobernantes de esta hora rivalizan en el gigantesco esfuerzo de asentar sobre nuevas bases la convivencia humana"<sup>79</sup>, los consejeros reformistas admitieron que su discurso se mantuvo dentro de una "relativa medida". En cambio el de Loncán —cuyo texto no fue recogido por ARCHIVOS DE LA UNIVERSIDAD—, "tuvo el desenfado necesario para injuriar groseramente a los estudiantes, reivindicando para él y sus afines el monopolio de la limpieza del alma".

El pedido reformista de sanciones contra Loncán tampoco prosperó. El consejero Eduardo Bidau acusó de "obstruccionismo" a Aráoz y Carranza, recordó que se habían opuesto al ingreso sin examen de los militares a la Facultad, y habían calumniado al decano. En definitiva, el Consejo los apercibió<sup>80</sup>.

El 15 de abril de 1932 un grupo de profesores, encabezado por Rojas y Palacios, auspició la "acefalía total" de la Universidad y su reorganización democrática<sup>81</sup>.

### *El caso Peco*

Nada de eso ocurrió. Hacia 1934, la Facultad asistió a un episodio que singularizaría su actividad. La exoneración de José Peco, penalista de fama internacional, decano en La Plata.

Un consejero estudiantil de derechas pidió la separación del mismo, "por comunista". No lo era Peco, liberal militante del radicalismo. Pero había patrocinado a Julio V. González, en su proceso por usurpación, rompiendo así con su maestro Ramos.

<sup>78</sup> Gregorio Aráoz, Emilio Carranza: *Contra el equilibrio fascista del doctor Loncán*, en ídem, pág. 4.

<sup>79</sup> Archivos de la Universidad de Buenos Aires, año VIII, 1933, pág. 422.

<sup>80</sup> Archivos, cit.

<sup>81</sup> "La Nación", 16-IV-32.

Había acompañado a Palacios el 7 de setiembre. Había hablado en actos de FUA contra Uriburu y Justo. Había defendido a Nydia Lamarque, a Héctor P. Agosti, al periódico "Bandera Roja". Había estado confinado en Ushuaia<sup>82</sup>.

El 27 de setiembre de 1934 el Consejo Directivo presidido por Clodomiro Zavalía e integrado por Arias, Tobal, Bidau, Brito, Alsina, Oribe, Paz Anchorena, Lafaille y los estudiantes Lannusse, Flores y Pereira, —con sólo votos en contra de estos dos últimos y del profesor Tobal—, expulsó a Peco en sesión secreta, por perseguir "el aniquilamiento del orden social y la destrucción de las instituciones", e invocando un informe confidencial de la Policía.

Esa misma noche, en Callao y Melo, chocaron grupos estudiantiles, y los nacionalistas Martín Aberg Cobo y Arturo Palenque resultaron lesionados. Desde entonces, por años, la reincorporación de Peco fue bandera de lucha para los grupos reformistas. Esa intolerancia militante, que tuvo origen en sectores minoritarios, pronto invadió a otros de raigambre más liberal. La apología del fascismo, el antisemitismo y la violencia sistemática, eran corrientes. Por eso el Centro de Estudiantes podía preguntarse:

"Si el Dr. Lafaille rindiera examen de Reales con el Dr. Paz en una de sus mañanitas de luna, ¿aprobaría?

"Si el Dr. Paz se llamara Pazovich, ¿aprobaría Parte General con el Dr. Lafaille?"<sup>83</sup>.

### *Tiempos de guerra*

Los años siguientes se caracterizaron por escaramuzas libradas en torno a reivindicaciones gremiales, que la delegación profesoral restringió paulatinamente. Así, sancionó la ordenanza de "los tres ceros" (1934), la supresión del turno de julio (1936), y varios aumentos arancelarios. De poco valía a los reformistas sus permanentes triunfos electorales en el sector estudiantil, por-

<sup>82</sup> Cf. José Peco: *¿Defensa o acusación?*, J. Rosso, 1935.

<sup>83</sup> *Boletín del Centro Estudiantes de Derecho*, Junio 1935.

que la exiguidad del número y atribuciones de los consejeros alumnos, neutralizaba su labor<sup>84</sup>.

El 21 de abril de 1936, Agustín N. Matienzo fue electo decano. Contemporáneamente, Vicente Gallo había asumido el recatorado universitario. Su versatilidad aseguró un período de paz transaccional y funambulesca a nuestras casas de estudio.

Pero en la Facultad todavía hubo episodios violentos. Ante una publicación estudiantil que se ensañaba con la "recua" profesoral, analizando crudamente la biografía de Melo, Torino, Pesagno, Dell'Oro Maini, Legón, Bullrich, etc., el Consejo se sintió agraviado<sup>85</sup>. En la sesión del 23 de junio de 1937, suspendió a los redactores José V. Liceaga, Francisco Abadie y Manuel Ruz. Atilio Dell'Oro Maini recaló que "la suspensión no se dirige al hecho de que no puedan rendir examen, sino al propósito de excluirlos totalmente de un estado que signifique nobleza, respeto y trabajo"<sup>86</sup>.

Bajo el decanato de Dimas González Gowland no hubo extremos tan agrios. Sólo en agosto de 1942 el ambiente se agitó un poco cuando el subencargado del curso de ingreso, Marcelo Sánchez Sorondo silbó al ex presidente Justo que presidía un acto. Fue detenido y luego suspendido por dos años, contra la opinión de los delegados estudiantiles Arias, Mosquera y Rocha.

Su padre, Matías Sánchez Sorondo, renunció solidariamente a sus cátedras. Lo mismo hizo el afectado, manifestando su disidencia con el proceder de González Gowland. "Al señor decano, por ejemplo, le parece muy bien que se detenga en el mismo recinto de la Facultad a un docente de la casa. Acepta el procedimiento y en seguida se constituye en la comisaría no para exigir la libertad del profesor molestado, sino para ratificar la versión interesada... así se desconoce el fuero universitario"<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Entre los consejeros estudiantiles destacaron Carlos Moyano Llerena, Mario J. López y Enrique Brouchou.

<sup>85</sup> *La recua*, en Izquierda, 1 de junio de 1937.

<sup>86</sup> Sesión del 23 de junio de 1937, en Archivos, cit. julio-noviembre, 1937, pág. 470.

<sup>87</sup> En Archivos, cit., año XVII, 1942, pág. 570.

Rechazada la renuncia de Matías Sánchez Sorondo, éste insistió en ella, atribuyendo los males de la Facultad a los principios de la Reforma, especialmente la asistencia libre a clase<sup>88</sup>.

A raíz de ese episodio también renunció Pablo Calatayud, pero solidario con Justo, imputando un "pobre concepto de la hospitalidad" a quienes "no podrían ser estudiantes de la Facultad de Derecho"<sup>89</sup>.

El mundo entero, en tanto, soportaba una catástrofe bélica sin precedentes. Nuevas formas políticas y sociales se gestaban. Mucha gente seguía ignorándolas.

Cuando la candidatura presidencial de Robustiano Patrón Costas fue lanzada con el calor oficial, en 1943, un grupo de docentes manifestó:

"Los profesores universitarios que suscriben esta adhesión consideran que el doctor Robustiano Patrón Costas como candidato a presidente de la República constituye un sólido factor de unidad de los argentinos, pues representa igualmente y a justo título tanto a los núcleos ilustrados que tienen su raíz en las universidades y en los centros de cultura, como a los hombres de trabajo, a quienes lo vincula su acción perseverante e incansable de precursor de nuestro derecho industrial, calidad que le ha merecido el sincero elogio de sus conciudadanos"<sup>91</sup>.

Entre muchos otros firmaban los siguientes profesores de la Facultad de Derecho: Martín Aberg Cobo, Julio Amoedo, David Arias, Eduardo Bidau, Rodolfo Bullrich, Pablo Calatayud, Máximo Castro, Juan I. Cooke, Jorge E. Coll, Rodolfo Elguera, Salvador Forniellas, Dimas González Gowland, Walter Jakob, Ricardo Levene, José M. Paz Anchorena, Luis A. Podestá Costa, Isidoro Ruiz Moreno, José M. Saravia, Marcos Satanowsky, Juan Silva Riestra, Orlando Williams Alzaga, Clodomiro Zavalía.

El 4 de junio de 1943 un movimiento militar derribó al presidente Ramón Castillo. Se abrió entonces una etapa en el país

<sup>88</sup> Idem, pág. 583.

<sup>89</sup> Idem, pág. 580.

<sup>91</sup> Diego Abad de Santillán: *Historia Argentina*, tomo 5, Tea, 1971, pág. 167.

que forzosamente habría de repercutir en la Universidad, cuyas consecuencias vivimos aún.

### Conclusiones

“Un diario de la mañana —aseguraba Luis di Filippo, en 1927<sup>92</sup>— critica de inmoral la política que se hace ahora en las Universidades. Antes también se hacía política en la Universidad, pero de esa política estaban excluidos los estudiantes y hasta los profesores que no ostentasen cierto sabor rancio en su apellido. Antes se hacía política de familia en la Universidad y hasta se heredaban, con los apellidos, los puestos... Aquella política siempre sórdida y de puertas cerradas, que había hecho de la Universidad un patrimonio de la ganadería del latifundio... aquella Universidad que no le achicaba las orejas a nadie y que engendró al ‘doctor’, aborto trágico, por lo grotesco y ridículo, de la cultura; aquella universidad recién se inmoraliza cuando le rompen los vidrios”.

Muchas veces se repite que la Universidad no es una isla. A veces ha parecido ser una “isla democrática”, incluso una “isla revolucionaria”. Pero no puede serlo. Entronca directamente con la política del momento, y si a ratos parece tener vida propia, refugiada en el concepto de autonomía, las más de las veces esa ilusión se esfuma y muestra descarnadamente la interrelación de universidad y política.

“No existe dualidad entre el universitario y el ciudadano —decía Deodoro Roca<sup>93</sup>—; el puro universitario es una monstruosidad”.

Y el mismo autor aseguraba en 1936: “Todos los profesores de Derecho Constitucional de las Universidades argentinas, sin excepción —¡extraña casualidad!— ocupan una banca en el Congreso. Y todos, sin excepción, contradicen en la banca lo que enseñan en la cátedra. Los constitucionalistas profesionales

<sup>92</sup> Luis Di Filippo: *Política inmoral*, en Del Mazo, cit., tomo I, página 247.

<sup>93</sup> En ‘Encuesta’, en *Flecha*, año 2, nº 14, pág. 4, junio 1936.

del Congreso son los profesores que firman los despachos 'políticos' fundados en el Derecho Inconstitucional"<sup>94</sup>.

"Los entregadores —decía por su parte Julio V. González—<sup>95</sup> tienen su peculiar mimetismo para defenderse de la vindicta pública. Son directores, vocales de comisiones económicas, jueces *ad hoc* de tribunales arbitrales, asesores técnicos, especialistas en esto o aquello, abogados, ingenieros, geólogos, profesores universitarios, magistrados, parlamentarios, caudillos políticos".

"...El dinero es la fuerza que por lo general los empuja, y el soborno, la palanca. El dinero, que no ha de ser siempre en moneda constante y sonante, ni pagado en mano propia, sino también en forma de providenciales facilidades para hacer carrera o prosperar en la profesión. El soborno, que no ha de ser obligadamente la grosera transacción del toma y daca, sino también el fluido enervante que va adormeciendo las conciencias en la atmósfera de las distinciones y halagos personales, de los clubes elegantes, de las mesas bien servidas".

Y Ramón Doll, autor insospechable de marxismo, ha señalado<sup>96</sup> la existencia de una "hidra curialesca de tres cabezas: abogado - tribunal - cátedra".

"Las enormes fuerzas plutocráticas que están minando las bases de nuestra nacionalidad necesitan un instrumento, un agente defensor: el abogado. Pero el abogado solo, con bufete abierto, resulta demasiado débil para la defensa del imperialismo, y es menester que goce de concomitancias o influencias ante los jueces; no concomitancias accidentales sino permanentes; hay un lugar, una ocasión, en que esas concomitancias físicas, profesionales o ideológicas se robustecen, se afianzan, se generan: la Facultad de Derecho".

<sup>94</sup> Deodoro Roca: *La inmensa minoría*, en *Flecha*, n° 15, pág. 1, julio 1936.

<sup>95</sup> Julio V. González: *La Nación encadenada*, en *La Vanguardia*, 4-VII-1939.

<sup>96</sup> Ramón Doll: *Acerca de una política nacional*, Difusión 1939, pág. 39 y siguientes.

“He aquí el triángulo de la oligarquía curialesca, he aquí el cuerpo trifacetado del más poderoso organismo destructor que acaso forme el grueso de las fuerzas plutocráticas lanzadas contra el país desde el extranjero: *bufete-estrado-Facultad*”.

“Observad bien: son siempre los mismos apellidos, son los yernos y los suegros, los hermanos y cuñados. El abogado de un ferrocarril es siempre el profesor de una Facultad que un buen día salta a un juzgado o una Cámara, o el juez que salta a un bufete bien rentado por la Standard Oil, y que cabalmente es profesor también de la Facultad”.

Quienes gobernaron la Facultad de Derecho con frecuencia manifestaron su disconformidad con la “politización” de sus aulas.

Un análisis de su historia menuda, sin embargo, nos ha demostrado los siguientes puntos, que propongo como *conclusiones*:

I. Que la Facultad ha estado sometida a la política nacional y sus vaivenes.

II. Que no podría ser de otro modo, pues en su condición de organismo oficial que elabora y transmite cultura, donde se forman la mayor parte de nuestros científicos e intelectuales, su organización y funcionamiento no es desdeñada por ningún sector político.

III. Ello fue así siempre. Es falso atribuir a la Reforma la “politización de los claustros”, porque ella ha sido constante, por lo menos desde Carlos III.

IV. Sobre cincuenta y nueve presidentes y vicepresidentes de la República, la mitad, veintinueve, han sido abogados. Los abogados, además, integran en su totalidad un poder del estado, el judicial, y buena parte de los otros dos.

V. Los profesores que gobernaban la Facultad de Derecho de Buenos Aires, a partir de 1923 —salvo un breve período hacia 1930— y hasta el fin del lapso aquí historiado —y aun después—, pertenecieron a una corriente antidemocrática y reaccionaria y no resultaron inocentes de los males que el país sufrió.

## SUMMARY

*The Autor asserts that the Law School of the University of Buenos Aires has always been caught in the midst of the shifting trends of the country's political scene.*

*He adds that it couldn't have been otherwise: the University is a public institution where cultural creation and exchange take place and where the largest part of the nation's scientists and intellectuals are trained. Therefore, no political sector can afford to disregard its organization and its functioning.*

*The situation has remained unchanged ever since the times of Charles III. Blaming the "Reforma" (a movement in the early nineties aimed at a fullscale reshaping of university education) for the intrusion of politics into the University is therefore unwarranted.*

*Out of the country's 59 presidents and vicepresidents, 29 have been lawyers. Besides, one of the governmental powers is exclusively made up of lawyers, while they account for a great part of the ranks of the other two. The men that have ruled the Faculty of Law since 1923 —with a brief intermission around 1930— up to the end of the period discussed in the paper, and even further on, have shown antidemocratic inclinations and are not without blame for the ills that the country has endured.*

PARADIGMS, POSITIONS AND PROSPECTS OF  
RATIONALITY - THE CHANGING FOUNDATION OF LAW  
IN INSTITUTIONAL AND SYSTEMS THEORY

WERNER KRAWIETZ \*

*Preliminaries: Towards a new approach to institutional and  
systems theory in West-German legal thinking \*\**

In considering a cross-cultural operational definition of law and legal systems, it has often been pointed out that all societies have rules governing behaviour, some preferential and some prescribed. During the last decades studies in legal theory have been conducted in European countries to focus: (i) on the codes by which behaviour is regulated in human societies, (ii) on the regularized processes by which conflicts are resolved in accordance with these codes, and (iii) on observing regularities in the behaviour of its participants and expressing these regularities in the form of generalizations<sup>1</sup>. Here we run up against the difficulty that all these activities are human activities and are therefore carried on according to rules. There is, however, a lack of recognition that law, as a social institution or a socio-legal system, involves far more behavioural codes, regularities and regularized procedures for conflict resolution.

<sup>1</sup> Werner Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984, págs. 68-73, 151-152, 175-181.

\* Professor University of Münster.

\*\* Traducción a cargo del Profesor Daniel Horacio Lago.

If a social institution or social system is considered as a cluster of elements associated in covarying relationships and forming a unitary whole within a given spatial and temporal field, identification of these elements and descriptions of their dynamics and characteristics should contribute to a better understanding of the functioning of the whole. Despite what seems to be general agreement among legal theorists as to the systemic structure of law as a social institution or a socio-legal system with a multitude of functions, the relationship between the elements of the systems and their functions remains unclear. These are problems of great practical and theoretical importance, to which Professor Torstein Eckhoff has devoted much attention<sup>2</sup>.

From the beginnings legal theory has been variously but inevitably involved in the discussion of rationality. In what follows I shall discuss some problems about rationality in legal systems and legal theory. I intend to disregard the earlier historicism, in which the development of society was identified with the development of reason, and to discuss here some problems about rationality, taking into account the limitations of rational procedures of enquiry and understanding. More briefly, the problem comes down to whether or not there are alternative standards of rationality.

I seep in this essay to clarify the way students of law might think about the prospects for an improved system of legal rules. Implicit in this enquiry is my belief that existing frameworks are partially outmoded because the premises of the state systems and the traditional ways of legal thinking have been eroded to a large extent. In view of this situation, it is difficult to take the traditional framework for granted in considering what kinds of incremental changes are feasible and desirable. As Torstein Eckhoff clearly understands, it is the structure of law and legal thought in itself that is changing<sup>3</sup> My aim, then, is to iden-

<sup>2</sup> Torstein Eckhoff, *Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems*, in: *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978), págs. 40-51.

<sup>3</sup> See, for example, Torstein Eckhoff - Nils Kristian Sundby, *The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence*, in: *Scandinavian Studies in Law*

tify a appropriate framework for a period of structural transition'.

The following is based on the assumption that law and legal order are in some way connected with reason, and that legal science is a rational science. The terms 'reason' or 'rationality', as applied in this paper, are not identical. I shall set out from a freely adapted version of Max Weber's concept of rationality and rationalization in legal development and legal thinking. I differentiate, according to continental tradition, between doctrinal legal science (legal dogmatics) and legal theory.

It is not my intention to deal with legal problems as the contents of legal norms or legal rules, from the point of view of legal dogmatics. My approach to legal problems is, on the contrary, a legal theoretical approach, seen from the perspective of legal institutionalism and systems theory. This paper deals with some of the questions that arise in connection with history and reason in legal experience, drawing upon the lessons to be learned from history, philosophy and legal theory. I am primarily concerned with the extent to which a rational treatment of these legal problems can be achieved under the present social circumstances.

In my paper I will first deal with the relationship between reason, history and legal theory as part of the social sciences; second with the problems of understanding legal institutions and socio-legal systems; third with paradigm shifting in contemporary legal theory; fourth with different types of rationality in legal

---

19 (1975), pp. 121-151, 144-147 ("Rationality in Legal Thinking"), et p. 146. The oversimplified traditional picture of "law as a simple pyramidal structure" has been destroyed by the authors, because it has the very unfortunate effect of concealing the *open-system* character of law". Indeed, there is a "constant contact and interaction between the legal norm-system and other parts of law, political life, moral phenomena, etc."

<sup>4</sup> See Werner Krawietz, *Das Recht und die moderne Systemtheorie*, in: T. Eckhoff/L. Friedman/J. Uusitalo (Eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986 (in print).

and social theory. I will finally formulate the tasks of legal theory that await us in the future.

1. Conceiving the problem: the search for laws versus the search for rules?

Human social life is not only a field of individual practical action. It is, above all, a field of rule-governed and rule-guided action, as I have pointed out earlier. But, while we explain much of people's behaviour in terms of rule-following or rule-breaking or rule-making, we cannot explain all of it in this way. The regularities of social behaviour which result from rule-following do not themselves exemplify such laws<sup>5</sup>. There are many different kinds of rule-following. We must distinguish between the social regularities which exemplify some rule and all those regularities which are either their intended consequences or their unintended effects. Neither rules nor regularities which result from rule-influenced behaviour are social laws.

The development of law in the sense of legal rules was in the past largely in the hands of judges and jurists, who were concerned to provide solutions to individual cases. The law and the other elements of the legal order had to be found in reason and principles<sup>6</sup>. Within that context, legal argumentation was likely to proceed on the assumption that law was to be discovered rather than deliberately created.

The natural-law philosophers of the seventeenth and eighteenth century indeed accepted reason as a guide for discerning natural laws in specific forms of social life. They sought to construct a new legal order based on ideal and most perfect forms of life, on certain principles of liberty and equality, which they proclaimed to be eternal postulates of reason and justice.

<sup>5</sup> See for some very interesting and helpful comments Robert Brown, *The Nature of Social Laws. Machiavelli to Mill*, Cambridge, University Press, 1984, pp. 6-23, pp. 251-264.

<sup>6</sup> Discussed in Werner Krawietz, *Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik*, in: Aulis Aarnio/Ilka Niiniluoto/Jyrki Uusitalo (Eds.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, pp. 299-335, et pp. 318 *et sequ.*

As *Bodenheimer* has pointed out, it was the Historical School of Law that represented a determined reaction against two powerful forces of the time: (1) The *rationalism* of the eighteenth century with its belief in natural law, the power of reason and first principle. It was believed their combination could establish a legal theory by means of general deduction, neglecting the historical facts, national peculiarities and social conditions (2) The beliefs and the spirit of the French Revolution, with its revolt against authority and traditions, its faith in reason and in the power of human will<sup>7</sup>.

In evaluating the historical school of law, especially in Germany, it should not be forgotten that this school of legal thinking was perhaps the strongest stimulating factor for the revival of historical interest which was typical of nineteenth-century jurisprudence<sup>8</sup>. This was the period in which scientific research into the law-shaping forces began to replace the rationalistic inquiries into the ideal nature, purposes, and social objectives of the law.

*Nigel E. Simmonds* has drawn attention to the relationship between Law and Reason in his recently published book "The decline of juridical reason". He stresses that for a considerable time "reason in law" has long ceased to play the prominent role that it played in former times<sup>9</sup>.

If this is true, the science of history has to reveal structural changes under the surface structure of data and details of everyday life.

A comparable link exists between the historical school and those modern sociological theories which, after a period of in-

<sup>7</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Mass., 1962, pp. 70-74.

<sup>8</sup> Bodenheimer, *ibidem*, pp. 70-77.

<sup>9</sup> I owe this valuable point to Nigel E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason. Doctrine and theory in the Legal Order*, Manchester, University Press, 1984, págs. 11-14; Martín Laclau, *La Razón en el Derecho*, Buenos Aires, 1985, págs. 41-77.

tense legislative and analytical activity, stressed the "living law" of the people against the unmitigated supremacy of legislative command. We have to refer in this context to legal theories which are interrelated to a sociology of law, in particular to those of Rudolph von Ihering (1818-1892) and Max Weber (1864-1920). The latter's monumental work, dealing as it does with a great variety of problems, is not easily summarized.

In his main jurisprudential work "Der Zweck im Recht" Ihering pointed out that *Purpose* ("Zweck") is the creator of the law; and that there is no legal rule which does not find its origin in a purpose, i. e. in a practical motive. Law, he declares, was consciously produced by human will to achieve certain desired results<sup>10</sup>. He admitted that the institution had part of its roots in history; but he rejected the idea of the historical jurists that law was nothing but the product of unintended, unconscious, purely historical forces. In his opinion, law was to a great extent shaped by an action of the state intentionally directed to a certain end. The end or purpose of all legal regulations was indicated by Ihering in his well-known definition of law: "Law is the sum of the conditions of social life in the wide sense of the term, as secured by the power of the state through the means of external compulsion".

Bodenheimer argues that this definition is far from the classical model of legal science, where law is seen as a rational order with a substantive and a formal element. Ihering regarded it as the first task of the law to secure the conditions of foundations of social life. He included in the latter not only physical existence and self-preservation of society and its members, but "all those goods and pleasures which in the judgement of the subject give life its true value"<sup>11</sup>.

A further step towards legal rationality and rationalization

<sup>10</sup> Quoted, with an interesting discussion, in Bodenheimer, *ibidem*, pp. 86-88. An excellent treatment of Ihering is to be found in: Mario G. Losano, *Studien zu Ihering und Gerber*, Teil 2, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1984, pp. 75-89 et passim.

<sup>11</sup> Bodenheimer, *ibidem*, pp. 86-88.

of legal thinking was taken by Max Weber in his *Rechtssoziologie*. Weber, who has successfully integrated his legal theory and his sociology of law, has built his work around the idea of legal rationality. He points out that a particular legal institution, socio-legal system or social mode of thought is peculiarly rational. As far as his concept of legal rationality is concerned, he differentiates between at least four different meanings the details of which I cannot discuss here<sup>12</sup>. His "Rechtssoziologie" is centered on modern legal order, on the ways and consequences of the "rationalization" of the law, that is, the development of those legal qualities which are characteristics of contemporary law<sup>13</sup>. In part, his "Rechtssoziologie" is concerned with a problem of historical causation: how did these distinctively modern legal qualities evolve, and what prevented their development elsewhere? It also deals with what I shall call the problem of exegetic interpretation or of legal methodology. Exegesis seeks to establish meaning—distinct from the causal connections—that brings different events, practices, institutions, forms of life and legal thought together.

Since the second half of the nineteenth century lawyers have, at least in Germany, abandoned the attempt to place the law in the framework of a rational legal order and of a coherent moral philosophy<sup>14</sup>. From finding the law in reason and principles we have now passed into an age in which law is seen as an instrument, a collection of positivized rules.

2. Understanding legal institutions and socio-legal systems. In examining the nature of the law and the legal order and the nature of legal science, we are now studying actual social phenomena. But, as Dilthey and Schleiermacher have pointed out, our relation to those phenomena is not merely that of an observer, but of one who takes part in those phenomena and who

<sup>12</sup> Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, London, MacMillan, 1978, pp. 105-112.

<sup>13</sup> Anthony T. Kronman, *Max Weber. Jurist: Profiles in Legal Theory*, London, Edward Arnold, 1983, pp. 3-5 et passim.

<sup>14</sup> Krawietz, *Recht als Regelsystem*, pp. 165-169.

already has an understanding of them<sup>15</sup>. The social reality that forms the law, the legal order and jurisprudence, is already theorized and made intelligible.

Social reality, including law and legal order, consists therefore not of brute facts or data accessible to scientific investigation, but of actions and practices that can be apprehended only by reference to some rationale, i. e. some meaning attached to relevant behaviour<sup>16</sup>.

Understanding law, legal order or legal science, in this situation, involves therefore a grasp of the very sources from which its basic notions have emerged. Legal theory is in this view not a true or false description of a given subject-matter, but an invitation or even a challenge to understand our practices in a certain way and not in any other one<sup>17</sup>. Legal theories arise from the *ambivalence of our social practices*, i. e. the fact that the practice *could* be understood in more than one way.

As a result, one can say that we can identify the various forms of rational thought, traditions and institutional patterns that are the foundations of the present only by reference to the past. But our theories cannot be separated from our practices, and all of them are subject to all the shifting currents of concrete life and circumstances. Legal theories are not mere descriptions of brute facts. Theories reflect and are reflected in our social relationships. And the historical development of our social life is itself a part of the intellectual evolution of our ideas.

From the point of view of legal theory and sociology of law, the legal order is not primarily a matter of words or rules, but a set of ways of living and doing, i. e. a matter of institutions<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Werner Krawietz, *Juristische Argumentationstheorien auf dem Prüfstand*, in: Krawietz/Robert Alexy (Eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, pp. 3-8, at pp. 4 et sequ.

<sup>16</sup> Krawietz, *Recht als Regelsystem*, p. 12, pp. 52-53.

<sup>17</sup> See, for example, Geoffrey Vickers, *Making Institutions Work*, London, 1973; Werner Krawietz, *Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart*, in: *Juristenzeitung* 40 (1985), pp. 706-714, at pp. 707, 711.

<sup>18</sup> Discussed in Werner Krawietz, *Rechtssystem als Institution? Über*

It is not the words or rules which legitimize the practice. It is only the practices within legal institutions which can legitimize the words and rules as part of the legal order.

There is, of course, in this institutional approach as well as in systems theory no reason to disregard the normative elements of law and legal order<sup>19</sup>. On the contrary, it is legal institutions and social system which validate the words and rules of a legal order, not the words which validate the institutions and social systems. As has often been pointed out, the legal institutions and systems test whether there is still social force in our words and in the rules of the law.

The legal scientist cannot hold fast to a traditional, merely conventional idea of law once that idea comes under serious pressure from without. Today legal science, understood as a body of practices, is apparently, according to its self-concept, a more or less organized "scientific community"<sup>20</sup> or an "institution" in itself<sup>21</sup>.

Changes in the contemporary legal order are hard to identify precisely because they operate at the level of general, taken-for-granted background assumptions of the past. The most important problem here is the lack of any adequate realistic theory and sociology of law, represented by a well-integrated theoretical framework, well-structured conceptually, extensively tes-

---

*die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie*, in: *Rechtstheorie Beiheft 6* (1984), pp. 209-243.

<sup>19</sup> See Werner Krawietz, *Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines Neuen Institutionalismus im Rechtsdenken der Gegenwart*, in: Horst Baier (Ed.), *Helmut Schelsky - Ein Soziologe in der Bundesrepublik*, Stuttgart, Enke, 1985, pp. 114-147.

<sup>20</sup> Pirjo Mikkola/Aulis Aarnio/Juha Pöyhönen, *The Scientific Community and the Images of Legal Science*, Helsinki 1982, p. 1, pp. 79-80.

<sup>21</sup> See Hermann Lübke, *Helmut Schelsky und die Institutionalisierung der Reflexion*, in: *Recht und Institution. Beiträge zum Helmut Schelsky-Gedächtnissymposium 1985 in Münster*, hrsg. von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster, Berlin, Duncker & Humblot, 1985 (in print).

ted empirically, and generally accepted by jurists and sociologists.

At present we only have at our disposal a number of contradictory and partial theories within different frameworks and various schools of legal thinking<sup>22</sup>. It is against this background of the tension between conflicting concepts of law that we can best understand the debates of contemporary legal theory. In my view the conventional perspectives are no longer adequate; the task of legal theory should rather be to link legal ideas together within a wider context, locating and interpreting the law and legal ideas within the context of social life.

### 3. Changes of paradigm in contemporary legal and social theory

Legal theory is not related to the law in the same way natural science is related to nature. By this I do not mean that legal theory does not offer causal explanations. The fact that the social sciences, of which legal theory is a part, were for a long time preoccupied with problems of causal explanation (and therefore left the domain of human discourse unexplored) explains the rather undeveloped stage of general methodology in jurisprudence<sup>23</sup>. It does, however, not make such a study less significant from a scientific point of view.

And furthermore, whatever implications the things have which we create, tools, beliefs, art, and the like, lie in the meaning human beings bestow upon them and to nothing external to them. The qualities of the socio-cultural world, unlike the qualities of nature, do not exist independently of us. We are res-

<sup>22</sup> See Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung. Wien-New York, Springer, 1978, pp. 86, 97, 133 *et sequ.*

<sup>23</sup> Discussed in Werner Krawietz, *Zum Paradigmenwechsel im Juristischen Methodenstreit*, in: *Rechtstheorie Beiheft 1* (1979), pp. 113-152; Jan M. Broekman, *Changes of paradigm in the Law*, in: A. Peczenik/L. Lindahl/B. van Roermund (Eds.), *Theory of Legal Science*. Dordrecht, Reidel, 1984, pp. 133-144.

responsible for their design and their purposes<sup>24</sup>. The dynamic elements of social life and culture are the intentions, the needs, the adaptive activities and the inventive capacities of human beings, and not natural forces that determine their actions.

We are all produced by society, but we are also producers of society. All arrangements between human beings, whatever we call them: relations, organizations, structures, institutions, are instigated, enacted, directed and changed by us<sup>25</sup>. There are no purposes other than our own which make the social order happen.

Since the legal structure is a product of societal organization, it is doubtful whether it is feasible to explain the law and its functioning merely by looking at Law and State. One should, from a scientific point of view, study the law in the perspective of social interaction and social organization. Man is a social animal, but a social animal with consciousness and culture. The social order is a man-made order. The laws that govern it are man-made<sup>26</sup>. *There is no reason to expect that this order and these laws are founded upon extra-human, invariant and universal natural laws.* But in that case one has to leave the realm of legal science and legal theory in a narrow sense and one has to turn to social sciences. The question is then, what theory of law and society has to offer in this perspective and how legal theory as a social science can describe and explain the functions of law more adequately.

Traditional social science paradigms have contributed to the understanding of how man is produced by society and of how he produces society. Some of these paradigms of legal and

<sup>24</sup> See generally Jan M. Broekman, *Law, Anthropology and Epistemology*, in: E. Bulygin/J. L. Gardies/I. Niiniluoto (Eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Reidel, 1985, pp. 15-42, at p. 22 *et sequ.* Broekman adds: *Law is not only the work of man but the man of today is also the work of law!*

<sup>25</sup> Krawietz, *Recht als Regelsystem*, pp. 153-155 *et passim*.

<sup>26</sup> See the comments and criticism of Robert Brown, referred to in note 5 above.

social theory may be dethroned now<sup>27</sup>. A change of paradigm may come about as new approaches and perspectives are consolidated.

Most social scientists of the English-speaking world accept the idea of a unified science of the social and the natural world which, in accordance with its scientific, theoretical and epistemological status, can be described as positivistic<sup>28</sup>. This also applies to a number of legal scientists who regard legal theory as a social science. However, the common ground which existed until the beginning of the seventies has since then shown signs of weakening. GIDDENS has argued that the social sciences have split up into various schools of "interpretative sociologies"<sup>29</sup>, among which he includes Gadamer's hermeneutics, the critical theory of Habermas and the post-Wittgensteinian philosophy and sociology of Peter Winch.

This fragmentation of knowledge, diagnosed by Giddens as the result of a diversification of schools of interpretative sociology, is accurately observed. However, his interpretation stands in need of correction as far as Wittgenstein's later philosophy is concerned. David Bloor has recently demonstrated that, in his later writings, Wittgenstein was consistent in stressing the priority of society over the individual and in regarding individual actions and beliefs as "natural" phenomena<sup>30</sup>. This is why the concepts of "norm", "custom", "culture" and "institution" play such a prominent role in his theory. "To obey a rule, to make a report, to give an order, to play a game of chess", Wittgen-

<sup>27</sup> Discussed in Krawietz, *Recht als Regelsystem*, pp. 158 et sequ. (*¿Theorieintegration oder Theoriesubstitution in der Jurisprudenz?*).

<sup>28</sup> See Werner Krawietz, *Juridisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften*, in: *Rechtstheorie* 15 (1984), pp. 423-452, et pp. 425 et sequ.

<sup>29</sup> Anthony Giddens, *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*, London, Hutchinson, 1976, págs. 44-51.

<sup>30</sup> David Bloor, *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*, London, MacMillan, 1983, pp. 1-4.

stein said, "are customs (uses, institutions)"<sup>31</sup>. Actually, any unification of science is wishful thinking or at least an ultimate goal, but it is in no way attainable. Perhaps the act of knowledge will always remain a fragmentary one. But the adherents of the above-mentioned schools do not yet exceed the boundaries of interpretative sociology. It therefore is doubtful whether one can speak of a paradigm shifting within these schools.

#### 4. Some unsolved problems about rationality - four different types in legal and social theory

In his recent book "The decline of juridical reason" Nigel E. SIMMONDS differentiates between two concepts of rationality: Classical legal science tries to expound the positivized rules as specific applications of principles, and not merely as instruments to attain social goals.

This classical model of legal science is, of course, not the model of the present day. The first draft of this model is from Bacon, who declared in his *Maxims of the Law* that it was his intention to state the principles, or "maxims", of the law which are to be "gathered and extracted out of the harmony and congruity of cases"<sup>32</sup>. He saw law as the rational ordering of autonomous individuals in civil society.

The classical approach is hardly compatible with a positivist model of legal science<sup>33</sup>. The idea of this model comes close

<sup>31</sup> Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, trans. G. Anscombe, Oxford, Blackwell, 1967 (first edn. 1953), I, 199.

<sup>32</sup> Simmonds, *The Decline of Juridical Reason*, pp. 19-20.

<sup>33</sup> Simmonds, *ibidem*, pp. 22-33. See Samuel I. Shuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, Mich. 1963 and Horst Eckmann, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie* H. L. A. Harts, Berlin 1969; Walter Ott, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, 1976. The positivist model is discussed in Werner Krawietz, *Zur Korrelation von Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsanwendung. Strukturprobleme im Theoriedesign einer möglichen Rechtsprechungslehre*, in: Norbert Achterberg (Ed.), Inter-

social theory—and in particular a sociology of law—has to offer to describe and explain the functioning of law more adequately.

In contemporary legal theory several attempts are made to interpret law as an institutional phenomenon of society. They range from institutional legal positivism, as understood at present by Ota Weinberger<sup>36</sup> and Neil Mac Cormick<sup>37</sup>, to a more realistic jurisprudence and a sociological theory of legal institutions. I have argued elsewhere that the latter takes a prominent place in the writings of Helmut Schelsky<sup>38</sup> and Niklas Luhmann<sup>39</sup>.

It is therefore necessary for us to consider the intertwinement of law and legal order with the legal institutions and the socio-legal systems. The foundations of a saner theory may, perhaps, emerge from here.

I have already explained that an institution is not a matter of words and rules, but a set of ways of living and doing. The existence of an institution is due first of all and last of all to the fact that people do behave in certain patterns *a*, *b*, *c* and so on,

<sup>36</sup> See, for example, Ota Weinberger, *Institutionentheorie und Institutionalistischer Rechtspositivismus*, in: O. Weinberger/W. Krawietz, (Eds.), *Helmut Schelsky als Soziologe und politischer Denker*, Stuttgart, Steiner, 1985, págs. 134-172.

<sup>37</sup> Donald Neil MacCormick/Ota Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

<sup>38</sup> See Werner Krawietz, *Begründung des Rechts - anthropologisch betrachtet. Zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky*, in: Krawietz/Schelsky et. al. (Eds.), *Theorie der Normen*. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, págs. 541-556. Cf. Krawietz, *In memoriam Helmut Schelsky (1912-1984): Soziologie als Theorie von Recht und Gesellschaft*, in: *Rechtstheorie* 15 (1984), págs. 133-137 and my articles referred to the notes 18 and 19 above.

<sup>39</sup> Niklas Luhmann, *Communication about Law in Interaction Systems*, in: Karin Knorr-Cetina/Aaron V. Cicourel (Eds.), *Advances in Social Theory and Methodology: Toward an Integration of Micro-and Macro-Sociologies*, Boston, 1981, pp. 234-256 and *Die Einheit des Rechtssystems*, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), pp. 129-154.

and do not behave in other conceivable patterns *x*, *y* and *z*. The probability that an institution will continue is related to the probability that people will continue their behaviour.

I have unfortunately neither the time nor the space to elaborate on the various moves towards a New Institutionalism in contemporary legal theory<sup>40</sup>. I would like to draw your attention to my essay "The Legal System as an Institution", in which I have differentiated between (1) institutionalism in natural law from (2) institutionalism in legal positivism and from (3) post-positivist institutionalism in contemporary legal theory<sup>41</sup>. The institutional legal theory of Helmut Schelsky belongs, in my view, to the third and last type of institutionalism<sup>42</sup>. Luhmann's sociological theory of law and the legal system is also based, as his 'Rechtssoziologie' (ch II 4) demonstrates, on his theory of the institutionalization of legal norms.

Here I can only offer a brief description of the different types of rationality that derive from the various approaches to law in legal and social theory. I assume, for the sake of argument—in direct contrast to the concept of a unified science—the division of the social sciences into the following categories: (1) empirical-analytical rationalism, (2) critical legal and social theory, (3) interpretative theory of law and society and (4) systems theory and theory of legal systems. This fourfold differentiation corresponds to four cognitive interests which concern men in their relation to both the social and the natural world. Four types of rationality correspond to this differentiation, namely (i) rationality in the empirical-analytical sense, (ii) rationality of critical discourse, (iii) juridical rationality of legal institutions based on interpretative theory of law and (iv) rationality in systems theory. Combinations of these types also occur, of course, for instance in the analytical-hermeneutical concept of rationality

<sup>40</sup> See my article referred to in note 17 above.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 708.

<sup>42</sup> See Werner Krawietz, *Rechtssystem als Institution?*, in: D. Mayer-Maly/O. Weinberger/M. Strasser (Eds.), *Recht als Sinn und Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 209-243, at pp. 210.

formulated by Aulis Aarnio<sup>43</sup>, following the interpretative theory of the later Wittgenstein.

Here I can deal only briefly with the various facts of rationality. They are:

(1) First of all the empirical-analytical concept of critical rationalism of POPPER, HANS ALBERT et. al. This concept, which is the leading research paradigm of a unified science, might be used in legal theory, too<sup>44</sup>. It is, as Albert has argued, compatible with sociological theories of law.

(2) The concept of a critical, theoretically discursive rationality, expounded in Habermas's "Theory of Communicative Action", which examines in greater detail Max Weber's theory of the rationalization of law and society<sup>45</sup>. Critical theory has an "emancipatory interest" because it transcends each of the other types of rationality, in order to free man from domination. As Schelsky has pointed out, the critical theory is an "anti-institutionalistic" theory<sup>46</sup>. Habermas does not differentiate the rationality of the legal institutions from the rationality of the sciences. He defends the idea of a "unity of rationality" and of a "unity of argumentation"<sup>47</sup>.

(3) Schelsky's concept of a legal institutional rationality, based on legislation and legal administration, distinguished from

<sup>43</sup> Aulis Aarnio, *On the So-called Hermeneutical Trend in Finnish Legal Theory*, in: *Legal Point of View. Six Essays in Legal Philosophy*, Helsinki, 1978, pp. 82-145.

<sup>44</sup> Hans Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen, Siebeck, 1978, pp. 77-80; Christoph von Mettenheim, *Recht und Rationalität*, Tübingen, 1984.

<sup>45</sup> Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt a.M., 1981.

<sup>46</sup> Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, in: *Rechtstheorie* 9 (1978), pp. 1-21, at pp. 13.

<sup>47</sup> Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, pp. 62-63, pp. 339-340.

rationality in legal science<sup>48</sup>. Schelsky claims that the idea of a rational unity of legal science and accordingly of rationality in juridical institutional practices is an "illusion", a "self-deception" on the part of a number of scientists, for instance Habermas. He, however, rejects any further differentiation of the concept of rationality, as it usually occurs in systems theory.

(4) The concept of a rationality, using systems theory as a framework for theoretical development, put forward by Parsons<sup>49</sup> and Luhmann<sup>50</sup>. This concept leads to a refinement of the understanding of legal procedure and to explorations both of the practical institutions of legal life ("social systems") and of the individual sciences. Rationality refers in systems theory to the "real" systems as they interact with their environments<sup>51</sup>. Examples are state-organized legal systems and their sub-systems, or legal science, understood as an "institution" or as a "social system" in itself.

But the epistemological problem of the foundation of legal science remains: How do we find a rational basis for rationality? From the point of view of institutional and systems theory the answer is that a commitment to critical rationality can be founded self-referentially<sup>52</sup> if that commitment be regarded as itself open to rational debate.

<sup>48</sup> Helmut Schelsky, *Die juristische Rationalität*, in: *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, pp. 34-76, at p. 53.

<sup>49</sup> Reinhard Damm, *Systemtheorie und Recht. Zur Normentheorie Talcott Parsons'*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.

<sup>50</sup> Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M., 1984.

<sup>51</sup> Luhmann, *Die Ausdifferenzierung von Erkenntnisgewinn*, in: Nico Stehr/Volker Meja (Eds.), *Wissenssoziologie*, Opladen, 1980, págs. 102-139 and *Rechtssoziologie*, 2. Ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983; Krawietz, 'Juristisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften?' Zur Konkurrenz divergierender Rationalitätskonzepte in der modernen Rechtstheorie, in: *Rechtstheorie* 15 (1984), pp. 423-452, pp. 441-445.

<sup>52</sup> See Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, p. 139 et sequ.

### 5. *Tasks ahead*

It is difficult to formulate an elaborate and precise agenda for the second half of the 1980s. Essential in the present context is, that we move from topic and rhetoric to reality, i.e. from topical and rhetorical jurisprudence towards a more realistic and sociological jurisprudence.

(i) The first step is obviously a radical reconstruction of social science approaches in legal theory.

(ii) The next step would be an assessment of dominant paradigms. All variations of rationality and rationalization in law and in modern legal thought should be investigated in detail.

(iii) The envisioned change of paradigm may come about as new approaches and perspectives in legal theory consolidate, such as the new institutionalism or systems theory in West-German legal thinking.

(iv) In my view, legal theory and sociology of law cannot rely solely on the findings of one of these scientific branches. They have to combine their efforts. The tasks of theory-construction that lie ahead require not only interdisciplinary but also multidisciplinary solutions.

(v) Today it is generally recognized that the disciplinary tradition within law and legal research (particularly since the mid-nineteenth century) has brought with it structural barriers which have prevented cross-disciplinary studies. It would be much more fruitful, from a scientific point of view, to study law in the broader perspective of social interaction and social organization. But here, too, one has to leave the traditional, merely conventional boundaries of legal science in a narrow sense, and one has to turn to social sciences.

PARADIGMAS, POSICIONES Y PERSPECTIVAS DE LA  
RACIONALIDAD. EVOLUCION DEL FUNDAMENTO DEL  
DERECHO EN LA TEORIA INSTITUCIONAL Y DE  
SISTEMAS

WERNER KRAWIETZ \*

*Introducción: hacia un nuevo abordaje de la teoría institucional  
y de sistemas en el pensamiento jurídico germano-occidental*

Al intentar una definición operacional del Derecho y de los sistemas jurídicos, aplicable a cualquier cultura, ha sido frecuente señalar que todas las sociedades cuentan con reglas, imperativas o supletorias, para regular la conducta. Durante las últimas décadas, los estudios de la Teoría del Derecho desarrollados en los países europeos han tendido a concentrarse en: 1) Los códigos que regulan las conductas en las sociedades humanas; 2) los procesos mediante los cuales regularmente se resuelven los conflictos de acuerdo con aquellos códigos; 3) las regularidades que se observan en la conducta de quienes participan en tales procesos; en este caso se ha intentado expresar esas regularidades en forma de generalizaciones <sup>1</sup>.

Aquí tropezamos con la dificultad de que todas estas actividades son actividades humanas y son, por lo tanto, desarrolladas de acuerdo con reglas. Se observa, sin embargo, una falta de reco-

\* Profesor Universidad de Münster.

<sup>1</sup> Werner Krawietz: *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984, págs. 68-73, 151-152, 175-181.

nocimiento del hecho de que el Derecho, como institución social o sistema social-jurídico, comprende mucho más que códigos de conducta, regularidades y procedimientos regularizados para la solución de conflictos. Si se considera que una institución social o sistema social es un conglomerado de elementos unidos en relaciones recíprocas variables y que forman un todo unitario, dentro de un determinado campo temporal-espacial, la identificación de estos elementos y la descripción de su dinámica y sus características, contribuirán a una mejor comprensión del funcionamiento del conjunto.

Contra lo que parece ser un acuerdo general entre los autores de Teoría del Derecho, en lo que hace a la estructura del Derecho como institución social constitutiva de un sistema social-jurídico con una multitud de funciones, la relación entre los elementos de los sistemas y sus funciones, permanece oscura. Estos son problemas de gran importancia práctica y teórica, a los que el profesor Torstein Eckhoff ha dedicado mucha atención<sup>2</sup>.

Desde sus comienzos, la Teoría del Derecho ha quedado envuelta inevitablemente en diferentes discusiones del tema de la racionalidad. Seguidamente analizaré algunos problemas conectados con la racionalidad en los sistemas jurídicos y en la Teoría del Derecho.

No tomaré en cuenta al historicismo primitivo, para el cual el desarrollo de la sociedad se identificaba con el desarrollo de la razón; me dedicaré a analizar algunos problemas concernientes a la racionalidad, haciéndome cargo de las limitaciones propias de los procedimientos racionales de investigación y comprensión. En síntesis, el problema consiste en determinar si existen o no estándares alternativos de racionalidad.

En este trabajo quiero clarificar la manera en que los estudiantes de Derecho podrían analizar las posibilidades de existencia de un mejor sistema de reglas jurídicas. Está implícita en esta investigación, mi creencia de que los marcos de referencia actuales son parcialmente obsoletos, porque las premisas de los siste-

<sup>2</sup> Torstein Eckhoff: *Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems*, en: *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978), págs. 40-51.

mas estatales y las formas tradicionales del pensamiento jurídico, han sufrido una profunda alteración. En vista de ello, es difícil aceptar el marco de referencia tradicional cuando se trata de considerar qué tipos de cambios son posibles y deseables. Como Torstein Eckhoff claramente sostiene, lo que está cambiando es la estructura del Derecho y del pensamiento jurídico en sí mismos<sup>3</sup>. Mi intención, pues, es definir un marco referencial apropiado para un período de transición estructural<sup>4</sup>. Cuanto sigue se basa en la asunción de que el Derecho y el ordenamiento jurídico están de alguna manera conectados con la razón, y que la ciencia jurídica es una ciencia racional. Los términos "razón" o "racionalidad", en el contexto de este trabajo, no son idénticos. Tomaré como punto de partida una versión libremente adaptada del concepto que da Max Weber sobre la racionalidad y la racionalización en el desarrollo del Derecho y del pensamiento jurídico. Distingo, de acuerdo con la tradición continental, entre ciencia jurídica dogmática y Teoría del Derecho.

No es mi intención considerar los problemas legales conectados con los contenidos de normas o reglas jurídicas, desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Mi abordaje de los problemas jurídicos será, por el contrario, emprendido desde la Teoría del Derecho, vista a través del prisma del institucionalismo jurídico y de la teoría de sistemas. Este trabajo analizará algunos de los problemas que surgen en relación con la historia y la razón en la experiencia jurídica, aprovechando las lecciones de

<sup>3</sup> Ver, p. ej., Torstein Eckhoff, Nils Kristian Sundby, *The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence*, en: *Scandinavian Studies in Law* 19 (1975), págs. 121-151, 144-147 ("Rationality in Legal Thinking"), pág. 146. La imagen tradicional excesivamente simplificada del "Derecho como una estructura piramidal simple" ha sido destruida por los autores, porque conlleva el indeseable efecto de ocultar el carácter de "sistema abierto" que es propio del Derecho. Efectivamente, existe un "contacto y una interacción constantes entre el sistema de normas jurídicas y otras partes del Derecho, la vida política, los fenómenos morales, etc."

<sup>4</sup> Ver Werner Krawietz, *Das Recht und die moderne Systemtheorie*, en: T. Eckhoff-L. Friedman-J. Uusitalo (Eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986 (en prensa).

la Historia, la Filosofía y la Teoría Jurídica. Me interesa, básicamente, determinar en qué medida puede alcanzarse un tratamiento racional de estos problemas jurídicos en las presentes circunstancias sociales.

En primer lugar, me ocuparé de la relación entre la razón, la historia y la teoría jurídica como parte de las ciencias sociales. En segundo término, me detendré en los problemas que plantea la comprensión de las instituciones jurídicas y los sistemas social-jurídicos; en tercer lugar, quiero referirme al cambio de paradigmas en la teoría jurídica contemporánea. En cuarto término, enfocaré los diferentes tipos de racionalidad en la teoría jurídica y social. Finalmente, esbozaré las tareas que aguardan a la Teoría del Derecho en el futuro.

1. Delineando el problema: ¿la búsqueda de leyes versus la búsqueda de reglas?

La vida humana en sociedad no es sólo un campo de acción individual espontánea. Es, por sobre todo, un campo de acciones gobernadas y guiadas por reglas, tal como lo señalé antes. Pero, si bien podemos explicar gran parte de las acciones humanas en términos de seguimiento, formulación o violación de reglas, no podemos explicarlas todas de esa manera. Las regularidades de la conducta social que resultan del seguimiento de reglas, por sí mismas, no ejemplifican a tales leyes<sup>5</sup>. Hay muchas variedades diferentes de seguimiento de reglas. Debemos distinguir entre las regularidades sociales que son ejemplo de alguna regla y aquellas otras que son, o bien sus consecuencias deseadas o sus efectos no queridos. Ni las reglas ni las regularidades que resultan de la conducta influida por las reglas constituyen leyes sociales.

El desarrollo del Derecho en el sentido de reglas jurídicas estaba, en el pasado, mayormente en manos de jueces y juristas interesados en proveer soluciones a los casos individuales. El Derecho y los restantes elementos del ordenamiento jurídico debían

<sup>5</sup> Ver los comentarios interesantes y útiles de Robert Brown, *The nature of Social Laws, Machiavelli to Mill*, Cambridge, University Press, 1984, págs. 6-23, 251-264.

ser hallados en la razón y en los principios<sup>6</sup>. En ese contexto, la argumentación jurídica debía basarse, lógicamente, en la asunción de que el Derecho es descubierto más que creado deliberadamente.

Los filósofos del Derecho Natural de los siglos diecisiete y dieciocho, ciertamente aceptaban la razón como una guía para descubrir leyes naturales en formas específicas de vida social. Procuraban construir un nuevo orden jurídico basado en formas ideales y más perfectas de vida, en ciertos principios de igualdad y libertad, que proclamaban como eternos postulados de razón y justicia. Como ha señalado *Bodenheimer*, fue la Escuela Histórica del Derecho la que representó una decidida reacción contra dos poderosas fuerzas de su época: 1) el racionalismo del siglo dieciocho, con su creencia en el Derecho Natural, en el poder de la razón y en los principios. Se creía que su combinación podría establecer una teoría jurídica por medio del procedimiento de deducción, con olvido de los hechos históricos, las peculiaridades nacionales y las condiciones sociales; 2) las creencias y el espíritu de la Revolución Francesa, con su reacción contra la autoridad y las tradiciones, su fe en la razón y en el poder de la voluntad humana<sup>7</sup>.

Al evaluar a la Escuela Histórica del Derecho, especialmente en Alemania, no debe olvidarse que esta Escuela de pensamiento jurídico fue tal vez el factor que más estimuló el renacer del interés histórico, típico de la ciencia jurídica del siglo diecinueve<sup>8</sup>. Fue el período en el que la investigación científica de las fuerzas que conforman el Derecho comenzó a sustituir a las indagaciones racionales de la naturaleza, fines y objetivos sociales ideales del Derecho.

<sup>6</sup> Analizado por Werner Krawietz, *Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik*, en: Aulis Aarnio/Ilka Niiniluoto/Iyrki Uusitalo (Eds.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981, págs. 299-335, 318 *et. segu.*

<sup>7</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Mass., 1962, págs. 70-74.

<sup>8</sup> Bodenheimer, *ibíd.*, págs. 70-77.

Nigel E. Simmonds ha llamado la atención sobre la relación entre Derecho y Razón, en su libro de reciente publicación, "The decline of juridical reason", subrayando que desde hace ya bastante tiempo, la "razón en el Derecho" ha dejado de jugar el papel prominente de otros tiempos<sup>9</sup>.

Si esto es cierto, la ciencia de la Historia tiene que revelar cambios estructurales debajo del contexto superficial de datos y detalles de la vida cotidiana.

Existe un vínculo entre la Escuela Histórica y aquellas teorías sociológicas modernas que, tras un período de intensa actividad legislativa y analítica, pusieron el acento en el "Derecho viviente" de la comunidad, relativizando la supremacía de los mandatos del Legislador. En ese contexto, es indispensable la referencia a las teorías jurídicas que están vinculadas con una sociología del Derecho, en particular a las de Rudolph von Ihering (1818-1892) y Max Weber (1864-1920). Resulta difícil elaborar una síntesis del monumental trabajo de este último, por la gran variedad de problemas que aborda.

En su obra jurídica fundamental "Der Zweck im Recht", Ihering señaló que el *fin* ("Zweck") es el origen del Derecho y que no hay regla jurídica que no tenga su fuente en un fin, es decir, en un motivo práctico. El Derecho, sostiene, es producido deliberadamente por la voluntad humana para alcanzar determinados resultados deseados<sup>10</sup>. Admitió que la institución tenía parte de sus raíces en la Historia, pero rechazó la idea de los juristas de la Escuela Histórica, de que el Derecho no era otra cosa que el producto de fuerzas inconscientes, no deliberadas y puramente históricas.

<sup>9</sup> Debo esta importante idea a E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason. Doctrine and Theory in the Legal Order*, Manchester, University Press, 1984, págs. 11-14; Martin Laclau, *La Razón en el Derecho*, Buenos Aires, 1985, págs. 41-77.

<sup>10</sup> Citado, con interesante análisis, en Bodenheimer, *ibid.*, págs. 86-88. Un excelente tratamiento de Ihering se halla en Mario G. Losano, *Studien zu Ihering und Gerber*, Teil 2, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1984, pp. 75-89, *et passim*.

En su opinión, el Derecho era configurado, en gran medida, por una acción del Estado dirigida intencionalmente hacia un cierto fin. El propósito de toda regulación jurídica era señalado por Ihering a través de su conocida definición del Derecho: "El Derecho es la suma de las condiciones de la vida social, en el sentido amplio de la expresión, tal como son aseguradas por el poder del Estado, a través de los medios de compulsión externa".

Bodenheimer sostiene que esta definición está lejos del modelo clásico de ciencia jurídica, según el cual el Derecho es visto como un orden racional, que comprende un elemento sustantivo y uno formal. Ihering veía como primera tarea que el Derecho debía cumplir, la de asegurar las condiciones o bases de la vida social. El incluía entre estas últimas no sólo la existencia física y la autopreservación de la sociedad y de sus miembros, sino "todos aquellos bienes y placeres que a juicio del sujeto le otorgan a la vida su verdadero valor"<sup>11</sup>.

Max Weber en su *Rechtssoziologie* dio un paso más hacia la racionalidad jurídica y la racionalización del pensamiento jurídico. Weber, que integró con éxito su teoría jurídica y su sociología del Derecho, construyó su trabajo alrededor de la idea de racionalidad jurídica. Señala que determinada institución jurídica, sistema social-jurídico o modo de pensamiento social es peculiarmente racional. En cuanto a su concepto de racionalidad jurídica, él distingue, por lo menos, cuatro diferentes sentidos, cuyos detalles no puedo analizar aquí<sup>12</sup>. Su "Rechtssoziologie" está centrada en el ordenamiento jurídico moderno, en las formas y consecuencias de la "racionalización" del Derecho, esto es, el desarrollo de aquellas cualidades jurídicas que son características del Derecho contemporáneo<sup>13</sup>. En parte, su "Rechtssoziologie" se ocupa de un problema de causalidad histórica: ¿cómo evolucionaron estas cualidades jurídicas distintivamente modernas y

<sup>11</sup> Bodenheimer, *ibid.*, págs. 86-88.

<sup>12</sup> Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, London, Macmillan, 1978, págs. 105-112.

<sup>13</sup> Anthony T. Kronman, *Max Weber. Jurists: Profiles in Legal Theory*, London, Edward Arnold, 1983, págs. 3-5 et passim.

qué impidió su desarrollo en otros ámbitos? También se ocupa de lo que llamaré el problema de la "interpretación exegética" o de metodología jurídica. La exégesis procura establecer el sentido —como algo diferente de las conexiones causales— que vincula a los diferentes acontecimientos, prácticas y formas de la vida y el pensamiento jurídico.

Desde la segunda mitad del siglo diecinueve, al menos en Alemania, los juristas han abandonado el intento de ubicar al Derecho en el marco de un orden jurídico racional y de una filosofía moral coherente<sup>14</sup>. Hemos pasado, de encontrar el Derecho en la razón y los principios, a una era en que el Derecho es visto como un instrumento, una colección de reglas positivizadas.

2. Comprendiendo las instituciones jurídicas y los sistemas social-jurídicos.

Al examinar la naturaleza del Derecho, del ordenamiento jurídico y de la ciencia jurídica, estamos estudiando ahora verdaderos fenómenos sociales. Pero, tal como *Dilthey* y *Schleiermacher* han señalado, nuestra relación con esos fenómenos no es meramente la de un observador, sino la de quien toma parte en ellos teniendo desde el vamos una comprensión de su sentido<sup>15</sup>. La realidad social que configura al Derecho, al orden jurídico y a la ciencia jurídica, está ya teorizada y hecha inteligible.

La realidad social, incluyendo el Derecho y el ordenamiento jurídico, consiste, por lo tanto, no en hechos o datos en bruto, accesibles a la investigación científica, sino en acciones y prácticas que pueden ser aprehendidas sólo por referencia a algún sentido adjudicado a cierta conducta relevante<sup>16</sup>.

La comprensión del Derecho, del ordenamiento jurídico o de la ciencia jurídica, en esta situación, implica, por lo tanto, una captación de las fuentes mismas de las cuales proceden sus nociones básicas.

<sup>14</sup> Krawietz, *Rech als Regelsystem*, págs. 165-169.

<sup>15</sup> Werner Krawietz, 'Juristische Argumentationstheorien auf dem Prüfstand', en: Krawietz/Robert Alexy (Eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, págs. 3-8, p. 4 et sequ.

<sup>16</sup> Krawietz, *Recht als Regelsystem*, p. 12, págs. 52-53.

La Teoría del Derecho es, en esta óptica, no una descripción verdadera o falsa de una determinada realidad, sino una invitación o un desafío a comprender nuestras prácticas en un cierto sentido más bien que en otro<sup>17</sup>.

Las teorías jurídicas surgen de la *ambivalencia de nuestras prácticas sociales*, o sea, del hecho de que ellas podrían ser entendidas en más de un sentido.

En consecuencia, se puede decir que podemos identificar las variadas formas del pensamiento racional, de las tradiciones y esquemas institucionales que constituyen el fundamento del presente, sólo por referencia al pasado.

Pero nuestras teorías no pueden ser divorciadas de nuestras prácticas y todas ellas están sujetas a las cambiantes corrientes de nuestra vida concreta y sus circunstancias.

Las teorías jurídicas no son meras descripciones de hechos en bruto. Las teorías tanto reflejan nuestras relaciones sociales, como se reflejan en ellas.

El desarrollo histórico de nuestra vida social es en sí mismo una parte de la evolución intelectual de nuestras ideas.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica y de la sociología del Derecho, el ordenamiento jurídico no es esencialmente una cuestión de palabras o de reglas, sino un conjunto de formas de vivir y de actuar, o sea una cuestión de instituciones<sup>18</sup>. No son las palabras ni las reglas las que legitiman la práctica. Son sólo las prácticas que se dan dentro de las instituciones jurídicas las que legitiman las palabras y las reglas como parte del ordenamiento jurídico. Por cierto, no hay razón para despreciar, desde esta perspectiva institucional, o desde una teoría de sistemas, el elemento normativo del Derecho y del orden jurídico<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ver, p. ej., Geoffrey Vickers, *Making Institutions Work*, London, 1973; Werner Krawietz, 'Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart', en: *Juristenzeitung* 40 (1985), págs. 706-714, págs. 707, 711.

<sup>18</sup> Ver Werner Krawietz, 'Rechtssystem als Institution? Über die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie', en: *Rechtstheorie Beiheft* 6 (1984), págs. 209-243.

<sup>19</sup> Ver Werner Krawietz, 'Die Normentheorie Helmut Schelskys als

Por el contrario, son las instituciones jurídicas y los sistemas sociales los que validan las palabras y las reglas de un orden jurídico y no a la inversa.

Como se ha señalado a menudo, las instituciones y sistemas jurídicos comprueban si todavía hay fuerza social en nuestras palabras y en las reglas de Derecho.

El científico del Derecho no puede aferrarse a una idea tradicional y meramente convencional acerca del Derecho, una vez que ella se ve sometida a una presión externa suficiente. Hoy la ciencia jurídica es, aparentemente, de acuerdo con el concepto que da de sí misma, una "comunidad científica"<sup>20</sup> más o menos organizada, o una "institución" en sí misma<sup>21</sup>.

Es difícil identificar los cambios en el orden jurídico contemporáneo, precisamente porque operan en el nivel del trasfondo de presuposiciones generales aceptadas desde el pasado.

El problema más importante es aquí la ausencia de una teoría y una sociología jurídica realistas representadas por un marco teórico bien integrado, conceptualmente bien estructurado, ampliamente verificado en la experiencia y aceptado en general por juristas y sociólogos.

Hasta el momento, sólo contamos con un número de teorías contradictorias y parciales dentro de diferentes marcos de referencia y de variadas escuelas de pensamiento jurídico<sup>22</sup>. Es contra

---

Form eines Neuen Institutionalismus im Rechtsdenken der Gegenwart', in: Horst Baier (Ed.), *Helmut Schelsky - Ein Soziologe in der Bundesrepublik*, Stuttgart, Enke, 1985, págs. 114-147.

<sup>20</sup> Pirjo Mikkola/Aulis Aarnio/Juha Pöyhönen, *The Scientific Community and the Images of Legal Science*, Helsinki, 1982, pág. 1, págs. 79-80.

<sup>21</sup> Ver Hermann Lübbe, 'Helmut Schelsky und die Institutionalisierung der Reflexion', in: *Recht und Institution. Beiträge zum Helmut Schelsky-Gedächtnissymposium 1985 in Münster*, hrsg. von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, (en prensa).

<sup>22</sup> Ver Werner Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Wien - New York, Springer, 1978, págs. 86- 97, 133 *et sequ.*

este trasfondo de tensiones entre conceptos antagónicos acerca del Derecho que podemos comprender mejor las disputas que se observan en la Teoría del Derecho contemporáneo.

En mi opinión, los enfoques convencionales ya no son adecuados; la tarea de la teoría jurídica debería ser, más bien, la de unir las ideas jurídicas dentro de un contexto más amplio, ubicando e interpretando el Derecho y las ideas jurídicas en el marco de la vida social.

3. Cambios de paradigma en la teoría jurídica y social contemporánea.

La teoría jurídica no está relacionada con el Derecho de la misma manera en que la ciencia natural lo está con la naturaleza. Con esto no quiero decir que la teoría jurídica no ofrezca explicaciones causales. El hecho de que las ciencias sociales, de las cuales la teoría jurídica es parte, durante mucho tiempo se ocuparon de problemas de explicación causal (y por ello dejaron sin explorar el terreno del discurso humano), es la razón del estado relativamente no desarrollado de la metodología general en la ciencia jurídica<sup>23</sup>.

Empero, desde un punto de vista científico, ello no hace menos importante su estudio. Y, más aún, la significación que puedan tener los productos de nuestra creación: herramientas, creencias, arte, etc., les es conferida por los seres humanos y no depende de nada externo a ellos.

Las cualidades del mundo social-cultural, a diferencia de las de la naturaleza, no existen con independencia de nosotros.

Somos responsables de su configuración tanto como de sus fines<sup>24</sup>. Los elementos dinámicos de la vida social y de la cultura

<sup>23</sup> Ver Werner Krawietz, *Zum Paradigmenwechsel im Juristischen Methodenstreit*, in: *Rechtstheorie Beiheft 1* (1979), págs. 113-152; Jan M. Broekman, *Changes of paradigm in the Law*, in: A. Peczenik/L. Lindahl/B. van Roermund (Eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel 1984, págs. 133-144.

<sup>24</sup> Ver en general: Jan M. Broekman, *Law, Anthropology and Epistemology*, in: E. Bulygin/J. L. Gardies/I. Niiniluoto (Eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Reidel, 1985, págs. 15-42, pág. 22 et

ra son las intenciones, las necesidades, las actividades de adaptación y la capacidad de invención de seres humanos y no fuerzas naturales determinantes de sus acciones.

Todos somos producidos por la sociedad, pero también todos somos productores de la sociedad.

Todos los arreglos entre seres humanos, llámense relaciones, organizaciones, estructuras, instituciones, son alentadas, puestas en vigencia, dirigidas y cambiadas por nosotros<sup>25</sup>. No son sino nuestros propósitos y fines los que producen el orden social.

Dado que la estructura jurídica es un producto de la organización social, es dudoso que pueda explicarse el Derecho y su funcionamiento observando meramente al Estado y al Derecho que él produce.

Para adoptar una postura científica, se debería estudiar el Derecho desde la perspectiva de la interacción y de la organización sociales. El hombre es un animal social, pero un animal social con conciencia y cultura. El orden social es un orden hecho por el hombre. Las leyes que lo rigen son obra humana<sup>26</sup>.

*No hay razón para suponer que ese orden y esas leyes se funden en leyes naturales extrahumanas, invariables y universales.*

Pero en ese caso, debemos dejar el reino de la ciencia jurídica y de la teoría jurídica en un sentido limitado, para acudir a las ciencias sociales. La cuestión, pues, es qué tiene para ofrecer la teoría del Derecho y de la sociedad en esta perspectiva, y cómo la teoría jurídica como ciencia social puede describir y explicar las funciones del Derecho más adecuadamente.

Los paradigmas tradicionales de la ciencia social han contribuido a la comprensión de cómo el hombre es producido por la sociedad y de cómo él produce —a su vez— a la sociedad.

---

*sequ.* Boekman agrega: "El Derecho no es sólo la obra del hombre, sino que también el hombre de hoy es obra del Derecho".

<sup>25</sup> Krawietz, *Recht als Regelsystem*, págs. 153-155 et passim.

<sup>26</sup> Ver los comentarios y críticas de Robert Brown, citados en la nota 5 *supra*.

Algunos de estos paradigmas de teoría jurídica y social pueden llegar a verse destronados en nuestros días<sup>27</sup>. Un cambio de paradigma puede producirse al consolidarse nuevos abordajes y perspectivas. La mayoría de los científicos sociales del mundo de lengua inglesa, aceptan la idea de una ciencia del mundo social y del mundo natural unificada, la que, de acuerdo con su status científico, teórico y epistemológico puede ser descripta como positivista<sup>28</sup>.

Ello se aplica también a buen número de científicos del Derecho que consideran a la teoría jurídica como una ciencia social. Sin embargo, el terreno común que existía hasta el comienzo de la década de los setenta, viene dando muestras de estar debilitándose. Giddens ha afirmado que las ciencias sociales se han separado en varias escuelas de "sociología interpretativa"<sup>29</sup>, entre las cuales incluye la hermenéutica de Gadamer, la teoría crítica de Habermas y la filosofía y sociología post-Wittgensteinianas de Peter Winch.

Esta fragmentación del conocimiento, diagnosticada por Giddens como resultado de una diversificación de escuelas de sociología interpretativa, es innegable. Sin embargo, la interpretación de Giddens requiere una corrección, en lo que hace a la última filosofía de Wittgenstein.

David Bloor ha demostrado recientemente que, en sus últimos escritos Wittgenstein sostuvo la prioridad de la sociedad sobre el individuo y enfatizó la concepción de las acciones y creencias individuales como fenómenos "naturales"<sup>30</sup>. Ello explica que los conceptos de "norma", "costumbre", "cultura" e "institución"

<sup>27</sup> Krawietz, *Recht als Regelsystem*, págs. 157 et sequ. (*Theorieintegration oder Theoriesubstitution in der Jurisprudenz?*).

<sup>28</sup> Werner Krawietz, *Juridisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften?*, en: *Rechtstheorie* 15 (1984), págs. 423-452, págs. 425 et sequ.

<sup>29</sup> Anthony Giddens, *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*, London, Hutchinson, 1976, págs. 44 y 51.

<sup>30</sup> David Bloor, *Wittgenstein, A Social Theory of Knowledge*, London, MacMillan, 1983, págs. 1-4.

jueguen un papel tan prominente en su teoría. "Obedecer una regla, hacer un informe, dar una orden, jugar una partida de ajedrez" —decía Wittgenstein— "son *costumbres* (usos, instituciones)"<sup>31</sup>. En realidad, cualquier idea de unificación de la ciencia no pasa de ser una expresión de deseos o una meta última, pero inalcanzable. Quizás el acto de conocimiento será siempre fragmentario.

Pero quienes adhieren a las escuelas antes mencionadas, todavía no sobrepasan los límites de una sociología interpretativa. Es, por lo tanto, dudoso si uno puede hablar de un cambio de paradigma dentro de estas escuelas.

4. Algunos problemas no resueltos acerca de la racionalidad: cuatro tipos diferentes en la teoría jurídica y social.

En su reciente libro "The decline of juridical reason" Nigel E. Simmonds distingue dos conceptos de racionalidad:

La ciencia jurídica clásica trata de exponer las reglas positivas como aplicaciones específicas de principios y no meramente como instrumentos para obtener metas sociales. Este modelo clásico de ciencia jurídica no es, por supuesto, el de hoy en día.

El primer esbozo de ese modelo se debe a Bacon, quien proclamó en sus *Máximas del Derecho* que era su intención enunciar los principios o "máximas" del Derecho que han de ser "extraídos de la armonía y consonancia de los casos"<sup>32</sup>. Para él, el Derecho era la ordenación racional de individuos autónomos dentro de la sociedad civil.

La noción clásica es difícilmente compatible con un modelo positivista de ciencia jurídica<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, trans. G. Anscombe, Oxford, Blackwell, 1967 (1ª ed., 1953), tomo I, pág. 199.

<sup>32</sup> Simmonds, *The Decline of Juridical Reason*, págs. 19-20.

<sup>33</sup> Simmonds, *ibidem*, págs. 22-33. Samuel I. Shuman, *Legal Positivism, Its Scope and Limitations*, Detroit, Mich. 1963, Horst Eckmann, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie* H. L. A. Harts, Berlín, 1969; Walter Ott, *Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlín, 1976. Se analiza el modelo positivista en: Werner Krawietz, *Zur Korrelation von Rechtsfrage und latfrage in der Rechtsanwendung. Stru-*

La idea de este modelo está más cerca de la noción kantiana de racionalidad, en la que las acciones deberían ser subsumidas en principios generales consistentes con la jerarquía del sujeto como ser moral y con la idéntica jerarquía de sus congéneres.

A partir de la segunda mitad del siglo diecinueve, al menos en Alemania, el Derecho ha sido considerado, cada vez más como un aparato de reglas deliberadamente positivizadas, elegidas por su eficacia en orden a obtener metas sociales deseables<sup>34</sup>. Cuando el Derecho se utiliza como un instrumento para la consecución de fines sociales, se ve en ello un ejemplo de una simple noción de racionalidad: usar medios efectivos, para un cierto fin<sup>35</sup>. Las cuestiones de interpretación, eficacia, coherencia y ordenación de los diferentes objetivos a los que sirve el Derecho, son generadas por teorías basadas en este concepto de racionalidad.

Quiero oponer a esta visión, un conjunto de cuatro diferentes tipos de racionalidad, basados en la afirmación de la necesidad de que en la ciencia jurídica se integren la teoría jurídica y la teoría social. Mis ideas se basan en la premisa de Rudolph von Ihering, Max Weber y Helmut Schelsky, de que hay una creciente racionalización en la vida social y en la evolución jurídica.

La racionalidad jurídica, de acuerdo con Max Weber, es una característica del Derecho y del pensamiento jurídico, que ha adquirido relevancia en algunos sistemas jurídicos europeos modernos. Una peculiaridad de la racionalidad jurídica en los diferentes sistemas jurídicos es que su interpretación depende no sólo de la teoría jurídica, sino también de la teoría social que constituye el fundamento de la primera.

---

*kturprobleme im Theoriedesign einer möglichen Rechtsprechungslehre*, en: Norbert Achterberg (Ed.), *Internationales Symposium Rechtsprechungslehre* Münster 1984, Köln, Heymanns, 1985 (en prensa).

<sup>34</sup> Werner Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967.

<sup>35</sup> *Ibidem*, págs. 76, 83 et sequ.

El sostén sociológico y filosófico de las diferentes teorías del Derecho puede hallarse en una teoría general del Derecho y de la Sociedad, más específicamente en una teoría de la organización social.

Toda estructura jurídica es el producto de una organización social específica. La teoría jurídica debe, pues, preguntar qué puede aportar una teoría social —y en particular una sociología del Derecho— para describir a éste y explicar su funcionamiento más adecuadamente.

En la teoría jurídica contemporánea, se han hecho varios intentos de interpretar el Derecho como un fenómeno institucional de la sociedad. Ellos van desde el positivismo jurídico institucional, tal como lo entienden actualmente *Ota Weinberger*<sup>36</sup> y *Neil Mac Cormick*<sup>37</sup>, hasta una ciencia jurídica más realista y una teoría sociológica de las instituciones jurídicas. He señalado en otra oportunidad que la obra de *Helmut Schelsky*<sup>38</sup> y *Niklas Luhmann*<sup>39</sup> dedica un lugar destacado a la segunda.

Por ello es necesario que consideremos el entrelazamiento del Derecho y el orden jurídico con las instituciones jurídicas y

<sup>36</sup> Ota Weinberger, *Institutionentheorie und Institutionalistischer Rechtspositivismus*, in: O. Weinberger/W. Krawietz (Eds.), *Helmut Schelsky als Soziologie und politischer Denker*, Stuttgart, Steiner, 1985, págs. 134-172.

<sup>37</sup> Donald Neil MacCormick/Ota Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

<sup>38</sup> Werner Krawietz, *Begründung des Rechts - anthropologisch betrachtet, Zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky*, in: Krawietz/Schelsky et. al. (Eds.), *Theorie der Normen*. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, págs. 541-556. Cf. Krawietz, *In memoriam Helmut Schelsky (1912-1984): Soziologie als Theorie von Recht und Gesellschaft*, en: *Rechtstheorie* 15 (1984), págs. 133-137 y mis artículos citados en notas 18 y 19, *supra*.

<sup>39</sup> Niklas Luhmann, *Communication about Law in Interaction Systems*, en: Karin Knorr-Cetina/Aaron V. Cicourel (Eds.), *Advances in Social Theory and Methodology: Toward an Integration of Micro —and Macro— Sociologies*, Boston, 1981, págs. 234-256 y *Die Einheit des Rechtssystems*, en: *Rechtstheorie* 14 ((1983), págs. 129-154.

los sistemas social-jurídicos. De ello podrá surgir —tal vez— los cimientos de una teoría más apta.

Ya he explicado que una institución no es un cuestión de palabras y reglas, sino un conjunto de formas de vivir y actuar. La existencia de una institución se debe, en primera y última instancia, al hecho de que la gente se comporta según ciertos patrones de conducta: a, b, c. etc. y no según otros también posibles: x, w, z. La probabilidad de que una institución continuará vigente está en relación con la probabilidad de que la gente mantendrá cierta conducta.

Lamentablemente no tengo ni el tiempo ni el espacio para detenerme en los diferentes movimientos en dirección a un Nuevo Institucionalismo, que se registran en la teoría jurídica contemporánea <sup>40</sup>.

Querría llamar vuestra atención a mi ensayo "The legal system as an Institution", en el que diferencié entre 1) institucionalismo en el Derecho Natural; 2) institucionalismo en el positivismo jurídico y 3) institucionalismo post-positivista en la teoría jurídica contemporánea <sup>41</sup>. La teoría jurídica institucional de Helmut Schelsky pertenece, en mi opinión, al tercer tipo de institucionalismo <sup>42</sup>. La teoría sociológica del Derecho y del orden jurídico de Luhmann está basada también, como lo demuestra su "Rechtssoziologie" (cap. II, 4), en su teoría de la institucionalización de las normas jurídicas.

Aquí puedo ofrecer sólo una sumaria descripción de los diferentes ángulos de abordaje del Derecho en la teoría jurídica y social. Presupongo a los fines de este análisis —en directa contraposición con el concepto de una ciencia unificada— que las ciencias sociales se dividen en las siguientes categorías: 1) racionalismo empírico-analítico; 2) teoría jurídica y social crítica; 3) teoría interpretativa del Derecho y la sociedad y 4) teoría de

<sup>40</sup> Ver mi artículo citado en nota 17, *supra*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pág. 708.

<sup>42</sup> Warner Krawietz, *¿Rechtssystem als Institution?*, en D. Mayer-Maly/O. Weinberger/M. Strasser (Eds.), *Recht als Sinn und Institution*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, págs. 209-243, en pág. 210.

sistemas y teorías de los sistemas jurídicos. Esta cuádruple diferenciación corresponde a cuatro intereses cognoscitivos que tienen los hombres en su relación con el mundo natural y con el mundo social. A esta diferenciación corresponden cuatro tipos de racionalidad, a saber: 1) racionalidad en sentido empírico-analítico; 2) racionalidad del discurso crítico; 3) racionalidad jurídica de las instituciones jurídicas, basada en la teoría interpretativa del Derecho y 4) racionalidad en la teoría de sistemas. Se dan también, por supuesto, combinaciones de estos tipos; por ejemplo, en el concepto analítico-hermenéutico de racionalidad formulado por Aulis Aarnio<sup>43</sup>, siguiendo la teoría interpretativa del último Wittgenstein.

En este trabajo sólo puedo tratar sumariamente las variadas facetas de la racionalidad. Ellas son: 1) Ante todo, el concepto empírico-analítico del racionalismo crítico de *Popper, Hans Albert* y otros. Este concepto, que es el paradigma dominante de la investigación en una ciencia jurídica unificada, podría ser utilizado también en la teoría jurídica<sup>44</sup>, ya que, como lo ha sostenido Albert, es compatible con las teorías sociológicas del Derecho. 2) La noción de una racionalidad crítica, teóricamente discursiva, expuesta en la obra de Habermas "Theory of Communicative Action", que indaga con mayor detalle la teoría de Max Weber sobre la racionalización del Derecho y la sociedad<sup>45</sup>. La teoría crítica tiene un "interés emancipatorio", dado que trasciende a cada uno de los otros tipos de racionalidad, a fin de liberar al hombre de la dominación. Como lo ha señalado Schelsky la teoría crítica es una teoría "anti-institucionalista"<sup>46</sup>. Habermas no

<sup>43</sup> Aulis Aarnio, *On the So-called Hermeneutical Trend in Finnish Legal Theory*, en: *Legal Point of View. Six Essays in Legal Philosophy*, Helsinki, 1978, págs. 82-145.

<sup>44</sup> Hans Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen, Siebeck, 1978, págs. 77-80; Christoph von Mettenheim, *Recht und Rationalität*, Tübingen, 1984.

<sup>45</sup> Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt a.M., 1981.

<sup>46</sup> Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, en: *Rechtstheorie* 9 (1978), págs. 1-21, pág. 13.

distingue la racionalidad de las instituciones jurídicas de la racionalidad de las ciencias. Postula la idea de una "unidad de racionalidad" y de una "unidad de argumentación"<sup>47</sup>. 3) El concepto de Schelsky de una racionalidad jurídica institucional, basada en la legislación y en la administración jurídica, y diferenciada de la racionalidad en la ciencia jurídica<sup>48</sup>. Schelsky sostiene que la idea de una unidad racional en la ciencia jurídica y concordantemente, de la racionalidad en las prácticas jurídicas institucionales es una "ilusión", un "auto-engaño" que sufre un número de científicos, por ejemplo Habermas. El, sin embargo, rechaza cualquier precisión ulterior del concepto de racionalidad, como la que se encuentra usualmente en la teoría de sistemas. 4) El concepto de racionalidad utilizando la teoría de sistemas como marco de referencia para el desarrollo teórico, que exponen Parsons<sup>49</sup> y Luhmann<sup>50</sup>. Este concepto conduce a una afirmación de la comprensión de los procedimientos jurídicos, así como a indagar las instituciones prácticas, tanto de la vida jurídica ("sistemas sociales"), como de las ciencias particulares. En la teoría de sistemas, la racionalidad se refiere a los sistemas "reales", en tanto interactúan con sus circunstancias<sup>51</sup>. Como ejemplos tenemos los sistemas jurídicos organizados a nivel estatal y sus subsistemas, o la ciencia jurídica, entendida en sí misma como una "institución" o como un "sistema social".

<sup>47</sup> Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, págs. 62-63, págs. 339-340.

<sup>48</sup> Helmut Schelsky, *Die juristische Rationalität*, en *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, págs. 34-76, pág. 53.

<sup>49</sup> Reinhard Damm, *Systemtheorie und Recht*. Zur Normentheorie Talcott Parsons', Berlín, Duncker & Humblot, 1976.

<sup>50</sup> Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Gündriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a.M., 1984.

<sup>51</sup> Luhmann, *Die Ausdifferenzierung von Erkenntnisgewinn*, in: Nico Stehr/Volker Meja (Eds.), *Wissenssoziologie*, Opladen, 1980, págs. 102-139 and *Rechtssoziologie*, 2. Ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983; Krawietz, *Juridisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften? Zur Konkurrenz divergierender Rationalitätskonzepte in der modernen Rechtstheorie*, en *Rechtstheorie* 15 (1984), págs. 423-452, págs. 441-445.

Pero el problema epistemológico del fundamento de la ciencia jurídica, subsiste en estos términos: ¿cómo encontrar una base racional para la racionalidad? Desde el punto de vista de la teoría institucional y de sistemas, la respuesta es que el compromiso con una racionalidad crítica puede ser fundado, auto-referencialmente<sup>52</sup> en la medida en que se lo considera abierto, a su vez, a un debate racional.

#### 5. Las tareas por delante.

Es difícil formular una agenda detallada y precisa para la segunda mitad de la década de 1980. Es esencial en el contexto actual pasar de la tópica y la retórica, a la realidad, es decir, de la ciencia jurídica tópica y retórica, a una ciencia del Derecho más realista y sociológica.

1.) El primer paso es, obviamente, una reconstrucción radical de los enfoques de la ciencia social en la teoría jurídica.

2.) El siguiente paso sería una evaluación de los paradigmas predominantes. Deberían investigarse en detalle todas las variantes de racionalidad y racionalización en el Derecho y el moderno pensamiento jurídico.

3.) El cambio de paradigma proyectado puede advenir con la consolidación de nuevos enfoques y perspectivas en la teoría jurídica tales como el nuevo institucionalismo o la teoría de sistemas en el pensamiento jurídico germano-occidental.

4.) En mi opinión, la teoría jurídica y la sociología del Derecho no pueden descansar únicamente en los hallazgos de una de esas ramas científicas. Deben combinar sus esfuerzos. El trabajo de construcción de una teoría, que resta emprender, exige soluciones no meramente interdisciplinarias sino multidisciplinarias.

5.) Actualmente se reconoce, en general, que la tradición unidisciplinaria en la investigación jurídica (particularmente desde mediados del siglo diecinueve), ha generado barreras estruc-

<sup>52</sup> Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, págs. 139 et sequ.

# LA PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA EN EL PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA

CARLOS E. COLAUTTI \*

## I. *Antecedentes del Pacto de San José*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro país en mayo de 1984, fue precedida de una extensa elaboración que hizo posible su puesta en vigencia en base al consenso que se logró en los arduos problemas abordados.

En 1947, en la reunión de Río de Janeiro, los países del sistema habían concordado en que:

“La paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana”<sup>1</sup>. Un año más tarde, en Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamó aquellos que se consideraban “esenciales del hombre”, que “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. En 1959 la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores decidió, en Santiago de Chile, crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la redacción de un proyecto de convenio sobre la materia. En la Segunda Conferencia Interamericana de Río de Janeiro (1965), Uruguay y

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Buenos Aires.

<sup>1</sup> *Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*. Considerando 6º.

Chile presentaron sendos proyectos con el objeto de actualizar el documento del Consejo de Jurisconsultos. En esta reunión se decidió que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisara los proyectos y elaborara uno definitivo. Este se hizo circular entre los distintos Estados Miembros, que formularon sus observaciones, y fue el que se sometió a la Conferencia Especializada que se reunió en San José de Costa Rica, en noviembre de 1969.

## II. *El derecho a la vida en la Declaración de Bogotá*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere, en el artículo I, al derecho a la vida pero, al igual que la Declaración Universal, omite referirse a la pena de muerte.

El proyecto de Declaración que fue sometido a la reunión de Bogotá (1948) por el Comité Jurídico Interamericano, expresaba en relación con el tema: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbeciles y dementes. . ."<sup>2</sup>.

Como esta amplia definición que comprendía una toma de posición frente al aborto y la eutanasia, podía estar en colisión con la legislación de diversos países, entre los cuales estaban Argentina, Brasil, Cuba, México y Uruguay, se formó un grupo de trabajo encargado de realizar una nueva redacción.

En efecto, la protección del derecho a la vida *desde el momento de la concepción*, hubiera implicado la necesidad de introducir reformas en los códigos penales vigentes a la fecha, que establecían diversos casos de exención, como ser cuando era necesario para salvar la vida de la madre, interrumpir la gravidez de una víctima de estupro, o prevenir la transmisión al feto de una enfermedad contagiosa. En consecuencia, el grupo de trabajo propuso un nuevo texto, que con pequeños cambios de redac-

<sup>2</sup> Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, pág. 449.

ción fue el aprobado y decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad e integridad de su persona".

### III. *El respeto a la vida en la Convención Americana*

1. El artículo 4º del capítulo de Derechos Civiles y Políticos de la Convención, en su primer inciso establece el derecho al respeto a la vida, y en los cinco últimos impone restricciones a la aplicación de la pena de muerte.

El numeral 1 dispone:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente".

La forma como se instrumenta la protección a la vida en el Pacto de San José motivó una amplia discusión, antes y durante la conferencia. Sin duda continuará por largo tiempo siendo objeto de polémicas.

A pesar de que la norma es concordante con el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas<sup>3</sup>, que ha sido ratificado por nuestro país por la ley 23.313, establece una diferencia fundamental en cuanto señala el momento en que se considera que comienza la protección a la vida.

Los proyectos presentados en 1959 y 1965 tenían similar redacción: "Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción". Omitían, en consecuencia, el período "y en general"<sup>4</sup>.

La primera observación al proyecto presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —cuyo texto fue idéntico al aprobado—<sup>5</sup> partió del delegado de Colombia, que

<sup>3</sup> Art. 6.1.: *El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*

<sup>4</sup> O.E.A./Ser. I-V-11. 14, págs. 3 y 4.

<sup>5</sup> Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, pág. 14.

juzgó que era imprescindible que se estableciera en forma inequívoca, como en el Pacto Internacional, que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana"<sup>6</sup>. La moción dio lugar a un amplio debate, justificado por la relevante importancia del concepto, que además del control de la natalidad involucra a otros problemas fundamentales del derecho actual como la fecundación *in vitro* y la eutanasia. Finalmente la propuesta —que contó con el apoyo de El Salvador y Guatemala— fue rechazada.

En consecuencia quedaron delineadas, respecto del proyecto de la CIDH, tres posiciones.

Estados Unidos y Brasil entendieron que debía adoptarse el texto del Pacto Internacional, es decir, omitir toda referencia al momento en que comienza la protección a la vida. El delegado de Brasil agregó que la cláusula "y en general, a partir del momento de la concepción", "carecía de eficacia para que los Estados incluyeran en sus leyes internas los más variados casos de aborto". En la segunda cuestión plenaria de la Conferencia de San José ambas delegaciones hicieron consignar en actas la siguiente declaración:

"Estados Unidos y Brasil interpretan el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que deja a la discreción de los Estados Partes el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares"<sup>7</sup>.

El delegado de Venezuela subrayó que no podía haber concesiones en cuanto a la protección a la vida desde el momento de la concepción. Su criterio fue compartido por el representante del Ecuador, que propuso que la salvedad "y en general" fuera suprimida.

El resto de los países, salvo México, apoyaron sin modificaciones la redacción propuesta por la CIDH que, en consecuencia, fue aprobada.

México, al firmar la Convención, dejó establecido como "declaración interpretativa" que considera que "la expresión 'en general' no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor

<sup>6</sup> *Idem*, pág. 159.

<sup>7</sup> *Idem*, pág. 6.

legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”<sup>8</sup>.

A su vez, el mensaje del presidente de los Estados Unidos solicitando al Senado la ratificación del Pacto, que había suscripto en junio de 1977, dejó expresa constancia de que “Algunas de las estipulaciones del artículo no concuerdan ni con las leyes ni con la política de Estados Unidos o tratan asuntos en que la ley es incierta. El Senado —agregó— podría introducir la siguiente reserva: ‘La adhesión de Estados Unidos al artículo 4 está sujeta a la Constitución y a otras leyes de Estados Unidos’”<sup>9</sup>.

Como consecuencia de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sobre los criterios constitucionales para la penalización del aborto, que comentaremos más adelante, representantes de la militancia católica interpusieron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acusando al gobierno por violación del artículo 1 de la Declaración de Bogotá, interpretado de acuerdo con el artículo 4.1. del Pacto de San José.

## 2. *Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos*

En enero de 1973 el Tribunal decidió los casos “Roe v/Wade” (410 US 113) y “Doe v/Bolton” (410 US 179). En el primero la Corte abordó el estudio de los presupuestos que habilitaban para practicar un aborto, y en el segundo los recaudos médicos necesarios para que éste pudiera ser autorizado.

En la opinión de la Corte, en el primer caso el Juez a cargo del voto advirtió sobre “la naturaleza sensitiva y emocional de la controversia sobre el aborto y los vigorosos puntos de vista que se oponen a él, inclusive entre los médicos y las convicciones

<sup>8</sup> O. E. A., *Manual de normas vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema interamericano*, 1985, pág. 94.

<sup>9</sup> O. E. A., *La Convención americana sobre Derechos Humanos*, 1980, pág. 37.

profundas y aparentemente absolutas que el tema inspira". En consecuencia aclaró que "nuestra tarea es, desde luego, resolver el problema en sus parámetros constitucionales, libres de emoción y de predilección".

Luego de esbozar la historia de la legislación sobre la materia observó que "estas leyes, que generalmente proscriben el aborto o su tentativa en cualquier momento de la gravidez, salvo cuando es necesario preservar la vida de la madre, no tienen origen antiguo ni siquiera del *common law*. En cambio, derivan de cambios legales operados, en su mayor parte, en la última mitad del siglo XIX".

La Corte afirma tres conceptos básicos:

"El Estado tiene un interés legítimo en evaluar que el aborto, como cualquier otro procedimiento médico, es realizado bajo circunstancias que aseguran un máximo de seguridad para el paciente".

"El riesgo para la mujer se acrecienta en tanto su gravidez continúa. En consecuencia, el Estado retiene un interés definido en proteger la salud y seguridad de la mujer cuando el aborto es propuesto en una faz tardía de la gravidez".

"En tanto que por lo menos se halla involucrada vida potencial el Estado puede tener intereses que van más allá de la exclusiva protección de la mujer grávida (subrayado en el original).

Expone que el derecho a la privacidad que la Corte ha reconocido en numerosos fallos "es suficientemente amplio como para comprender la decisión de una mujer de terminar o no su embarazo". No obstante, agrega: "El Estado puede, con propiedad, afirmar importantes intereses en salvaguardar la salud, mantener los estándares médicos y proteger la vida potencial". En consecuencia, "no puede afirmarse que el derecho a la privacidad involucrado sea absoluto".

En consecuencia, la Corte estableció las siguientes conclusiones:

"1. Una ley estadual sobre aborto que exime de criminalidad sólo a las conductas necesarias para salvaguardar la vida de

la madre sin contemplar el estadio de la gravidez ni reconocer los otros intereses involucrados es violatoria de la cláusula del Debido Proceso de la enmienda catorce”.

Diseñó en consecuencia las siguientes pautas constitucionales para la reglamentación estatal del aborto:

“a) En la etapa anterior (a la ‘viabilidad’ del feto) aproximadamente al final del primer trimestre, la decisión sobre éste y su ejecución debe dejarse al criterio médico del facultativo que atiende a la embarazada”.

“b) En la etapa siguiente aproximadamente al final del primer trimestre, el Estado al promover el interés en la salud de la madre, puede si así lo desea, regular el procedimiento del aborto en forma que se relacione aceptablemente con la salud materna”.

“c) En la etapa subsiguiente a la viabilidad, el Estado al promover su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si lo desea, regular o proscribir el aborto, salvo cuando fuere necesario, según opinión médica apropiada para la preservación de la vida de la madre”.

“La decisión —resume— deja a los Estados en libertad para disponer crecientes restricciones cuando el período de gravidez es más largo, en tanto estas restricciones están diseñadas para reconocer intereses estatales. La decisión reivindica el derecho del facultativo para administrar tratamiento médico de acuerdo con su juicio profesional hasta el momento en que importantes intereses estatales provean irrecusable justificación para la intervención de éste. Hasta este punto la decisión sobre el aborto es inherente y primariamente una decisión médica y la responsabilidad básica reside en el médico”.

En el fallo complementario “Doe vs. Bolton” la Corte decidió que “solicitar requisitos médicos suplementarios para que pueda practicarse un aborto, sin consideración del lapso de gravidez, es restringir indebidamente el derecho a la privacidad del paciente”.

### 3. *La resolución de la CIDH.*

En virtud de lo establecido por el artículo 44 del Pacto y 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el presidente de Catholics for Christian Political Action, presentó una petición ante este organismo alegando que las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos violaban el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dado que tuvieron como efecto poner fin a la protección de los niños nonatos y la posibilidad de privarles del derecho a la vida.

En marzo de 1981 la Comisión, por mayoría de seis miembros, luego de realizar un extenso y profundo estudio sobre el significado del artículo I de la Declaración, suscripta por Estados Unidos, y del artículo 4.1. de la Convención, de la cual este país no es parte, resolvió que de dichas decisiones no deriva violación a la Declaración, en virtud de argumentaciones fundadas básicamente en los antecedentes de los artículos I y 4.1. de los documentos interamericanos que he reseñado.

Expuso en consecuencia el voto mayoritario:

a) "Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionantes de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la Conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido este principio".

b) "A la luz de los antecedentes expuestos queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase 'en general desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula 'en general desde el momento de la concepción' son sustan-

cialmente diferentes de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción' que parece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios".

Los dos votos en disidencia, en cambio, fundados en argumentaciones extraídas de investigaciones médicas, interpretaron que la vida comienza en el momento de la concepción y concluyeron en consecuencia que "Las decisiones judiciales de Estados Unidos al terminar la protección jurídica de los niños no nacidos, constituyen una violación del artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"<sup>10</sup>.

La disposición del artículo 4.1. del Pacto de San José involucra uno de los más controvertidos problemas del derecho contemporáneo. De lo expuesto aparece claro que la redacción que en definitiva fue aprobada por la Conferencia es una fórmula de transacción que si bien protege la vida "en general desde el momento de la concepción" reenvía la protección a la legislación interna y deja, en consecuencia, a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento.

No obstante entiendo que la norma puede significar contradicciones no sólo para aquellos países que por diversos motivos permiten el aborto en una amplia gama de circunstancias, sino también para aquellos que en resguardo del derecho a la privacidad y siguiendo una tendencia que se generaliza en el mundo contemporáneo, avanzan hacia una legislación que procure que la decisión de la madre tenga mayor relevancia.

#### 4. *La aplicación de la pena de muerte.*

El artículo 4 después de definir la protección del derecho a la vida y de acuñar el principio procesal de que "nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente", dedica los cinco últimos incisos a la aplicabilidad de la pena de muerte.

<sup>10</sup> O. E. A., *Informe anual de la Comisión interamericana de Derechos Humanos*, 1980-1981. Resolución 23/81. Caso 2141, págs. 30 y siguientes.

En verdad el texto revela una inequívoca tendencia antirepresiva, sea en la implementación o en la aplicación de esta pena. Por una parte dispone que sólo podrá imponerse por los delitos más graves (art. 4.2.) por la otra excluye de modo absoluto su aplicación por delitos políticos (art. 4.4). En lo que se refiere a la persona del convicto, el artículo 4.5 excluye la imposición de la pena capital a quienes en el momento de la comisión del delito tuvieren menos de dieciocho años o más de setenta y a las mujeres en estado de gravedad.

Los dos primeros incisos dedicados a la aplicabilidad de la pena de muerte disponen:

"2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente".

"3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido".

Estos dos incisos subrayan la tendencia abolicionista que es característica del derecho actual. La Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a los párrafos que disponen "tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente" y "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido" expresó:

"No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas a la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esta determinación. En el primer caso —añadió la Corte— se prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, se prohíbe de modo absoluto el restableci-

imiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera que sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable”<sup>11</sup>.

Estas disposiciones significan la ratificación del consenso que existe en la comunidad internacional sobre la conveniencia de restringir la aplicación de la pena de muerte.

En efecto el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expone el mismo principio de que la pena de muerte sólo podrá imponerse por los más graves delitos<sup>12</sup>, añadiendo en su último párrafo “Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital” (art. 6.6).

Los anteproyectos elevados al Consejo en 1959 y 1965 habían hecho recepción de estos principios que quedaron luego plasmados en el proyecto final elaborado por la CIDH. No obstante, las disposiciones referentes a las condiciones y requisitos necesarios para aplicar la pena capital fueron objeto de un amplio debate en la Conferencia.

La delegación del Uruguay —país tradicionalmente abolicionista— había dejado constancia en sus observaciones preliminares de que el contenido del artículo, en cuanto aceptaba la pena de muerte se apartaba de sus convicciones y tradiciones agregando que costaba aceptar un texto que contradecía abiertamente uno de los más caros principios de su ordenamiento interno. Recordó que su Constitución disponía en forma inequívoca que:

<sup>11</sup> Corte interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OCN, 3/83, 1983, pág. 25.

<sup>12</sup> Art. 6.2. “En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de tribunal competente”.

"a nadie se aplicará la pena de muerte" (art. 26). No obstante, juzgó que en el caso lo más viable, ya que no había ambiente para la supresión de la pena capital era intentar el perfeccionamiento de la norma. Propuso en consecuencia, incluir el párrafo, luego aprobado, que dispuso "no se establecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido, ni se extenderá su aplicación a los delitos a los cuales no se la aplique actualmente". El delegado de Honduras propuso como modificación de carácter técnico que se suprimiera la calificación "como castigo" que aparecía en el proyecto de la CIDH, moción que también fue aprobada por mayoría.

La disposición del artículo 4.2. es directamente operativa. Así lo ha decidido la Corte Internacional de Derechos Humanos que, en su opinión consultiva del 8 de setiembre de 1983 afirmó: "La Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y en consecuencia no puede el gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna"<sup>13</sup>.

Comparto el criterio que sostiene que dado que la pena de muerte ha quedado abolida en nuestra legislación penal ordinaria como consecuencia de la derogación por el Congreso de la ley penal de facto 21.388, la observancia del artículo 4.3. del Pacto implica que su restablecimiento le está vedado en lo sucesivo al Estado Argentino<sup>14</sup>.

El numeral 4 del artículo dispone:

"En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos".

A pesar de que existió consenso sobre la conveniencia de que el Pacto tuviera una previsión de este tipo, su discusión motivó un extenso debate y la introducción de reservas en la instancia de la firma del Tratado.

Los anteproyectos de los años 1959 y 1965 y el proyecto

<sup>13</sup> Opinión Consultiva, cit., en nota 11, pág. 33.

<sup>14</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El sistema penal en la convención americana sobre derechos humanos*, Discrepancias n° 3, pág. 31.

final de la CIDH preveían la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos, pero no hacían mención de los conexos.

En el debate en Comisión, el delegado de Estados Unidos recordó que su delegación había solicitado en las observaciones previas la supresión de este párrafo, por creer que el caso de alta traición debía excluirse de la prohibición del artículo. Agregó que si su moción de supresión no lograba apoyo, debería realizarse un esfuerzo para lograr una definición cabal de crimen político, con el fin de que el asesinato de dirigentes políticos no quedara incluido en esa definición.

Los delegados de El Salvador, Honduras, Costa Rica y México coincidieron en que en ningún caso debía aplicarse la pena de muerte a los delitos políticos, aún en el caso que fueran comunes conexos. Dicha posición fue apoyada por el representante de Chile que agregó que debía tenerse en cuenta que se estaba discutiendo una Convención destinada a regir en los países americanos que es donde se producían con más frecuencia ese tipo de delitos. El delegado argentino recordó que nuestra Constitución prohíbe en forma terminante la aplicación de la pena de muerte por causas políticas.

Luego que el delegado de Brasil abogara por la supresión del párrafo, el representante de El Salvador propuso la siguiente redacción que implicaba precisiones en cuanto al concepto de delito político:

“En ningún caso se aplicará la pena de muerte por delitos políticos o comunes conexos”.

“Para los efectos de la presente Convención se entenderán por delitos políticos las infracciones dirigidas contra la organización o el funcionamiento del Estado, así como las dirigidas contra los derechos políticos de los ciudadanos”.

“No serán considerados como políticos los delitos que creen un estado de terror, ni los atentados contra los Jefes de Estado ni aquellos inspirados en fines innobles”.

“La legislación interna de cada Estado determinará, de acuerdo con el anterior criterio general, las distintas especies de delitos políticos”.

Los representantes de Uruguay, Colombia, Argentina, Venezuela y Chile se opusieron a la moción de El Salvador basados principalmente en que se trataba de un texto que los gobiernos no conocían y que obligaría a realizar nuevas consultas para poder tomar en definitiva una decisión.

Brasil, en cambio adhirió a la propuesta, que adoptó como propia, por entender que "constituía un esfuerzo serio destinado a tener mucha repercusión en el campo internacional".

Finalmente se sometió a votación dicha enmienda. El primer párrafo: "En ningún caso se aplicará la pena de muerte por delitos políticos o comunes conexos" fue aprobado y se rechazaron los tres últimos relativos a la definición de delito político<sup>15</sup>. No obstante se decidió enviar copia de la enmienda al Consejo de la O.E.A. para que éste estableciera cuál es el órgano más adecuado para definir el delito político. Este encomendó el estudio al Comité Jurídico Interamericano quién ha elaborado un extenso dictamen sobre el tema<sup>16</sup>.

En ocasión de la firma del Tratado dos estados hicieron reservas sobre el texto, Barbados expuso que "el Gobierno está reservando el tema de la pena de muerte que rara vez es aplicada, pero desea hacer una reserva sobre este punto en tanto que la traición puede, en ciertas circunstancias, ser mirada como una afrenta política que de ese modo caería en la previsión del artículo 4.4".

El Gobierno de Guatemala hizo reserva sobre este artículo fundada en que "la Constitución de la República en su artículo 54, solamente excluye de la pena de muerte a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos".

El inciso 5 del artículo referente al derecho a la vida dispone:

"No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciseis

<sup>15</sup> Conferencia especializada..., cit., en nota 5, pág. 164 y sigtes.

<sup>16</sup> Ver: Demaría Massey de Ferré, María Elena: *El comité jurídico interamericano*, La Ley, 1985, tomo E, pág. 925.

años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

Esta norma que tiene su antecedente en el artículo 6.5 del Pacto Internacional<sup>17</sup> sirvió de argumento para uno de los votos en disidencia de la resolución que he reseñado en el párrafo III. 3., que interpretó que el derecho a la vida debe preservarse desde el momento de la concepción. En efecto, el Dr. Luis TINOCO CASTRO expuso:

“Estos principios científicos y de ética profesional han encontrado también acogida implícita, como era de esperar, en la legislación de la inmensa mayoría de los países del mundo occidental, en los cuales, casi sin excepción, tiene vigencia la norma de que la mujer condenada a sufrir la pena de muerte no debe ser ajusticiada si se encuentra en estado de gravidez, beneficio que no se limita a las que hayan alcanzado la etapa de gravidez avanzada, sino que es extensivo también a las que se encuentran en cualquiera otra del proceso de gestación del niño. Tan excepcional disposición, sólo puede tener explicación si se parte del supuesto jurídico de que un ser humano vive en la matriz de la mujer que habría de ser ajusticiada. . . Es un evidente reconocimiento por las Naciones Unidas y por el derecho vigente en múltiples países, de que un ser humano tiene existencia, vida, durante el período completo del embarazo de la mujer”<sup>18</sup>.

##### 5. Conclusiones.

Con la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nuestro país ha comenzado a salir de un aislamiento internacional en la materia, incompatible con las tradiciones nacionales. Pasos fundamentales constituyen también la ratificación de los Pactos Internacionales sobre

<sup>17</sup> Art. 6.5. “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

<sup>18</sup> Resolución, cit., en nota 10, pág. 55.

Derechos Civiles y Políticos, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La vigencia del Pacto Interamericano ha de tener importancia fundamental en nuestro derecho interno, no sólo como contados a tomar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que él reconoce, sino también porque en el Tratado existen diversas disposiciones que son directamente operativas y en última instancia porque es preciso reconocer operatividad a todas sus normas en el sentido de que constituyen directivas de interpretación para los jueces.

En consecuencia la protección a la vida tal cual ha sido estructurada en la Convención constituye un aporte importante a nuestro derecho interno.

Por una parte, a pesar de la forma genérica en que está redactado el inciso 1º del artículo cuarto, implica elementos de debate para el tema de la eutanasia y nuevos argumentos —refutados por la opinión mayoritaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— para los partidarios de la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo.

La disposición del numeral 2º implica en forma inequívoca la imposibilidad de reimplantar en nuestra legislación la pena de muerte dado que los derechos del artículo 4º no pueden ser suspendidos ni aún durante las situaciones de emergencia a que alude el artículo 27<sup>19</sup>.

Tengo la convicción de que aun cuando los mecanismos internacionales se hallen en un estadio que podemos calificar como embrionario, el respeto de los derechos humanos por vía de su protección internacional constituye un avance sin precedentes en la historia del derecho como hazaña de la libertad.

<sup>19</sup> Art. 27. *Suspensión de Garantías*. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace a la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discrimi-

## SUMMARY

Argentina's ratification of the San José de Costa Rica Treaty and its acknowledgement of the jurisdiction both of the Interamerican Commission and the Interamerican Court of Human Rights highlight the starting point of the country's breaking away from its isolation and returning to a time-honoured tradition on the matter.

Additional fundamental steps in this direction are the ratification of the International Agreements on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights.

The Interamerican Treaty has outlined a life-protection system which is bound to impact heavily on argentine internal law.

The paper focuses on the clauses in the Treaty providing that the right to life shall be protected, in principle, since conception (4.1.) and that "states that have abolished death penalty are not allowed to reinstate it" (4.5.).

As to the former and its implications on the legislative provisions regarding abortion, a summary is made of Resolution 23/81 passed by the Interamerican Commission of Human Rights as a construction of the clause.

As to the latter, the author asserts that it is self-executing. Therefore, since—according to the paper—the derogation by argentine Congress of Criminal Act 21.598, a holdover from the "de facto" regime, meant the abolition of capital punishment, the author asserts that the argentine Legislature is enjoined from reinstating it.

nación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión  
origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos  
terminados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento  
la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la In-  
tegridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9  
principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia  
e Religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al Nombre); 19  
derecho del Niño); 20 (Derecho de la Nacionalidad); y 23 (Derechos  
líticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección  
tales derechos.

DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO.  
UNA APROXIMACION DOCTRINARIA

MÓNICA PINTO \*

“—*Qu' appelez-vous la dignité?*  
—*Le contraire de l'humiliation*”.

André Malraux.  
*La condition humaine* (1933)

Lo que se califica como derecho internacional contemporáneo es un orden normativo que, datando de fines del siglo XVII, ha encontrado nuevos moldes a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Sus bases de sustentación se han ampliado. La sociedad internacional se ha institucionalizado y ha devenido una comunidad. En ella coexisten distintos sujetos con distintas capacidades: Estados, organismos internacionales y también individuos.

Sus propósitos, contenidos en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas —ente que materializa el gran marco institucional dando cabida a una multiplicidad de otros organismos—, son el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la realización de la

\* Profesora de Derecho Internacional Público en la UBA.

cooperación internacional en la solución de los problemas económicos, sociales, humanitarios y en el fomento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminaciones arbitrarias y el brindar foros aptos para el encuentro, la discusión y la negociación de los problemas internacionales.

Ellos señalan los grandes capítulos del derecho internacional contemporáneo al tiempo que traducen una extensión vertical del orden jurídico internacional que se completa con los aportes del avance científico y tecnológico.

Su realización requiere de la observancia generalizada de ciertas conductas cuya expresión normativa posee entidad de principio de derecho internacional.

En este orden de ideas, el principio de la proscripción de la amenaza y del empleo de la fuerza en las relaciones interestatales adquiere el carácter de norma imperativa o de *jus cogens* en razón de expresar el orden público internacional.

Este principio y todo el conjunto de normas jurídicas que son su consecuencia y que proveen a la solución pacífica de las controversias internacionales y al sistema de seguridad colectiva en caso de amenazas a la paz, rupturas de la paz y actos de agresión conforman el derecho internacional de la coexistencia<sup>1</sup>.

Asimismo, la realización de la cooperación internacional se traduce en la creación de una multiplicidad de organizaciones intergubernamentales de vocación universal pero de objetivos restringidos a un área específica de los campos económico y social.

Trátase de un derecho internacional de la cooperación<sup>2</sup> inicialmente enderezado a la recomposición del mundo destruido por la guerra pero que, a poco de andar, debe adaptarse a los cambios contextuales.

Tales cambios son debidos, esencialmente, a la extensión horizontal del derecho internacional provocada por el proceso de descolonización que alcanza su umbral máximo en los años

<sup>1</sup> Wolfgang Friedman, *La nueva estructura del derecho internacional*, (trad. Agustín Bárcena, México: Editorial F. Trillas, 1967), pág. 30.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 79.

60 y que conduce a una cuasitriplicación del número de Estados de la comunidad internacional.

La aplicación estricta de los principios y normas del derecho internacional a estos nuevos Estados genera una disyunción entre las reglas de derecho y la realidad a ser regulada. Sucede que en éste y en otros casos, la fuerza de los acontecimientos supera al derecho a poco de su adopción.

De esta suerte, el principio de la igualdad soberana de los Estados no se compeadece con los resultados de su verificación empírica. Las diferencias entre ellos adquieren el carácter de desigualdades<sup>3</sup>.

A ello coadyuva la incertidumbre sobre la viabilidad económica de varios de los nuevos Estados. Se concientiza que la descolonización no se agota en la ruptura formal del vínculo de subordinación o dominación.

Por otra parte, la interdependencia creciente —lógica consecuencia del marco comunitario— dificulta los emprendimientos individuales convocando al tratamiento internacional de un problema que es responsabilidad primordial del 70 % de la población mundial pero que es patrimonio de todos.

Cuando la "guerra fría" cede paso a la "coexistencia pacífica" se abre el campo para acentuar la cooperación. Se dan reglas de juego de tipo político y normas jurídicas. Los organismos internacionales incrementan su accionar cuantitativa y cualitativamente. Ellos resultan ámbitos propicios para reformular las pautas vigentes con miras a la superación del estado de "atraso" de los nuevos Estados.

En este marco de referencia se inserta un "derecho internacional del desarrollo" cuya aproximación conceptual y doctrinaria intentamos en estas páginas.

<sup>3</sup> El empleo de este término ha provocado por lo menos una crítica —la del profesor P. T. Bauer del London School of Economics and Political Science— en el sentido de que supone un juicio de valor, señala una situación que se considera injusta; en mérito a ello, se postula la voz "diferencia" en razón de su neutralidad. Cf. P. T. Bauer, *Equality, The Third World and Economic Delusion* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981), pág. 10.

## I. FUENTES MATERIALES

### 1. Desarrollo -subdesarrollo

Los conceptos de "desarrollo" y "subdesarrollo" no se entienden sino insertos en el ámbito de las relaciones internacionales. El marco internacional les es connatural toda vez que ellos son tipos resultantes de la aplicación de una serie de variables empíricas o indicadores a una realidad de Estados a la luz de un criterio comparativo.

Los datos del subdesarrollo son múltiples: ingreso nacional medio y niveles de vida bajos, reducido consumo de energía, deficiente desarrollo de la agricultura, industrialización incipiente cuando no ausente, sector comercial hipertrofiado, subordinación económica, estructuras sociales atrasadas, escaso desarrollo de las clases medias, integración nacional débil, importante subempleo, bajo nivel de educación, natalidad elevada<sup>4</sup>.

De esta suerte, desarrollo y subdesarrollo, en tanto que conceptos, se comprenden en un estadio de la comunidad internacional en el que la aproximación interdisciplinaria se perfila como síntoma constante. Ello conduce a una visión amplia que rechaza las lecturas parcializadas del tema que proponen la economía, la sociología, la ciencia política, al mismo tiempo que recepta varias de las notas por ellas señaladas y las combina en una concepción global<sup>5</sup>.

En este orden de ideas entendemos que el subdesarrollo es un proceso histórico original, autónomo, que comienza a percibirse en lo económico pero que irradia en lo social, lo político, lo jurídico.

Es una situación que acusa deficiencias estructurales en la economía, inestabilidad social, dependencia política, margina-

<sup>4</sup> Yves Lacoste, *Los países subdesarrollados* (trad. C. Guerrero., Buenos Aires; Eudeba, 1962).

<sup>5</sup> Jorge A. Lozoya, Jaime Estévez, Rosario Green y otros, *Alternativas para un nuevo orden internacional* (México: Centro de estudios económicos y sociales del Tercer Mundo, 1978), pág. 11.

ción en el proceso de elaboración de la norma jurídica internacional. Sus causas —aún no clarificadas totalmente— radican en una completa inadecuación de las estructuras a la realidad.

La originalidad del subdesarrollo es subrayada por los análisis marxistas que emplazan la cuestión en una perspectiva histórica. En este sentido, André Gunder Frank sustenta como tesis que desarrollo y subdesarrollo son dos productos de un mismo proceso histórico: el capitalismo; esto es que el sistema internacional de relaciones entre Estados ricos y Estados pobres produce y mantiene el subdesarrollo de los últimos <sup>6</sup>.

De la misma idea participa Mohammed Bedjaoui, cuando subraya que la economía mundial se ha organizado en base a relaciones asimétricas entre un centro dominador y una periferia dominada, provocando el desarrollo de los unos en función del subdesarrollo de los otros <sup>7</sup>. Madjid Benchikh también adhiere a este punto de vista expresando que el subdesarrollo es el producto histórico del desarrollo capitalista, en otros términos, el subdesarrollo es el resultado de la transferencia a los países desarrollados de los recursos y de la plusvalía engendradas en los países subdesarrollados <sup>8</sup>. A esta transferencia, Amiya Kumar Bagchi la denomina explotación, y ella constituye, según este autor, una parte integrante de la historia del retraso y del subdesarrollo <sup>9</sup>.

Ello no obstante, las propuestas que se infieren a partir de los análisis marxistas —la necesidad de establecer barreras contra el accionar de los países desarrollados, esto es una suerte de

<sup>6</sup> André Gunder Frank, *The development of underdevelopment*, en *The political economy of development and underdevelopment* (Charles K. Wilber ed., 2ª ed., Nueva York: Random House, Inc., 1978), págs. 103-113, en pág. 107.

<sup>7</sup> Mohammed Bedjaoui, *Hacia un nuevo orden económico internacional*, (París-Salamanca: Eds. Sígueme, 1979), pág. 21.

<sup>8</sup> Madjid Benchikh, *Droit international du sous-développement. Nouvel ordre dans la dépendance* (París: Berger-Levrault, 1983), págs. 97-8.

<sup>9</sup> Amiya Kumar Bagchi, *The Political Economy of Underdevelopment* (Cambridge; Cambridge University Press, 1982), págs. 15, 21.

aislacionismo<sup>10</sup> —no evidencian factibilidad en un mundo en el que la interdependencia es un valor. Por otra parte, como se verá más adelante, la práctica no ha hecho suya esta óptica sino que, por el contrario, basa la posibilidad de “salvación” de los países postergados en una intensificación de la cooperación internacional, operando en ella el tránsito de propósito de la comunidad internacional institucionalizada al de principio del derecho internacional<sup>11</sup>.

Si el diagnóstico y la terapéutica señaladas por los análisis marxistas dan lugar a críticas no sólo en el plano de las ideas sino también en el de los hechos, los análisis basados en otras ideologías no consiguen mejor suerte.

En este contexto, la teoría de las etapas del crecimiento económico, expuesta por Walt Whitman Rostow, y calificada por su autor como “Un Manifiesto No Comunista”, identifica al desarrollo con el crecimiento económico<sup>12</sup> y con los cambios sociales necesariamente vinculados a él. El desarrollo es así concebido como un curso lineal a lo largo del cual marchan todos los Estados.

Señala Rostow que es posible identificar a las sociedades, en sus dimensiones económicas, dentro de una de estas cinco categorías: la sociedad tradicional, las condiciones previas para el impulso inicial, el impulso inicial, la marcha hacia la madurez

<sup>10</sup> Paul Streeten, “Cambios en la concepción del desarrollo”, *Finanzas y Desarrollo*, nº 3, 1977, págs. 14-16 en p. 15.

<sup>11</sup> Cf. A/Res/2625 (XXV), Declaración de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de 14 de octubre de 1970; A/Res/3201 (S-VI) Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, de 1 de mayo de 1974; A/Res/3281 (XXIX), Carta de derechos y deberes económicos de los Estados de 12 de diciembre de 1974; A/Res/3362 (S-VII), Desarrollo y cooperación económica internacional, de 16 de setiembre de 1975; A/Res/35/56, Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, de 5 de diciembre de 1980.

<sup>12</sup> Doctrinariamente, la identificación desarrollo-crecimiento se atribuye a Sir Arthur Lewis, *The Theory of Economic Growth* (1955).

y la era del gran consumo en masa<sup>13</sup>. Estas etapas, continúa el autor, poseen continuidad y lógica internas y tienen un fundamento analítico arraigado en una teoría dinámica de la producción<sup>14</sup>.

Consecuentemente el análisis apunta a restricciones u obstáculos cuya eliminación dejaría en libertad las fuerzas naturales que impulsan el movimiento continuado hacia ingresos siempre crecientes<sup>15</sup>.

Esta visión resulta de alguna manera codificada en el informe de la Comisión Pearson sobre Desarrollo Internacional, presentada al Banco Mundial hacia fines de la década del '60<sup>16</sup>.

Parece obvio que la teoría de las etapas del crecimiento económico no da lugar a opciones, sustenta como único modelo válido el que proporcionan los hoy países desarrollados y lo eleva a la categoría de paradigma en su proceso y su resultado. Trátase simplemente de reproducir esquemas: los países subdesarrollados deben franquear las mismas etapas que en su momento transitaban los países desarrollados.

Cabe señalar que esta teoría no computa la entidad del contexto y en ese hacer olvida que el marco en el cual se insertó el desarrollo de los países industrializados ya ha sido superado. En rigor, el desarrollo de estos países se ha dado por la convergencia de factores y la acción conjunta, y muy bien aprovechada, de una serie de circunstancias interiores y exteriores de carácter excepcional. De ello se sigue que proponer la reiteración del proceso histórico cumplido por los países del Norte no asegure ningún éxito; por otra parte, tampoco se sabe si es factible.

En última instancia debe reconocerse que desarrollo y subdesarrollo son dos universos mentales separados<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Walt Whitman Rostow, *Las etapas del crecimiento económico. Un manifiesto no comunista* (3ª ed., México: F.C.E., 1965), pág. 16.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 25.

<sup>15</sup> *Supra* 10, págs. 14-15.

<sup>16</sup> Lester B. Pearson, *Partners in development. Report of the Commission on International development* (Nueva York, Praeger Publishers, 1969).

<sup>17</sup> Tibor Mende, *De l'aide à la récolonisation* (París: Editions du Seuil, 1975), pág. 15.

Pese a la discrepancia doctrinaria, o gracias a ella, la constatación del abismo que separa a ambos grupos, agudizada por la conducta de quienes padecen el subdesarrollo, ha plasmado en la "ideología del desarrollo".

## 2. *La ideología del desarrollo*

"Toda teoría del desarrollo del mundo o de partes de él, parte inevitablemente de una suposición sobre los objetivos de la humanidad, de una imagen del mundo y de una hipótesis sobre las propiedades de los seres humanos"<sup>18</sup>.

Desde fines de la segunda postguerra, la coexistencia estatal se ha dado en definir como "comunidad internacional", poniéndose así de manifiesto la existencia de objetivos comunes y de pautas de conducta mutuamente aceptables. En este contexto no cabe la perpetuación de esquemas de desigualdad sin sacrificio de la comunidad.

El propósito institucional de la igualdad entre las naciones grandes y pequeñas<sup>19</sup>, ponderado en un medio ostensiblemente inverso y administrado por la urgencia de quienes se sienten pequeños, ha motivado la ideología del desarrollo.

Trátase de una ideología compartida por los miembros de la comunidad internacional. Ella admite diferencias de grado, de filiación política y de medios a punto tal que, como señala Ralph Zacklin, puede encontrarse expresada de diversa manera pero con igual contenido final en los discursos del Papa Juan Pablo II y de Fidel Castro<sup>20</sup>.

El sustrato fundante de esta ideología es un juicio de valor: el subdesarrollo no es una situación ética. Siendo ello así, es im-

<sup>18</sup> Carlos A. Mallmann, *Calidad de vida y desarrollo* (Santiago de Chile: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1977), pág. 38.

<sup>19</sup> *Carta de las Naciones Unidas*, preámbulo, § 2.

<sup>20</sup> R. Zacklin, "The right to development at the international Level: Some Reflections on its Sources. Content and Formulation" en Colloque de l'Academie de Droit International de La Haye, 16-18 octobre 1979, *Le droit au développement au plan international* (Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980), págs. 115-120, pág. 115.

perativo cambiar la ética de las relaciones internacionales que hoy permiten el subdesarrollo.

Ética, moral, dignidad, son nociones proyectadas a primer plano en todos los escritos y documentos del desarrollo con independencia de su extracción.

De esta suerte, por ejemplo, el secretario adjunto para Asuntos Interamericanos del gobierno de los Estados Unidos, testimoniando ante la Cámara de Representantes de su país, en febrero de 1984, respecto de la política en Centroamérica, testificó al subdesarrollo de "inmoral"<sup>21</sup>. Joseph Gold, uno de los más ilustres juristas del Fondo Monetario Internacional, compara la filosofía y los preceptos de la segunda enmienda del convenio constitutivo del Fondo con principios éticos<sup>22</sup>. François Perroux suscribe la imperiosa necesidad de una "moral económica internacional"<sup>23</sup>. En el marco de las relaciones Norte-Sur, el informe Brandt subraya la urgencia de la creación de "valores morales universales"<sup>24</sup>. Tibor Mende sugiere, en el mismo contexto, el nacimiento de una "nueva forma de tolerancia"<sup>25</sup>. Los instrumentos del nuevo orden económico internacional alu-

<sup>21</sup> *La propuesta de Estados Unidos para la paz, la democracia y el desarrollo en Centroamérica* (Texto del testimonio ofrecido por el Secretario de Estado Adjunto para Asuntos Interamericanos, Langhorne A. Motley, ante la Subcomisión de Asuntos del Hemisferio Occidental, de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes, en febrero de 1984), Servicio Cultural e Informativo de los Estados Unidos de América, 04/84, marzo de 1984.

<sup>22</sup> Joseph Gold, 'A report on certain recent legal developments in the I.M.F.', 9 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, pág. 231.

<sup>23</sup> F. Perroux, 'Los derechos y deberes económicos de los Estados en el ámbito financiero y monetario' en *Justicia económica internacional* (obra colectiva, México: F.C.E., 1976), págs. 192-207. Nosotros mismos hemos suscripto esta idea en un trabajo conjunto con Rubén Segal, 'Inviabilidad del cobro compulsivo de deudas de un Estado por otro y la Moral económica internacional', *La Ley*, 28 de agosto de 1984, págs. 1-3.

<sup>24</sup> *Diálogo Norte-Sur. Informe de la Comisión Brandt/Comisión Independiente sobre Problemas Internacionales del Desarrollo* (tr. José López Caro y Friedrich Welsch, México D.F.: Edit. Nueva Imagen, 1981).

<sup>25</sup> *Supra* 17, pág. 30.

den al principio de "dignidad"<sup>26</sup>, hasta ahora ausente en los escritos de las organizaciones internacionales, excepción hecha de los referidos a los Derechos Humanos.

Esta interrelación moral-derecho no es inscribe necesariamente en el jusnaturalismo sino que traduce la recuperación de valores inherentes a una ética universal que resultan imprescindibles para sustentar la idea de comunidad internacional tal como se ha venido dando desde fines de la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, como expone Madjid Benchikh<sup>27</sup>, la ausencia de una dimensión histórica en todos los estudios y análisis del desarrollo/subdesarrollo ha catapultado al argumento ético a la vanguardia, logrando por ello la adhesión de los países desarrollados.

Ningún Estado —desarrollado o subdesarrollado— niega hoy la entidad del subdesarrollo. Ningún Estado —desarrollado o subdesarrollado— se sustrae a la calificación del subdesarrollo como valor negativo. Ningún Estado —desarrollado o subdesarrollado— objeta el derecho de todo Estado (subdesarrollado) al desarrollo, aunque su conducta global o sus acciones específicas no se traduzcan en la satisfacción de obligaciones de hacer para la consecución de tal fin. El discurso del desarrollo ya integra el derecho internacional.

En este orden de ideas se inscriben los variados, y a veces distantes, informes y estudios tendientes a esclarecer posiciones para coadyuvar a la superación del subdesarrollo. En ese hacer buscan reformular globalmente las relaciones económicas y políticas internacionales. Su común denominador es la concepción del desarrollo como un problema global<sup>28</sup>.

La mayoría de estos informes es producto de las comunidades académica y política de los países desarrollados. Sin embar

<sup>26</sup> A/Res/3202 (S-VI), Programa de Acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, de 1º de mayo de 1974, Introducción, § 2: "sobre la base de los principios de la dignidad y la igualdad soberana".

<sup>27</sup> *Supra* 8, pág. 100 y sigtes.

<sup>28</sup> *Supra* 5, pp. 11-48.

no, su elaboración no habría encontrado motivación suficiente si los nuevos Estados no se hubieran erigido en el motor de esta ideología del desarrollo.

Conscientes de que la superación del subdesarrollo es su responsabilidad primordial pero también de que ello sólo puede darse en un contexto adecuado, la conducta de los nuevos Estados ante el orden jurídico internacional abre el camino a un derecho contemplativo del desarrollo global en el que las solidaridades se sindicalizan.

### 3. Los "nuevos" Estados

Señala Richard Falk<sup>29</sup>, que lo que el léxico jurídico-político internacional síndica como "nuevos" Estados son las ex colonias accedidas a la calidad de Estado en el proceso de descolonización de los años 60. Trátase de entes que se caracterizan por su bajo nivel de desarrollo económico, su adhesión a los principios del Movimiento de No Alineados, su actitud crítica frente al derecho internacional y su tendencia a la revisión del orden internacional.

Heterogeneidad es, probablemente, otra propiedad común de los nuevos Estados. Sus orígenes, valores, culturas, son heterogéneos; consecuentemente, al insertarse en la comunidad internacional no sólo la universalizan sino que también le trasladan la heterogeneidad.

Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera suponerse, la heterogeneidad es también la fuente de su fuerza y de su cohesión<sup>30</sup>.

Estos países son también denominados "Tercer Mundo". Es ésta una expresión de la guerra fría que distingue a los países en desarrollo tanto del "Primer Mundo", integrado por los países

<sup>29</sup> R. A. Falk, "The New States and International Legal Order", 118 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1966, págs. 1-103, en págs. 10-11.

<sup>30</sup> Karl P. Sauvart, *The Group of 77. Evolution, Structure, Organization* (New York: Oceana Publications, 1981), p. X.

industrializados no comunistas, como del "Segundo Mundo", compuesto por los países comunistas<sup>31</sup>.

La terminología "tercer mundo", empleada por primera vez por Alfred Sauvy en 1955, refiere un concepto geopolítico basado a la vez en la pertenencia a una zona geográfica, el hemisferio sur; a un período histórico, la colonización, y a una situación económica, el subdesarrollo<sup>32</sup>.

De esta suerte, el Tercer Mundo agrupa primordialmente a los nuevos Estados y también a las naciones accedidas a la independencia en el proceso de emancipación del siglo XIX, que son consideradas subdesarrolladas.

Como resultado de la emancipación, estos "nuevos" Estados quedan inmersos en un mundo jurídico en cuya elaboración no participaron. Pese a que en materia de tratados la práctica ha convertido en norma positiva el principio de la tabla rasa<sup>33</sup>, ello no rige respecto de la costumbre internacional.

En principio, todo nuevo Estado goza de la posibilidad de objetar todo el derecho consuetudinario que se le ofrece, más ello se inscribe en el campo de la teoría ya que, de proceder así, carecería de pautas comunes para comunicarse, relacionarse con otros Estados.

Usualmente uno de los primeros actos de gobierno de los Estados recientemente accedidos a la independencia es solicitar su admisión como miembro a las Naciones Unidas. Ello implica obligarse por la Carta de la organización y, al mismo tiempo, por el "derecho de la Carta", esto es por las normas del derecho in-

<sup>31</sup> C. Fred Bergsten, *La economía internacional y la política mundial en la era de posguerra*, en *Política Económica Exterior de los Países Desarrollados* (W. L. Kohl comp., tr. M. Prelocker, Buenos Aires: Troquel, 1979), págs. 21-46, pág. 22.

<sup>32</sup> *Supra* 7, pág. 23.

<sup>33</sup> En virtud del principio de la tabla rasa, ningún Estado de reciente independencia está obligado a mantener en vigor o a pasar a ser parte de los tratados celebrados por el Estado predecesor (metrópolis) en relación a lo que es su territorio, con la excepción de los tratados reales o localizados. Cf. *Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados*, Viena 1978, A/CONF. 80/31, art. 16, 11, 12.

ternacional incorporadas en la Carta tal como han sido desarrolladas a través de los actos de los órganos.

El "Derecho de la Carta" ha crecido cuantitativa y cualitativamente en los últimos veinticinco años. Algunas de las razones que confluyen para explicar este fenómeno radican en la actitud asumida por los nuevos Estados *vis-à-vis* del derecho internacional<sup>34</sup>.

Señala Falk que estos Estados han transitado por una etapa de repudio ideológico para arribar a otra de manipulación pragmática del derecho internacional<sup>35</sup>.

La primera consiste en considerar al derecho internacional como un derecho extranjero o creado por otros, y un derecho nefasto o creado para otros<sup>36</sup>. Este repudio no es global sino selectivo<sup>37</sup>. No es la totalidad del ordenamiento la que se repudia, sino sólo aquellas normas, principios e instituciones que se consideran atentatorios o lesivos de las incipientes soberanías estatales.

El paso inmediato posterior —el de la manipulación pragmática— consiste en la adecuación del derecho internacional a la nueva realidad de una comunidad internacional universal y heterogénea, en la que coexisten Estados con distintos niveles de desarrollo económico, de poder político y de participación en el proceso de elaboración de la norma jurídica internacional<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Mónica Pinto, "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU)", *Boletín del Museo Social Argentino*, N° 379, 1980, págs. 115-138.

<sup>35</sup> *Supra* 29, pág. 17.

<sup>36</sup> Guy Ladreit de Lacharrière, 'L'influence de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international', 139 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1973, págs. 227-268, pág. 243.

<sup>37</sup> Francisco García Amador, conferencia pronunciada en el VIII Curso de Derecho Internacional de la O. E. A., Río de Janeiro, agosto 1981.

<sup>38</sup> 'Ce qui importe, c'est de passer du formalisme juridique et de son abstraction à l'analyse concrète des situations de manière à faire apparaître les règles nécessaires à la solution des problèmes internationaux les plus ur-

En este hacer, la conducta de los nuevos Estados se ha constituido en el gestor de una nueva concepción: el derecho internacional del desarrollo.

## II. PRECISIONES FORMALES

### 1. *Ensayo de definición*

Admitiendo que el derecho no es efectivo sino cuando percibe la realidad que debe regular<sup>39</sup>, el derecho internacional del desarrollo no puede ser sino la consecuencia necesaria del estado de la comunidad internacional en esta segunda mitad del siglo xx, más precisamente en los últimos veinticinco años.

El Derecho Internacional del Desarrollo es la versión presente —y, por ende, necesariamente incompleta, imperfecta— del ordenamiento jurídico internacional surgido de la segunda postguerra.

Es una nueva concepción del orden jurídico internacional contemporáneo que emana de la constatación de la desigualdad de desarrollo de los Estados. Encuentra fundamento en la existencia de una *conscientia juris* que gravita en favor del desarrollo de los países subdesarrollados económica, social y políticamente que, en última instancia, debe conducir a relaciones internacionales más democráticas y, en sustancia, más igualitarias que las hasta ahora imperantes.

Trátase, pues, de la totalidad del derecho internacional interpretado y aplicado a la luz de la meta del desarrollo.

El Derecho Internacional del Desarrollo normativiza la po-

---

gents, qu'il s'agisse de la paix ou du développement', Cf. J. P. Colin, D. Rosenberg, P. Tavernier, 'Les Etats nouveaux et l'évolution du droit international', *Annuaire du Tiers Monde*, 1976, págs. 588-614 en pág. 58.

<sup>39</sup> "Tout corps de règles juridiques doit se modéler sur la société humaine qu'il est appelé à régir; c'est là une condition de sa durée et de son développement". Cf. Louis Cavaré, *Le droit international public positif* (París: Pédone, 1967), tomo I, pág. 7.

ltica del Nuevo Orden Económico Internacional. Este, al decir de Georges Abi Saab<sup>40</sup>, consiste en un cúmulo de objetivos económicos y medidas de política y su objetivo es servir de modelo —lo que los franceses llaman *projet de société*— a la comunidad internacional. Modelo en el que subyace una ideología de desarrollo.

La consecución del desarrollo como fenómeno global requiere de un marco jurídico que permita superar las desigualdades de los Estados con un sentido de justicia y equidad. Es por ello que de la revisión del ordenamiento jurídico internacional a la luz del propósito del desarrollo no resulta una ruptura sino una reformulación del derecho vigente de conformidad con los cambios contextuales.

En este orden de ideas, resulta desde ya adecuada la referencia a un “nuevo orden jurídico internacional”, aunque sólo sea en la medida en que lo que se califique como nuevo sean los eventuales nuevos contenidos de las normas redefinidas.

Ello anticipa el hecho de que de verificarse la paulatina concreción del desarrollo, instrumentada a través del derecho, habrá de producirse una modificación de los esquemas y estructuras de poder que, sin duda, requerirá una cobertura jurídica que, de seguro, ha de ser conceptuada con toda propiedad como nuevo orden jurídico internacional.

Entre tanto, el orden jurídico existente está permitiendo la pausada consolidación de una nueva interpretación generalizada que, atento a la meta que persigue, es identificada como Derecho Internacional del Desarrollo.

## 2. Caracteres.

Este enfoque del derecho internacional que es el Derecho Internacional del desarrollo presenta ciertos rasgos que le son propios.

<sup>40</sup> Desarrollo Progresivo de los Principios y Normas del Derecho Internacional Relativos al Nuevo Orden Económico Internacional, A/39/504/Add. 1 § 2-4, pág. 24.

Trátase de una concepción *finalista*<sup>41</sup>. Es el derecho al servicio de un proyecto: el desarrollo<sup>42</sup>. Ello comporta la preeminencia del método teleológico de interpretación.

Sólo la constante presencia de la finalidad perseguida permite superar las aparentes antinomias que este enfoque cobija. En este sentido, Charles Chaumont<sup>43</sup> apunta la contradicción existente entre la reivindicación de la vigencia real del principio de la igualdad soberana de los Estados y la reclamación de un trato especial en favor de los países en desarrollo. De alguna forma, la antinomia sólo es aparente.

La igualdad soberana de los Estados es un principio formalmente vigente pero de dudosa efectividad. La concesión de un trato más favorable a los países subdesarrollados permitiría efectivizar el principio de la igualdad.

De esta suerte, el Derecho Internacional del Desarrollo sería también *discriminatorio* y en ese hacer se propondría ser *corrector de la desigualdad entre los Estados*. Estas razones conducen a sostener que sería asimismo un *enfoque de transición*, esto es destinado a regir tanto como subsista la situación que se propone corregir.

El Derecho Internacional de Desarrollo es *altamente politizado*; su objetivo es político: el desarrollo como concepto global, depende de decisiones políticas —no sólo de los Estados subdesarrollados sino también de los industrializados—, se negocia y se elabora políticamente. Si bien la politicidad es una característica usualmente presente en el campo jurídico, en esta área lo es más. Aquí la politicidad es ostensible, no se esconde. Las decisiones políticas de los países en desarrollo convergen en el Movimiento de Países No Alineados, las de los países desarrollados se manifiestan en las “cumbres económicas”. El diálogo, en más de una

<sup>41</sup> Esta terminología corresponde al profesor Claude-Albert Colliard.

<sup>42</sup> Maurice Flory, *Droit international du développement* (París: P.U.F., Coll. Themis/Droit, 1977), pág. 12.

<sup>43</sup> Charles Chaumont, ‘Cours général de droit international public’, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1970, pág. 396.

ocasión, se transforma en dos monólogos. La superación del *impasse* requiere de foros amplios. Ello marca también la presencia del escenario internacional que usualmente acompaña al derecho internacional del Desarrollo.

Por razones políticas, los organismos internacionales son puntuales en estos temas. Ellos facilitan la intervención de todos los Estados en el debate y la adopción de políticas y normas. De esta forma, es posible afirmar que el derecho internacional del desarrollo es *participativo, privilegia la concertación grupal y el consenso universal*.

En lo que respecta a sus facetas más técnicas, cabe señalar que lo que denominamos Derecho Internacional del Desarrollo *no es una rama ni un capítulo del Derecho Internacional* ya que carece de autonomía científica y no se circunscribe a un solo sector de las relaciones internacionales sino que las concierne en su totalidad.

*No es revolucionario* porque no persigue la caída del esquema jurídico vigente, sino *revisionista*, en la medida en que redefine los conceptos e institutos del derecho internacional clásico, dotándolos de un contenido material actualizado a la luz de las estructuras vigentes. En ese hacer se verifica fundamentalmente como *innovador de contenidos* y, en menor medida, como creador de normas.

Es un *enfoque pragmático y particularista* que tiene en cuenta la situación real de los Estados.

Finalmente, y en ello coincide la mayoría de la literatura disponible, es un *enfoque moralizante* en tanto y en cuanto se apoya en los conceptos de equidad, solidaridad y tolerancia y contribuye a la paz<sup>44</sup>.

### 3. Técnicas.

El Derecho Internacional del Desarrollo es, pues, una concepción del ordenamiento jurídico internacional que consagra una

<sup>44</sup> La expresión del Papa Paulo VI —'El desarrollo es el nuevo nombre de la paz'— es ampliamente ilustrativa de esta idea.

serie de modificaciones y derogaciones transitorias a ciertos principios clásicos a los fines de permitir la superación del subdesarrollo de los países que se encuentran en tal situación.

El subdesarrollo masivo torna virtualmente ilegítimo el mantenimiento de ciertas pautas de conducta consolidadas en el derecho internacional clásico. Por ello y con miras a la efectividad del principio de la igualdad soberana de los Estados, este enfoque cristaliza un *principio de desigualdad compensadora* en favor de los países subdesarrollados.

La vigencia de este principio no comporta descalificar jurídicamente las normas vigentes. En el ámbito del derecho, y más específicamente del Derecho Internacional, la práctica demuestra cómo la aplicación de principios y normas en sí mismos equitativos puede producir resultados inequitativos en razón de que establecen relaciones de igualdad con respecto a desigualdades de hecho <sup>45</sup>.

La forma de llevar a la práctica la idea de nivelar las desigualdades estatales con miras al desarrollo, es lo que la doctrina de inspiración francesa denomina el *sistema de la "dualidad de normas"*. Esto es que la norma positiva que rige las relaciones interestadales en una determinada situación reconoce excepciones o derogaciones en función del grado de desarrollo de las partes.

De esta suerte, por ejemplo, si las relaciones comerciales internacionales se basan —según el derecho internacional clásico instrumentado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) <sup>46</sup>— en los principios de reciprocidad y no discriminación, tales principios sólo rigen cuando los sujetos son dos o más países desarrollados o dos o más países en desarrollo que revistan en la misma categoría. Esto es que los principios se aplican en relaciones entre Estados con niveles de desa-

<sup>45</sup> CIJ Recueil 1969, pág. 46; Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic on the Delimitation of the Continental Shelf, Decision of 30 June 1977, 18 *International Legal Materials*, 2-1979, p. 397, § 65.

<sup>46</sup> 55 UNTS N° 814, pág. 187.

rollo similares. Si, por el contrario, la relación vincula a uno o más países en desarrollo y uno o más países industrializados o a uno o más países en desarrollo y a uno o más países de menor desarrollo relativo o países en desarrollo sin litoral, la norma vigente consagra una derogación de estos principios debida a las desigualdades de desarrollo de las partes.

El sistema de la dualidad de normas es una prueba acabada de que el enfoque que supone el Derecho Internacional de Desarrollo es finalista, discriminatorio, corrector de la desigualdad, de transición y particularista.

#### 4. *Proceso de elaboración.*

Referirse a las "fuentes" del derecho internacional del desarrollo supone admitir la existencia de un sistema de normas jurídicas positivas particularizadas, lo que no resulta coherente con nuestra previa afirmación de que el Derecho Internacional del Desarrollo es sólo una nueva concepción del derecho internacional clásico y, por ende, carente de autonomía científica.

En este orden de ideas, y contrariamente a lo asumido por una parte de la doctrina<sup>47</sup>, cabría afirmar que, prima facie, las fuentes del Derecho Internacional del Desarrollo son las fuentes del derecho internacional, ya que de él se trata.

Ello no obstante, ha lugar señalar que no todas las fuentes principales<sup>48</sup> juegan aquí idéntico rol.

La reticencia de los países desarrollados en concertar compromisos jurídicamente vinculantes por escrito —esto es obligarse a través de tratados— a los fines de consagrar la desigualdad compensadora conduce a la revalorización de la costumbre como proceso y medio idóneo para adaptar el derecho a los cambios contextuales.

En el proceso de revisión del derecho internacional —o de "manipulación pragmática" según lo conceptúa Richard Falk—

<sup>47</sup> *Supra* 7, pág. 113 y sigtes.

<sup>48</sup> Según el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes principales del derecho internacional son: los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho.

llevado a cabo por los "nuevos" Estados, la costumbre se verifica como el modo válido de consagrar norma positiva derogatoria o modificatoria de la vigente.

Sin embargo, debe señalarse que la costumbre de que se trata —*coutume sauvage, révisionniste ou révolutionnaire*, según la terminología de René-Jean Dupuy<sup>49</sup>— se elabora a partir de la conjunción de los dos elementos constitutivos originales pero cuya aparición resulta invertida respecto de lo que sucede usualmente con la norma consuetudinaria en el derecho clásico: la conciencia de obligatoriedad u *opinio juris sive necessitatis* precede a la práctica estatal. Esta antelación de la conciencia respecto del hecho se encuentra en el seno mismo de la costumbre revolucionaria.

Esta característica de la costumbre requiere de un vehículo apto para lograr la *opinio juris*. El vehículo usual son las resoluciones de los organismos internacionales, esencialmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Junta de Comercio y Desarrollo y de la Conferencia de la UNCTAD (Comercio y Desarrollo) y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

Mucho se ha escrito acerca del valor jurídico de estos instrumentos. Políticamente las posiciones son francamente divergentes, jurídicamente no lo son tanto. Las resoluciones de las organizaciones internacionales relativas al desarrollo tienen carácter vinculante en las mismas condiciones en que resulta obligatoria cualquier resolución que no se refiera al derecho interno de la organización. Trátase, pues, de que la resolución comprenda alguna de las fuentes del derecho internacional. En la generalidad de los casos, el valor jurídico obligatorio emana de la costumbre internacional allí cristalizada.

Prestigiosos doctrinarios se han ocupado del efecto multiplicador de las resoluciones sobre un mismo tema en el proceso de elaboración de la norma consuetudinaria internacional<sup>50</sup>. En

<sup>49</sup> René-Jean Dupuy, 'Droit déclaratoire et droit programmatore. De la coutume sauvage à la soft law' en Colloque de la Société Française pour le droit international, Toulouse 1974, *L'élaboration du droit international public* (dactilografiado), pág. 4.

<sup>50</sup> Rosalyn Higgins, *The Development of International Law Through*

el campo del desarrollo, los esquemas se reiteran. Lo cierto es que, aún cuando no se asigne valor compromisorio a los instrumentos del Nuevo Orden Económico Internacional, el orden existente ya no tiene la misma solidez de otrora: se encuentra cuestionado y, en algunos de sus segmentos, suspendido en su aplicación. Probablemente por ello, aún cuando se afirme que existe una *opinio juris* respecto de la necesidad de un Nuevo Orden Económico Internacional, debe reconocerse que la prolijidad del análisis jurídico requiere desglosar los distintos enunciados de cada texto y evaluarlos individualmente a la luz de las pautas usuales para reconocer la existencia de las normas de derecho.

La consagración de la *opinio juris* ha motivado también la búsqueda de nuevos modos o técnicas de adopción de decisiones. Lo inconducente del empleo de la "mayoría automática" de los países en desarrollo en los foros internacionales, ha privilegiado el consenso. La falta de efectividad evidenciada respecto de los principios adoptados en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, celebrada en 1964<sup>51</sup>, condujo a la búsqueda de un mecanismo que permitiera comprender a todas las partes.

El consenso —en el derecho internacional del desarrollo— no es sólo la ausencia de objeción sino también la ausencia de abstención<sup>52</sup>.

Este imperativo que consiste en que todos los grupos de países participen se explica no sólo jurídicamente sino también desde el prisma político por la tendencia a la universalidad de este enfoque situacionista: lograr la aceptación planetaria de una óptica que, como Ortega y Gasset, considera a cada Estado en su circunstancia. Para ello resulta imprescindible concertar intere-

---

*the Political Organs of the UN* (London: Oxford University Press, 1963).

<sup>51</sup> Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 23 de marzo a 16 de junio de 1964, E/CONF. 46/141, volumen I.

<sup>52</sup> *Supra* 42, pág. 72.

ses intra e intergrupales, lo que conduce a revalorizar la negociación grupal y a privilegiar el consenso universal.

En el estado actual del derecho y las relaciones internacionales, no se ve otra posibilidad de lograr un nuevo orden económico internacional por una vía distinta de la negociación.

### III *Conclusión.*

Lo que, en consecuencia con la doctrina generalizada, hemos denominado Derecho Internacional del Desarrollo no es sino una moderna y necesaria interpretación del orden jurídico que rige las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, efectuada a la luz de una meta que se valora positivamente y que se considera paradigmática en los esquemas actuales: el desarrollo como concepto global.

Esta nueva óptica —surgida de la diferencia primero y del abismo luego entre los niveles de vida, políticos, económicos, culturales y jurídicos existentes entre una minoría de Estados y la inmensa mayoría de los demás Estados— comporta la consagración de modificaciones o derogaciones transitorias de las normas vigentes a los fines de hacer realidad el principio de la igualdad de los Estados en la comunidad internacional.

En este orden de ideas, el rol del derecho se verifica en la normativización de políticas que traducen los intereses en juego en un espacio y tiempo determinados. La justicia ínsita en la norma también es función de coordenadas de tiempo y espacio. La regla de derecho queda así legitimada por la conducta expresa o tácita de los Estados. Mas la autonomía de la voluntad conoce su fin una vez que la conducta estadual generalizada y uniforme se objetiviza en la norma.

El subdesarrollo ha operado un cambio fundamental en las circunstancias vigentes en el momento en que se elaboró el Derecho Internacional contemporáneo que torna virtualmente imposible el mantenimiento de las condiciones mayoritariamente consentidas en ese momento. Esta situación de subdesarrollo es reconocida por la comunidad internacional, que la valora negativamente y con ello da lugar al derecho internacional del desarrollo,

De esta suerte, el orden jurídico internacional está asistiendo al nacimiento de un derecho al desarrollo, *conditio sine qua non* del Derecho Internacional del Desarrollo.

Sin perjuicio de su inserción en la órbita de los derechos humanos como un derecho de "tercera generación", el derecho de todo Estado al desarrollo es uno de los corolarios de la soberanía estadual, en su doble condición de derecho y deber.

Así las cosas, aun cuando el derecho-deber de todo Estado (subdesarrollado) al desarrollo no evolucione hacia su consolidación paralelamente al deber de todo Estado (desarrollado) de cooperar activamente a los fines del desarrollo de los subdesarrollados, el mentado derecho al desarrollo se corresponde con la obligación de todos los Estados de no obstaculizar su ejercicio.

La consagración normativa del derecho al desarrollo de los Estados no desarrollados, de la obligación de abstención de los Estados desarrollados y la creación de un marco adecuado para que la voluntad política incline este deber hacia una positiva obligación de actuar efectivamente para la erradicación del subdesarrollo, quedan comprendidos en el Derecho Internacional del Desarrollo.

#### SUMMARY

*International Law of Development finds its place within the framework of contemporary International Law superseding the dichotomy between International Law of co-existence and International Law of co-operation.*

*First, the article deals with its material sources. The need for an interdisciplinary approach is underlined when the author expresses her conviction that development is a global conception. Therefore, underdevelopment is characterized as an original historical process, a situation resulting in structural deficiencies in the economy, social instability, political dependence and marginalization in the international law-making process.*

*Notwithstanding the existence of different opinions as to the notions of development and underdevelopment, the worldwide spread of the ideology of development is supported by the author. Its acceptance is due primarily to the new State's attitude towards the international legal order. The ideological repudiation they aroused was gradually replaced by a pragmatic manipulation that led to International Law of Development.*

International Law of Development is defined as a new conception of contemporary International Law resulting from the inequalities among States. It is based on the existence of a "conscientia juris" which favours the development of the economically, socially and politically underdeveloped States and which should lead to more democratic and equalitarian international relations.

The paper reviews the features of International Law of Development and its techniques. Concerning the law-making process, as it is not an autonomous branch of International Law but only a new conception, there is no room to discuss new sources. Nevertheless, not all the traditional sources are equally suitable to achieve the goal of development. The inversion of the constitutive elements of the customary rule, the role of consensus and negotiation are commented.

Finally, the author points out that a "right to development" —a "conditio sine qua non" for International Law of Development— is in "status nascendi".

## “TOLERANCIA” Y DERECHOS INDIVIDUALES \*

JAIME MALAMUD GOTI \*\*

### I

El principio de autonomía de las personas aparece consagrado por una cantidad considerable de sistemas institucionales. Un gran número de constituciones adhieren a las posiciones que defienden la autonomía de las personas esto es, el respeto por sus planes individuales.

Las legislaciones a que me refiero coinciden en lo concerniente a los derechos individuales con las posiciones filosóficas que justifican la coerción estatal en la medida en que esta sea utilizada para proteger los derechos de las personas. El trabajo de Rawls<sup>1</sup> publicado al principio de los años 70, consiste en un ataque a las posiciones agregativas como el utilitarismo en especial. Para este último debe perseguirse el bienestar general como valor supremo, frente al cual los individuos aparecen indiferenciados. Se trata de maximizar la suma de felicidad de los integrantes de una comunidad. En cambio, para la tesis de los derechos

\* Quiero agradecer la paciencia e interés de Mirna Goransky. La paciencia le permitió aguantar con estoicismo la ansiedad del autor; el interés fue la causa de que el trabajo fuese mejorado desde su versión original.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> A Theory of justice, Harvard University Press, 1971.

individuales la justicia constituye un bien autónomo, estrechamente vinculado a las libertades individuales.

El ataque al utilitarismo reposa en la idea de que el menoscabo o restricción de los derechos de una persona no son susceptibles de ser compensados con la felicidad de otra. Las personas son esencialmente separables en cuanto a sus experiencias de modo tal que los perjuicios ocasionados a unos no son compensables con los beneficios que, en consecuencia, pueden obtener otros.

La idea conforme a la cual los planes de vida de los individuos no deben ser limitados excepto cuando interfieren con los planes de vida de terceros se opone al perfeccionamiento ético y al holismo.

Según la concepción perfeccionista el estado tiene competencia para aplicar la coerción respecto de quienes se apartan de ciertos ideales de excelencia que el gobierno homologa. De esta forma, el estado ejerce su poder con prescindencia de que algunos actos trasciendan la esfera individual; el punto central finca en que hay determinados modelos de vida que todos deben perseguir.

Si bien no pretendo explayarme aquí sobre las diferentes modalidades que ha adoptado el perfeccionismo ni tampoco sobre los argumentos que han tendido a justificarlo, creo oportuno identificar esta posición filosófica. En la consecución del mejoramiento del carácter de las personas, la coerción estatal puede dirigirse en contra de aquel cuya forma de vida se quiere modificar. Apunta en igual sentido la sanción como forma de disuasión frente a terceros.

De esta manera, la sanción cumple una doble finalidad:

a) En primer término persigue reorientar la vida de aquel que se ha desviado de un modelo de excelencia. Para esta concepción, las acciones de las personas son sólo síntomas de un carácter avieso<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. por ejemplo, Martín D. Farrell, *Utilitarismo, ética y política*, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 225 y sigtes.

<sup>3</sup> Joel Feinberg, *Harm to Others*, Oxford University Press, 1984, pág. 116 y sigtes.; pág. 136 y sigtes.

<sup>4</sup> Herbert Morris, *On Guilt and Innocence*, 1976, pág. 46 y sigtes.

b) La sanción persigue, asimismo, que los terceros susceptibles de caer en la tentación de escoger una forma de vida incompatible con los rasgos de carácter que el gobierno valora, forjen ese carácter de acuerdo al modelo deseado por el Estado.

Conviene aclarar que en ambos casos la sanción no se origina en que alguien restrinja los derechos de terceros, sino en que el autor demuestre ser un "mal ciudadano", tener un "carácter defectuoso", etc.

## II

Para un Estado respetuoso de la autonomía individual y de acuerdo a lo expresado en el apartado precedente, su poder coercitivo queda bastante limitado. El gobierno puede imponer o prohibir conductas si, y sólo si, estas últimas perjudican los derechos de individuos o afectan a ciertas instituciones que permiten o facilitan el ejercicio de estos derechos<sup>5</sup>. Esto es, como fuera señalado, la tesis de los derechos.

El tema de la protección de las instituciones, merece una aclaración. Para la tesis de los derechos la tutela de ciertos arreglos sociales debe fundarse en la circunstancia de que las personas se sirven de éstas, vale decir que se justifican en cuanto permiten el ejercicio de esos derechos o posibilitan su protección. Si, por el contrario, la tutela de las instituciones se apoya en concebir a estas como entidades abstractas, poseedoras de un valor intrínseco, las consecuencias varían notablemente. La posición que defiende el uso de la coerción en favor de instituciones con prescindencia de los derechos individuales, concibe así la importancia suprema de entidades supraindividuales que pueden ser el estado, ciertas formas de cultura, etc.

La posición señalada, denominada *holista*<sup>6</sup>, se emparenta

<sup>5</sup> Jaime Malamud Goti, *Cuestiones relativas a la objeción de conciencia*, en *El lenguaje del derecho —Homenaje a Genaro Carrió—*, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 289.

<sup>6</sup> Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Ed. Paidós, 1984.

frecuentemente con el perfeccionismo. Con todo, esta relación no siempre se da, toda vez que hay concepciones agregativas, como el utilitarismo, que, sin pretender imponer un determinado ideal de excelencia preconcebido, considera como poseedor de un valor supremo al bienestar colectivo.

### III

He abordado el tema de los derechos individuales como contrapuesto al holismo y al perfeccionismo porque concibo que el respeto por los planes de vida de los individuos es una condición necesaria de su dignidad. Entiendo que un rasgo particular del sentido de la existencia humana está dado por la necesidad de cada uno de construir su historia individual<sup>7</sup> con independencia de las características físicas y biológicas que lo asimilan o distinguen de otros individuos. En esto la voluntad y preferencias de la gente juega un rol ajeno a las apetencias originadas en el instinto o en sus tendencias biológicas.

Desde el punto de vista indicado, es forzoso que el estado asegure a cada uno el pleno reconocimiento de sus actividades y sus creencias. Esto no se desprende de que estas creencias o actividades sean las correctas, sino, más bien, de que lo correcto es tratarlas como si lo fueran. De esta manera, los principios de imparcialidad, respeto o "tolerancia", resultan puntos de partida esenciales para quien toma en serio los derechos individuales<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Stuart Hampshire, *Morality and Conflict*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, pág. 158.

<sup>8</sup> El profesor Ignacio Winizky me ha llamado la atención sobre el término "tolerar". Mientras la imparcialidad del estado o el respeto al ciudadano por (o frente a) los actos de un tercero significa que son neutrales, en cuanto al valor de ese acto, no ocurre lo mismo con la tolerancia. Se tolera algo cuando: 1) Ese algo es malo o disvalioso, 2) el que practica la tolerancia se abstiene de rechazarlo aunque, 3) este último tiene o cree que tiene) razón.

Creo así que el principio de Rawls de favorecer la libertad de cada uno hasta el límite en que esta sea compatible con la máxima libertad de terceras personas, es un buen punto de partida para defender la imparcialidad del gobierno frente a los planes de vida individuales.

Quiero demostrar aquí que una parte importante de los sistemas jurídicos que nos resultan familiares se apartan del principio señalado poniendo de manifiesto una concepción subyacente de tipo perfeccionista, holista, o ambas cosas.

#### IV

Un estado imparcial o "tolerante" debe proteger la autonomía de las personas. Si bien esta autonomía depende de cierta seguridad común (de la vigencia de las instituciones) la forma de tutela más racional es aquella que resulta compatible, en el grado máximo posible, con los planes de vida de quienes quedan obligados a realizar determinados actos o abstenerse de ejecutar algunas acciones.

De la idea señalada se desprenden dos principios fundamentales, vinculados al principio central de que la cuestión relevante son los resultados —el estado de cosas que permite un mejor ejercicio de los derechos— y no la forma o estilo que asumen las actividades de las personas. De lo que sigue surgirá más claramente el sentido de esta afirmación.

A. Cuando el estado ofrece alternativas para lograr determinadas finalidades, mayor será la posibilidad de que el cumplimiento de estas obligaciones sea compatible con la forma de vida elegida por las personas. De esta manera parece concebible que ciertas sanciones ajenas al derecho penal, como la compensación o reparación, pueden constituir formas flexibilizadas de lograr un objetivo por vías diferentes. Desde este punto de vista la pena criminal constituye un límite, dado que su carácter cierra otras posibilidades, si se considera que la sanción no es en realidad una *alternativa u opción* que se concede a las personas<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Jaime E. Malamud Goti, *ob. cit.*, nota (5), págs. 280/281.

B. Cuanto más diferenciados estén, por un lado los principios racionales de justicia, y, por el otro la moral positiva, mayor será el respeto que los individuos recibirán del gobierno. Dado que éste último debe encontrar sus límites de acción en principios éticos, la esfera de elección de las personas se verá considerablemente reducida cuando estos principios se desprenden directamente de las creencias de determinados grupos. Una ética universal, basada en la maximización de la autonomía que postule, fundamentalmente, procedimientos ecuanímenes, confiere una esfera de acción legítima mayor a los individuos con diferentes preferencias.

Lo expuesto no obsta a que la moralidad crítica no pueda desprenderse de ciertos patrones de razonamiento práctico, pues éstos aportan datos esenciales de prudencia. Con todo, debe distinguirse entre ideales de justicia y las creencias de una comunidad dada sobre el sexo, o las propias reglas de cortesía<sup>10</sup>. Como lo afirma Stuart Hampshire "nacemos inevitablemente en un orden natural y un orden social, y la vejez, la muerte, la familia y la amistad se encuentran incluidas entre los fenómenos naturales que deben ser moralizados por convenciones y costumbres, dentro de una u otra cultura, y esto significa, dentro de un muy particular y específico conjunto de exigencias morales". Hay sin embargo principios de justicia que son diferenciados de las costumbres o modalidades culturales, y que deben ser preservados más allá de los procedimientos concretos que permiten promover estos principios<sup>11</sup>.

Cuando resulta posible proteger esta moralidad racional, desprendida de las prácticas de una sociedad cualquiera, mayor será la esfera de libertad de los individuos para la realización de sus planes de vida, dado que estos principios permiten una más amplia gama de formas de participar en su implementación. Los principios se conectan a resultados, las prácticas culturales, a modalidades de acción.

<sup>10</sup> Stuart Hampshire, *ob. cit.*, nota (7), pág. 126 y sigtes.

<sup>11</sup> Carlos S. Nino, *ob. cit.*, nota (3), pág. 79 y sigtes.

Este último tópico se vincula al cuestionamiento necesario de la tendencia generalizada a buscar un grado considerable de uniformidad en la realización de ciertas prácticas por parte de los ciudadanos: tal es el caso de la veneración de símbolos bajo la amenaza de penalidades, o la utilización de cierta indumentaria en los colegios<sup>12</sup>.

Un tema estrechamente vinculado a cuanto se acaba de expresar es el de las acciones positivas y las omisiones. Toda norma imperativa tiende a ser mucho más restrictiva que las reglas prohibitivas. Mientras una prohibición veda solamente la realización de una acción, la imposición de una conducta determinada significa prohibir todas aquellas otras acciones que resulten incompatibles con la acción obligatoria. De esta forma, cuando el estado acude a las últimas, se vale de un medio mucho menos susceptible de dar cabida a los planes de vida de los demás, La prohibición de usar ropa azul veda la utilización de indumentaria prohibida de un color; la obligación de usar trajes grises, excluye, en cambio, la utilización de todos aquellos que no tengan esa propiedad.

La posibilidad de prevenir hechos nocivos con cierta anticipación permite escoger técnicas defensivas para las cuales los aportes individuales de diferente naturaleza sean compatibles con la consecución de un fin. Es presumiblemente más eficiente un grupo de voluntarios entrenados para socorrer a víctimas de una inundación, que un conjunto de individuos obligados a realizar con reticencia una tarea uniforme. Para satisfacer la eficacia de los primeros, el resto de los ciudadanos podrá optar por realizar aportes de apoyo, contribuir económicamente a trazar planos para permitir una acción más rápida, etc. De esta forma podrá evitarse que algunos usufructúen ciertos servicios sin realizar ninguna clase de aportes, logrando así, al mismo tiempo, la satisfacción de las formas de vida escogidas, merced a los esfuerzos que en diferentes direcciones realiza cada uno.

Es cierto que podría argumentarse que las personas adineradas estarán siempre en condiciones de realizar aportes con menor esfuerzo, evitando así compartir sacrificios con los demás.

<sup>12</sup> Jaime E. Malamud Goti, *ob. cit.*, nota (5), pág. 293 y sigtes.

El estado puede impedir que esto ocurra determinando la entidad de los aportes en base a la capacidad contributiva de cada uno.

Cuando la forma que el gobierno elige para superar un peligro, v. gr. de inundación, es obligar a todos a realizar conductas similares, esto obedecerá a la idea de uniformar las acciones de la gente, salvo que se trate de una situación de emergencia que impida una distribución más racional del trabajo. La uniformidad comportará una idea perfeccionista basada en la imagen de ciudadanos obedientes y sacrificados por el bien común. Detrás de las acciones supuestamente valiosas yace la demostración de respeto y acatamiento a las instituciones.

## V

He intentado hasta aquí establecer los presupuestos para el funcionamiento imparcial del estado. Con todo, se advierte que los derechos individuales se ven muchas veces menoscabados por reglas de diferente orden que abarcan desde las obligaciones de los colegiales de ser abanderados, hasta la imposición de criterios rígidos para realizar el servicio militar so pretexto de que cada ciudadano debe defender a su país.

En el primer caso se recalca una y otra vez el respeto o afecto que cada uno debe sentir por las instituciones. En el segundo, se invoca la necesidad mencionada de contar con personas entrenadas para defender el suelo o las instituciones del país.

Es fácil advertir, sin embargo, que con frecuencia ambas prácticas esconden órdenes de motivaciones no explicitadas. No hace falta demasiada agudeza para darse cuenta de que la espontaneidad del afecto aparece cancelada toda vez que la conducta resulta de la imposición de la ley. Tampoco requiere demasiada reflexión la idea de que las personas más útiles para cumplir roles de defensa son las que actúan voluntariamente y que, además, tendrán otras maneras de contribuir a la misma defensa común que con las armas. Sólo si este método es insuficiente es justificable acudir a la convocatoria coercitivamente. De lo con-

trario, esta práctica esconderá una concepción perfeccionista, para la cual, el apoyo a las tradiciones y la imitación serán moralmente plausibles por sí mismos y con independencia de que resulten útiles en definitiva. El uso del poder por el poder sólo demuestra el ejercicio de la autoridad por la autoridad misma. Estos y otros casos relativamente frecuentes demuestran una cierta falencia en el respeto pleno por los derechos individuales en base a ideales perfeccionistas, holistas o ambas cosas. Se trata, a mi modo de ver, de una quiebra del principio de imparcialidad y, con ello, de la "tolerancia" con los demás.

## VI

Hasta aquí se ha manejado el concepto de "tolerancia" entre comillas. La idea que lleva consigo tolerar algo es la de condescender o pasar por alto aquello que se considera malo o desventajoso. Tolero así los caprichos de mi vecino o los malos modales del conductor del transporte público. El término exacto debe estar desprendido de esta idea de condescendencia que obliga a distinguir entre formas de vida superiores e inferiores. El término "neutralidad" parece así apropiado. Un gobierno es neutral cuando se comporta con indiferencia frente a las actitudes de los demás cuando éstos no dañan a otros <sup>13</sup>.

## SUMMARY

*The article deals with the question of why an institutional system must grant rights a primordial and substantial place. It tackles three crucial problems: first, that the idea of rights is based on autonomy and there-*

<sup>13</sup> Hay quienes por equiparar deberes positivos y negativos, niegan la posibilidad de la neutralidad ya que, aun mediante la inacción, se favorecerá a alguna de las partes del conflicto (John Harris, *Violence and Responsibility*, Rutledge y Oxford).

fore a political arrangement must depart from holism and perfectionism as incompatible with respect for autonomy. Secondly, it deals with the meaning of political impartiality and the notion of "tolerance". Thirdly, the article aims to show how perfectionism is usually concealed in almost all legislations, no matter how respectful they tend to be. It finally tackles the problem of autonomy and positive duties.

## LA CONCENTRACION DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES Y LA LEGISLACION LIMITATIVA DE SU ACCIONAR EN EL PERU

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ \*

### 1. *Premisa.*

El tema de las sociedades transnacionales, a las que preferimos denominar empresas transnacionales, ofrece, además de serias dificultades, la tentación de hacerlo sin el rigor del análisis jurídico-formal y, más bien, plantear los aspectos políticos y económicos que el tema trae de suyo. Sin embargo, aún cuando todo estudio jurídico implica considerar los fenómenos sociales que determinan la evolución de las instituciones jurídicas y las circunstancias históricas que determinan la adecuación del Derecho Positivo, el presente estudio lo vamos a plantear y desarrollar sólo desde la perspectiva del análisis jurídico-formal y de las soluciones normativas que se formulan como respuesta a la presencia de empresas transnacionales en un país como el Perú, que sigue siendo fundamentalmente productor de materias primas y en el que el grado de industrialización alcanzado lo mantiene en la condición de los países en vías de desarrollo.

\* Profesor Principal de Derecho Civil, Universidad de Lima.

## 2. *La cuestión de la personalidad de la empresa.*

Tradicionalmente, la idea de la empresa ha estado referida a un concepto económico y no jurídico, pues se le concebía —como hasta ahora— como la conjunción del capital y del trabajo para la producción de bienes y servicios, o, si se quiere, como una actividad económica organizada. Con la promulgación del Código Civil Italiano de 1942, el concepto de empresa ha recibido un revestimiento de juricidad y, en nuestros días, un importante sector de la doctrina hace grandes esfuerzos para asimilar el concepto de empresa a la categoría de lo jurídico, y plasmar, por ese medio, la unificación del Derecho Civil con el Derecho Mercantil, como lo han planteado los privatistas italianos y lo preconizan sus seguidores, pero sin llegarse a un criterio uniforme en cuanto a reconocerle personalidad jurídica. A este respecto, es significativa la posición de Messineo<sup>1</sup>, calificado exégeta del Código Italiano y exponente de la doctrina moderna, para quien el término “empresa” es equivalente al de “empresario” y su empleo en sentido subjetivo lo considera un *modus dicendi* para mencionar al empresario, pues empresa es lo “abstracto” de empresario, llegando a considerarla un *tertium genus*, al no definirla ni como sujeto ni como objeto, negándole una y otra categoría.

Conferirle personalidad jurídica a la empresa supone aceptar su autonomía y existencia propias, dándole cabida en la gama de personas jurídicas, no requiriendo de un titular pues ella misma se constituiría en sujeto de derecho. No es ésta la posición del Derecho Positivo, lo que no obsta para que la doctrina formule diversos planteamientos teóricos con la finalidad de encontrar una explicación satisfactoria y sustentable por quienes quieren encontrar subjetividad en la empresa e incorporarla a la gama de entes dotados de personalidad jurídica. Sin embargo, y como excepción, se da el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada, a la que Lucrecia Maish<sup>2</sup> —a quien rindo emocionado recuerdo ante su trágica desaparición física en el movimien-

<sup>1</sup> *Manual de derecho civil y comercial*, tomo II, pág. 215.

<sup>2</sup> *Empresa individual de responsabilidad limitada*, Lima, 1970.

to sísmico que asoló a la ciudad de México— dedicó enjundioso estudio que la convirtió en precursora en el Perú.

En la empresa individual de responsabilidad limitada, la empresa está dotada de personalidad jurídica distinta a la de la persona natural que la funda y, como señala Montoya Manfredi<sup>3</sup>, se deja a salvo la responsabilidad patrimonial unitaria del titular de la empresa. Torres y Torres-Lara<sup>4</sup>, quien se ha constituido en el Perú en uno de los más caracterizados impulsores de la subjetividad autónoma de la empresa, encuentra en esta forma de organización empresarial el inicio del reconocimiento a la empresa de una personalidad propia y diferente de la de su titular.

Con la salvedad, pues, de la empresa individual de responsabilidad limitada y con precisión en cuanto a que sólo en ella la empresa ha adquirido una personalidad jurídica propia, consideramos que, por lo menos en el Perú, en el estado actual del Derecho Positivo, se mantiene la distinción entre el sujeto titular de la empresa y aquello que constituye la empresa, la que si- gue siendo, para el ordenamiento jurídico, en expresión de Montoya Manfredi<sup>5</sup>, un conjunto heterogéneo de diversos elementos.

La empresa está definida en la Constitución Política del Perú<sup>6</sup> como una "unidad de producción". Según el artículo 130, "las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley" y, según el artículo 112, "las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad, actúan con la personalidad jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características". De este modo, conforme con los preceptos constitucionales citados y las disposiciones legales que los complementan, las empresas estatales son las personas jurídicas de derecho público crea-

<sup>3</sup> *Derecho comercial*, tomo I, págs. 106 y 107.

<sup>4</sup> *Persona y empresa*, en *Revista peruana de derecho de la empresa*, número 3.

<sup>5</sup> *Derecho comercial*, tomo I, pág. 109.

<sup>6</sup> La actualmente vigente, desde el 28 de julio de 1980, al restaurarse la democracia en el Perú.

das por la ley para desarrollar actividades empresariales, pudiendo darse la participación del Estado en las empresas estatales de derecho privado, necesariamente organizadas como sociedades anónimas, en las empresas de economía mixta, en las que el Estado, como accionista mayoritario, concurre con el capital privado y que también deben necesariamente organizarse como sociedades anónimas, y en las empresas con accionariado del Estado sin que su participación sea mayoritaria; las empresas privadas son las personas de derecho privado que pueden organizarse como sociedades mercantiles, sean anónimas, colectivas, en comandita simples o por acciones, o sociedades comerciales, en responsabilidad limitada, debiéndose considerar también las sociedades civiles y la pequeña empresa, dentro de la cual queda comprendida la individual de responsabilidad limitada. Además, conforme a los mismos preceptos citados, pueden haber empresas cooperativas, mutuales, empresas autogestionarias, empresas de propiedad social y las comunales, entre las que quedan comprendidas las de las comunidades campesinas y las de las comunidades nativas.

Ahora bien, dentro de la pluralidad de modalidades empresariales que preconiza la Carta Política Peruana es, mediante la empresa organizada como sociedad anónima, como se da al capital privado las mejores posibilidades para el desarrollo de actividades de envergadura. Y bajo esta forma societaria —que es la que interesa para los fines del presente estudio— es la sociedad anónima la que se constituye en titular de la empresa. La sociedad viene, pues, a ser el sujeto, mientras que la empresa es el objeto, resultando así separables los dos conceptos.

Sin embargo, consideramos conveniente detenernos un poco más en la cuestión relativa a la personalidad de la empresa por las especiales características que reviste en el Perú, particularmente la empresa privada organizada como sociedad anónima, pues según el artículo 56 de la Constitución, el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión, utilidades y propiedad de la empresa. La participación en la gestión se materializa en la representación de los trabajadores en el direc-

torio y en las utilidades mediante una participación líquida en las mismas o mediante el sistema de las acciones laborales, las que se emiten contra una cuenta especial llamada Cuenta Participación Patrimonial del Trabajo, que, además, constituye el medio participatorio en la propiedad de la empresa y de cuya relación con el capital social resulta la proporción de la representación laboral en el directorio, que se integra por quienes representan al capital. El derecho participatorio de los trabajadores, ahora consagrado por la Constitución vigente, se canaliza mediante la denominada comunidad laboral, ente jurídico que sin personalidad propia nace en el seno de la empresa y con independencia del sindicato, pues la finalidad de esta organización, también sin personalidad propia y nacida también en el seno de la empresa, es sólo la de servir de instrumento para las mejoras salariales y de las condiciones de trabajo.

La presencia de la comunidad laboral y del sindicato, así como la de los inversionistas titulares de las acciones representativas del capital social y la de los de las acciones laborales, además de la de los trabajadores individualmente considerados, sirve de sustento a quienes, como Torres y Torres-Lara<sup>7</sup>, ven en la empresa un nuevo sujeto de derecho, posición que no compartimos ateniéndonos al ordenamiento jurídico y al principio en virtud del cual sólo la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas o en el Registro Mercantil, confiere la personalidad jurídica, aun cuando en algunas hipótesis es ya admisible la empresa como *subjectum juris*.

### 3. *La empresa transnacional: La concentración como presupuesto y característica.*

Como hemos manifestado nuestra preferencia por la denominación de empresa transnacional, queremos precisar que tal preferencia no se funda en una posición doctrinal —que no asumimos— en cuanto a considerar a la empresa dotada de perso-

<sup>7</sup> *Persona y empresa*, en Revista peruana de derecho de la empresa, número 3.

nalidad jurídica, ni en una sinonimia entre sociedad y empresa, sino, fundamentalmente, en el fenómeno de la concentración, que se constituye en el presupuesto de la transnacionalidad de la empresa y también en su rasgo característico.

La concentración es un fenómeno que se acentúa en las empresas organizadas en los países industrializados, al determinar que vayan dejando de ser unidades económicas, y que tiene que ver con la evolución histórica de la sociedad anónima, cuyo verdadero origen se sitúa en el siglo xvii. Por eso deseamos advertir desde ya que la denominación y el concepto de empresa transnacional no nos conducen a las empresas creadas por los gobiernos o los organismos públicos, sino sólo a las que están sometidas a una estructura de poder o control organizado como sociedad anónima.

La concentración como presupuesto de la transnacionalidad de la empresa comienza a asomarse a partir de la revolución industrial de mediados del siglo xix. Es entonces que se inicia la verdadera expansión internacional de la industria, la que sigue en aumento en el presente siglo, constituyéndose en uno de los rasgos característicos de las empresas de los países industrializados. Por ello, la concentración es un elemento determinante en la diferenciación de la empresa y la sociedad.

En la economía contemporánea las fábricas producen en gran escala, sus productos penetran y son internados en diversos mercados, lo que trae consigo un dimensionamiento de la empresa a escala internacional, pues por variadas circunstancias deben instalarse diversas fábricas en territorios de distintos países. Este dimensionamiento debe adecuarse a los requerimientos no sólo de la organización de la empresa, sino también a la legislación de cada Estado. Se presentan así los casos en que una misma sociedad puede controlar varias empresas y también que una misma empresa pertenezca a varias sociedades, y que éstas, a su vez, puedan estar ligadas entre sí y estar sometidas al control de otra sociedad. La empresa, entonces, concebida como una unidad económica, pierde su individualidad, resultando de tal pérdida las diversas formas de concentración de empresas, que pueden ir

desde la fusión de unas unidades de producción con otras, hasta la creación de varias y distintas unidades de producción, todas sometidas a una estructura de poder o control.

Cuando estas empresas desarrollan sus actividades en países distintos al de la sede de la sociedad que las controla, es evidente, entonces, que la concentración es presupuesto de su transnacionalidad. Pero, como hemos indicado, la concentración es también su rasgo característico, pues estas empresas no se restringen a sólo la actividad industrial, ya que también lo hacen en el campo de las actividades extractivas, de los servicios y en el ámbito financiero, implicando todo ello concentración de capitales.

Partiendo, entonces, del fenómeno de la concentración y teniéndolo como rasgo característico, un ensayo de definición de la empresa transnacional nos hace conceptualizarla como un conjunto de unidades económicas o de producción interrelacionadas, cuya interrelación abarca varios países. De ahí que se les aplique el calificativo de empresas "multinacionales", tal vez con mayor propiedad, como ocurre en la doctrina más generalizada y en la legislación comparada, pero que en el Perú y los demás países signatarios del Acuerdo de Cartagena no puede aplicarse, pues el vocablo "multinacional" está reservado a las empresas que se constituyan con arreglo al Régimen Comunitario Andino<sup>8</sup>.

Ahora bien, del concepto expuesto se deriva la necesidad de lograr una mayor precisión en relación a la estructura de la empresa transnacional.

#### 4. *Estructura de la empresa transnacional*

Conceptuada la empresa transnacional como un conjunto de unidades económicas o de producción asentadas en varios países e interrelacionadas, su estructura se conforma precisamente en base a esa interrelación con cada una de las empresas constituidas según el sistema legal del país donde están asentadas. Este concepto conduce, inevitablemente, a aquello que generalizada-

<sup>8</sup> Decisiones 46 y 169 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (*infra*, nº 8).

mente la doctrina ha venido a llamar "grupo" y también a precisar cómo la concentración empresaria responde a directivas únicas emanadas de la sociedad matriz, que es la destinataria final de los beneficios y la que dispone la inversión de capitales y la aplicación de las tecnologías con el propósito de ganar los mercados y restringir la libre competencia.

Atendiendo al Derecho Positivo Peruano, la interrelación de las empresas transnacionales que actúan en el Perú se puede dar a través de la constitución de una sucursal o de una sociedad filial o subsidiaria, lo que será considerado cuando nos ocupemos de los modos de actuación de la empresa transnacional (infra n° 9). Lo que interesa ahora indicar es que cualquiera que sea la forma de actuar, lo característico es que las empresas organizadas en un país e interrelacionadas al "grupo" que forma la empresa transnacional, respondan a una dirección unitaria impuesta por la sociedad organizada para detentar el poder o control.

Pero la empresa nacional así concebida, como "grupo", carece de personalidad jurídica, lo que implica inimputabilidad de responsabilidad en relación con la sociedad matriz y aun a las demás sociedades que integran el "grupo", siendo sólo imputable la que aparezca como titular de la "unidad de producción" en el respectivo país. De ahí la normativa con la que cada Estado regula el modo de actuación de las empresas transnacionales y trata de limitar su accionar.

##### 5. *El ordenamiento jurídico en el Perú*

El ordenamiento jurídico peruano se basa en el principio de la jerarquía de las normas, que la Constitución Política consagra en el artículo 87 y según el cual ella prevalece sobre toda otra norma legal, y la ley sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo con su jerarquía jurídica. Y por el artículo 101 los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados forman parte del derecho nacional, debiendo prevalecer éstos frente a la ley en caso de conflicto. De este modo, el orden jerárquico de las normas desciende desde el precepto constitucional a los tratados internacionales, y de éstos

a las normas legales en el orden descendente según la categoría de estas últimas, las que van de la ley en sentido formal o material a los reglamentos y otras normas de menor nivel. Además, por el artículo 188, el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos, y el Presidente de la República, según el artículo 211, inciso 20, puede dictar, mediante decreto supremo, medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con cargo a dar cuenta al Congreso, teniendo estas normas la misma jerarquía que una ley en sentido formal, como también la tienen los decretos-leyes dictados antes de la restauración del sistema democrático el 28 de julio de 1980, y cuya revisión hizo el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso entre diciembre de 1980 y junio de 1981, dándose lugar a su reconocimiento tácito como leyes en sentido material, en unos casos, y a su derogación por los decretos legislativos promulgados al efecto, en otros.

#### 6. *El régimen económico consagrado por la Constitución Política*

La actividad económica se desarrolla en el Perú conforme con los principios generales y preceptos básicos que consagra la Constitución Política que, en su pertinencia con el tema en estudio, vamos a resumir. Así el Estado garantiza el pluralismo económico, sustentándose la economía nacional en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa (art. 112), pudiendo el mismo Estado ejercer su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo (art. 113). Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios y por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos (art. 114). La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (art. 115). Pero el Estado también promueve y protege el desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas, así como el desenvolvimiento de las empre-

sas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas (art. 116).

El comercio exterior es libre dentro de las limitaciones que la ley determina por razones de interés social y de desarrollo del país. El Estado promueve la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden internacional justo (art. 117).

Los recursos naturales son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por el Estado y de su otorgamiento a los particulares (art. 118). El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, fomenta su racional aprovechamiento y promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico (art. 119). El Estado fomenta y estimula la actividad minera, protege la pequeña y mediana minería y promueve la gran minería, pudiendo actuar como empresario así como en las demás formas que establece la ley (art. 122).

La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social (art. 124). Es inviolable, el Estado la garantiza y nadie puede ser privado de la suya sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada, conforme con la ley, previo pago en dinero de indemnización justipreciada (art. 125). La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República, estando los extranjeros, personas naturales o jurídicas en la misma condición que los peruanos, sin que en caso alguno puedan invocar situaciones de excepción ni protección diplomática. No pueden, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, adquirir ni poseer, por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad. Se exceptúa el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa (art. 126). La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición y ubicación (art. 127). El Estado garantiza

también los nombres, patentes, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles (art. 129).

El Estado garantiza la libertad de comercio e industria, pero su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas (art. 131). En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario (art. 132).

Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes (art. 133). La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares (art. 134).

Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebra el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Sin embargo, pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero y el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú (art. 136).

El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional y contribuyen al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración (art. 137).

Sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios. La tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria (art. 139).

La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo (art. 152). Estas actividades y la de seguros no pueden ser objeto de monopolio privado, directa ni indirectamente (art. 153).

### 7. Los tratados internacionales

Ya hemos señalado (*infra* n° 5) que los tratados internacionales forman parte del derecho interno peruano y que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero, siempre que haya sido aprobado y ratificado por el procedimiento constitucional.

El Perú es un país con vocación integracionista y esta vocación ha quedado explicitada en el artículo 100 de la Constitución: "El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones". Con esta vocación integracionista suscribió el Tratado de Montevideo de 1960, del que nació la Asociación Latino Americana de Libre Comercio (ALALC), y 20 años después, también en Montevideo, el que ha dado origen a la Asociación Latino Americana de Integración (ALADI), así como todos los demás acuerdos de integración, particularmente el Acuerdo de Cartagena, del 26 de mayo de 1969, que institucionalizó la integración subregional andina, y cuya vigencia empezó en el Perú con su ratificación mediante decreto-ley n° 17.851, del 14 de octubre de 1969. Y con la misma vocación, el artículo 106 de la Constitución Política hace prevalecer los tratados de integración sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes. De este

modo, por su génesis y razón de su adopción, el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, constituye el más importante instrumento jurídico para normar la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnologías extranjeras, esto es, para normar la presencia y participación de las empresas transnacionales.

8. *El Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.*

En cumplimiento de la estipulación contenida en el artículo 27 del Acuerdo de Integración Subregional Andina, la Comisión del Acuerdo de Cartagena durante su Tercer Período de Sesiones Extraordinarias que culminó el 31 de diciembre de 1970, mediante la Decisión N° 24, aprobó el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, dándose inicio a las normas que deben regir la inversión extranjera y la transferencia de tecnología en los países del Pacto Andino.

A las disposiciones de la Decisión 24 se han integrado las de la Decisión 37 y se han adicionado las de las Decisiones 47, 70, 103 y 109, quedando conformado el Régimen Común de los Países del Pacto Subregional Andino que norma la inversión extranjera, reconociéndola como una contribución necesaria para el desarrollo en consonancia con el esfuerzo interno.

En el Perú las Decisiones 24 y 37 fueron incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante Decreto-Ley N° 18.900, de 30 de junio de 1971, complementado por el Decreto-Ley N° 18.999 de 19 de octubre del mismo año, la Decisión 47 por el Decreto-Ley N° 20.827, del 3 de diciembre de 1974; y, las Decisiones 103 y 109, por el Decreto-Ley N° 21.826, de 12 de abril de 1977.

El conjunto integrado en las Decisiones que conforman el Régimen Común, constituyen, pues, las normas fundamentales para el tratamiento de las inversiones y tecnologías extranjeras, de las que pueden distinguirse dos aspectos: de una parte, el relativo a la autorización y registro de la inversión, utilización

del crédito interno y externo, remisión de utilidades, transferencias de tecnologías y licencias de marcas; y, de otra parte, las relativas a la transformación de empresas extranjeras en mixtas o nacionales. Vinculadas a este segundo aspecto son las Decisiones 46 y 169 que norman el régimen de la Empresa Multinacional Andina, entendiéndose por tal a la que tenga su domicilio principal en el territorio de uno de los Países Miembros, aportes de inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros que en total sean mayores al 80 % del capital de la empresa; que cuando esté constituida con aportes de inversionistas de sólo dos Países Miembros, la suma de los aportes de inversionistas de cada país miembro no podrá ser inferior al 15 % del capital de la empresa y, si existieran inversionistas de los dos países miembros, los aportes provenientes de por lo menos dos países cumplirán, cada uno, con el personaje mencionado, debiendo los inversionistas del país sede del domicilio principal, representar el 15 % o más del capital de la empresa; y que la mayoría subregional del capital se refleje en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa.

Según el Régimen Comunitario Andino, es empresa nacional la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca en más del 80 % a inversionistas nacionales y siempre que esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa; es empresa mixta la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca a inversionistas nacionales en una proporción que fluctúe entre el 51 % y el 80 %, y siempre que esta proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa; y, es empresa extranjera la constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales es inferior al 51 % o, cuando siendo superior, ese porcentaje no se refleja en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa. Inversionistas nacionales son las empresas nacionales y las personas naturales extranjeras con residencia ininterrumpida en el país receptor no inferior a un año, que renuncien al derecho de reexportar el capital y a transferir utilida-

des al exterior. La misma calidad la tiene también el inversionista nacional de cualquier país miembro distinto del país receptor que es, por ello, inversionista subregional. Inversionista extranjero es el propietario de una inversión extranjera directa, entendiéndose por tal los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, con derecho a la reexportación de su capital y a la transferencia de utilidades al exterior, así como a la reinversión de todo o parte de las utilidades no distribuidas en la misma empresa que las haya generado.

Cada país signatario del Acuerdo de Cartagena puede reservar sectores de actividad económica para las empresas nacionales, públicas o privadas, y determinar si se admite en ellas la participación de empresas mixtas, habiendo quedado prohibida la participación de empresas extranjeras en el sector de servicios públicos, considerándose como tales los de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica y alumbrado, aseos y servicios sanitarios, teléfonos, correos y telecomunicaciones.

En cuanto a nuevas inversiones extranjeras directas, se ha dispuesto su no admisión en el sector de los seguros, banca comercial y demás instituciones financieras, así como en empresas de transporte interno, publicidad, radioemisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos, revistas ni en las dedicadas a la comercialización de productos.

#### 9. *Modos de actuación de las empresas transnacionales.*

Las empresas transnacionales actúan a través de dos conductos fundamentales como son la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología extranjera a fin de aprovechar las ventajas y beneficios que les puedan otorgar los países receptores, tales como tratamiento a los capitales y tecnologías extranjeras, tratamiento tributario, así como las ventajas y beneficios en cuanto a materia prima disponible, mano de obra barata, amplitud de mercado y posibilidades frente a la libre competencia.

El modo de actuación de las empresas transnacionales y su necesidad de permanente expansión las lleva a la concentración

denominada horizontal que consiste en abarcar empresas de la más diversa y distinta gama de producción de bienes y servicios, como pueden ser empresas dedicadas a la industria extractiva y manufacturera, o empresas de transporte o dedicadas a la comercialización y aún a la intermediación financiera, las que quedan sometidas, como en la concentración denominada vertical, a la sociedad matriz detentadora del control.

La concentración vertical supone la constitución de sucursales o de empresas subsidiarias o filiales o la toma de control de una sociedad ya constituida y que por eso deviene en subsidiaria o filial, mientras que la concentración horizontal, como se suele señalar, responde al criterio de la "diversificación del riesgo" criterio que, frente a los fenómenos políticos ocurridos en los últimos años, como las expropiaciones y nacionalizaciones, ha llevado a las empresas transnacionales a "riesgo compartido" mediante la constitución de sociedades dando cabida al capital nativo o participando en sociedades ya constituidas por capital nativo, o la utilización de formas contractuales, como el *joint ventures*.

Las empresas transnacionales presentan, pues, una posición dominante en los mercados nacionales e internacionales, tanto para colocar sus productos como para adquirir las materias primas y una gravitación determinante en la financiación de la producción y en la comercialización de los productos, manufacturados o no. Además, por la integración de sus sucursales y filiales al "Grupo" y no a la economía del país donde se han constituido, y por el aprovechamiento de una posición negociadora sumamente fuerte, que las ha llevado hasta a interferir en los asuntos políticos y en las relaciones entre los países donde actúan y que es sede de la sociedad matriz, es que la Comisión de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas está abocada a la redacción de un Código de Conducta<sup>9</sup>.

Con la finalidad, entonces, de que las empresas transnacionales generen beneficios al país en el que actúan, los Estados, en

<sup>9</sup> Ferrero C., Raúl, *El nuevo orden económico internacional*, pág. 52.

ejercicio de su soberanía, formulan normativas para el control de sus actividades en adición a las disposiciones reguladoras de la constitución de sucursales y de empresas subsidiarias o filiales y otros modos de actuación.

#### 10. *La normativa interna en el Perú.*

En el Perú la actividad económica está sectorializada mediante los respectivos instrumentos legales normativos de la banca y seguros, el transporte, las telecomunicaciones, la pesquería, los hidrocarburos, la energía eléctrica, la industria, los servicios turísticos y demás, en armonía con el artículo 111 de la Constitución Política, según el cual "el Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores". Y ya hemos visto (Supra N° 6) que "por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios" y que "por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos".

Como lo hemos señalado (Supra N° 9), los modos de actuación de las empresas transnacionales abarcan maneras de penetración que podemos clasificar, con el criterio de distinción determinado por las formas jurídicas, en formas societarias y en formas no societarias o contractuales.

#### 11. *Las formas societarias.*

Las formas societarias están dadas por la constitución de sucursales, la constitución de una sociedad subsidiaria o filial o por la participación en el capital accionario de una sociedad ya constituida.

##### 11.1. *Constitución de Sucursales.*

La constitución de sucursal de una sociedad extranjera implica su sometimiento a la ley y a la jurisdicción del país en el que se constituye, aún cuando la sucursal no tenga personalidad

jurídica propia, pues no es sino una empresa que desarrolla sus actividades mediante una organización que, aunque con relativa autonomía, depende de la sociedad que la ha implantado y que le extiende su propia personalidad jurídica.

Según el artículo 345 de la Ley General de Sociedades<sup>10</sup> "la sucursal en el Perú de sociedad con sede en el extranjero debe inscribirse en el Registro del lugar de su funcionamiento en el país. La inscripción debe contener el domicilio señalado en la República, el nombramiento y facultades de su representante legal en el país, el objeto de la sucursal señalándose clara y precisamente los negocios y operaciones que lo constituyen, y el contrato o instrumento equivalente que rija a la sociedad en su sede. El Registro exigirá que se acredite mediante certificación de autoridad capacitada para ello, con legalización del representante consular peruano, la existencia y vigencia de la sociedad y que puede establecer sucursales en el Perú conforme a las leyes que regulen a la sociedad. La sucursal debe tener representante legal permanente en el Perú, con poderes suficientes para resolver cualquier cuestión relacionada con las actividades de la misma sucursal, para comprometer la responsabilidad de la sociedad en las operaciones que realice, para comparecer en juicio y contestar demandas con amplitud mínima equivalente a la señalada en los artículos 3 y 4 del Código de Procedimientos Civiles<sup>11</sup>. Cualquier limitación al respecto imposibilita la inscripción y el fun-

<sup>10</sup> Promulgada el 14 de enero de 1985, como consecuencia de la restructuración de la Ley de sociedades mercantiles de 1966, al haberse incorporado a su texto a las sociedades civiles, no legisladas por el Código civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

<sup>11</sup> Art. 3. — Los gerentes o administradores de las sociedades civiles o comerciales, y los jefes o presidentes de las corporaciones o entidades con personalidad jurídica de carácter privado, son sus mandatarios judiciales. Art. 4. — La amplitud de la representación de que trata el artículo anterior, es la que establece el poder general para pleitos y comprende, además, la facultad de prestar confesión y las que expresamente se confieran. No pueden hacerse valer en contrario las limitaciones o reservas que contengan los estatutos o actas de la sociedad, corporación o entidad jurídica.

cionamiento de la sucursal". Además, por el artículo 15 de la misma Ley, las sucursales constituidas en el Perú "se consideran domiciliadas en territorio peruano en lo concerniente a los actos que practiquen en él".

Como puede apreciarse de los textos transcritos, la Ley no exige asignación de capital a las sucursales y, si bien se inscriben en el Registro Mercantil no adquieren personalidad jurídica, pues, en realidad, como sostiene Fernández Tomás<sup>12</sup>, las sucursales no son más que un patrimonio que la empresa matriz sitúa en un determinado lugar —o adquiere en un país distinto, nos parece oportuno agregar—. En cuanto al sometimiento a la jurisdicción y a las leyes peruanas, ello resulta, además, de las normas de Derecho Internacional Privado que contiene el Código Civil, particularmente las de los artículos 2057 y 2073, párrafo tercero<sup>13</sup> en el primero de los cuales se aplica el criterio vinculante del domicilio y, en el segundo, el de la territorialidad, que, según Delia Revoredo de DeBakey<sup>14</sup>, se explica por la necesidad de los gobiernos de orientar y controlar la actividad económica dentro de sus fronteras".

Así, pues, al no exigirse asignación de capital a la sucursal de una sociedad extranjera, la que además le extiende su perso-

<sup>12</sup> *El control de las empresas multinacionales*, pág. 60.

<sup>13</sup> Art. 2057. — Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional. Art. 2073. — La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas. Las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan.

Para el ejercicio habitual en el territorio del país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.

La capacidad reconocida a las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por la ley peruana a las nacionales.

<sup>14</sup> Código civil peruano. Parte III. Exposición de Motivos y Comentarios, tomo VI, pág. 959.

nalidad jurídica, lo que la hace imputable de responsabilidad por los negocios y operaciones de su sucursal, la que está bajo la jurisdicción de los tribunales peruanos y sometida a la ley peruana no existe, como bien apunta Boggiano<sup>15</sup>, separación de la gestión entre la gestión de la sucursal y de la sociedad o entre las gestiones de las sucursales —de distintos países— de la misma sociedad, comprometiéndose la responsabilidad de la sociedad porque no hay más que una sola sociedad, esto es, varias empresas porque solo titular. Con las sucursales, siguiendo las reflexiones de Boggiano, la empresa transnacional actúa como una sola y única estructura jurídica societaria.

Las sucursales están bajo la supervisión de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores CONASEV<sup>16</sup> que tiene, entre otras funciones, velar por el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas. Tratándose de sucursales de bancos o compañías de seguros, la supervisión corresponde a la Superintendencia de Banca y Seguros<sup>17</sup> pero están también sometidas a la de CONASEV si desarrollan funciones de intermediación en el mercado de valores u otras que signifiquen una participación en el mismo. A las sucursales que se constituyan para ejercer actividades mineras no les es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil, la que les es facultativa, sino en el Registro Público de Minería<sup>18</sup>, pues en el Perú existe una jurisdicción minera de carácter administrativo, la que sólo luego de agotada permite acudir ante el Poder Judicial.

<sup>15</sup> Sociedades y Grupos multinacionales, pág. 6.

<sup>16</sup> Se trata de una institución pública encargada de la supervisión de las sociedades mercantiles y demás personas jurídicas, cuya supervisión no esté encargada por ley a otros organismos de control o dependencias públicas.

<sup>17</sup> Es la institución pública que ejerce el control sobre todas las empresas que operan con fondos del público, cautelando su solidez económica.

<sup>18</sup> En este Registro se inscriben todos los derechos mineros y los actos, contratos o resoluciones administrativas y judiciales que recaigan sobre ellos para que puedan surtir efecto frente al Estado y frente a terceros.

## 11.2. Constitución de Subsidiarias o filiales.

Por definición, sociedad subsidiaria o filial es la que es controlada por otra y se diferencia de la sucursal en que tiene personalidad jurídica propia, aunque económicamente pueda estar en una relación de dependencia con la sociedad matriz en razón de detentar ésta la mayor participación accionaria en el capital. Por ello, la constitución de una sociedad subsidiaria o filial de una sociedad constituida y con sede en el extranjero, supone una inversión extranjera directa que deberá ser autorizada por el Comité Nacional de Inversiones y Tecnología Extranjeras (CONITE), previa evaluación y registro<sup>19</sup>.

Según la Ley General de Sociedades, que no distingue entre sociedad matriz y sociedad subsidiaria o filial, las sociedades anónimas pueden fundarse simultáneamente en un sólo acto por contrato entre los fundadores, o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones —forma ésta de fundación que consideramos irrelevante a los fines del presente estudio—. El aporte de los fundadores puede hacerse en monedas libremente convertibles en moneda nacional o en bienes físicos o tangibles que pueden consistir en plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y también productos intermedios<sup>20</sup>, los que deben ser valorizados para los efectos de la determinación del aporte y convertirlo en acciones. Las acciones son necesariamente nominativas y la sociedad tendrá el carácter de empresa extranjera (Supra N° 8) y quedará sometida a la jurisdicción de los tribunales peruanos, siéndole de aplicación la ley peruana, a la que está integrada la normativa del Pacto Andino (Supra N° 7), no sólo por así resultar de esta normativa sino también por disposición del artículo 15 de la Ley General de Sociedades en cuanto prescribe que “la Sociedad constituida en el Perú tie-

<sup>19</sup> Es en el Perú el Organismo Nacional Competente a que se refiere el Régimen de la Decisión 24.

<sup>20</sup> La forma del aporte está tomada de la definición de inversión extranjera directa, según la Decisión 24.

ne su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y se fije domicilio fuera del país" y que, por lo demás, reitera la doctrina informante de las normas de derecho internacional privado que contiene el Código Civil Peruano.

Si bien la constitución de sucursal es una manifestación de las empresas transnacionales, la constitución de una sociedad subsidiaria o filial lo es más, porque evidencia, con mayor acentuación, la concentración como característica peculiar de la transnacionalidad, pues puede darse tanto en el plano vertical como en el horizontal (Supra N° 9) y, en relación a este último, buscar la diversificación del riesgo dando cabida al capital nativo hasta el máximo que le permitan los mecanismos de control por la sociedad matriz. En el caso de las subsidiarias, la empresa transnacional no actúa con una sola estructura jurídica societaria pues entre la filial y su principal existe distinta personalidad jurídica.

La sociedad subsidiaria o filial asume la responsabilidad por sus negocios y operaciones y hasta puede, eventualmente, responder ante la propia sociedad matriz. Existe, pues, una separación de riesgos, los cuales, respecto de los de la subsidiaria, la matriz puede hacérselos compartir al capital nativo al que se le ha dado cabida. Pero al mismo tiempo existe una comunidad de intereses, que aunque aparentemente autónomos, pueden ser coordinados en virtud de las directivas y para beneficio de la sociedad matriz.

Como la constitución de subsidiarias o filiales supone, como lo hemos ya advertido, una inversión extranjera directa, el control del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los inversionistas extranjeros está a cargo del CONITE, que registra la inversión y además controla el cumplimiento de los compromisos de participación nacional en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial y en el capital de la empresa<sup>21</sup>, y au-

<sup>21</sup> Corresponde también al CONITE establecer un sistema de información y control de precios de los productos intermedios que suministren los proveedores de tecnología o capital extranjero, centralizar los registros

...eriza la transferencia al exterior, en divisas libremente convertibles, de toda suma a cuyo envío tenga derecho la subsidiaria y sus inversionistas. Por tratarse de personas jurídicas organizadas como sociedades mercantiles, están también bajo la supervisión de la CONASEV, salvo que se trate de empresas bancarias o de seguros, en cuyo caso quedan bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, o que se dediquen a actividades mineras, en cuyo caso quedan además comprendidas en la jurisdicción minera.

### 11.5. *Participación en sociedades ya constituidas.*

La participación en el capital accionario de una sociedad ya constituida es, también, un modo de actuación de las empresas transnacionales bajo forma societaria. Supone, también, una inversión extranjera directa que, obviamente, debe también ser autorizada por el CONITE, previa evaluación y registro.

Cuando se trata de inversión extranjera directa destinada a la adquisición de acciones de propiedad de inversionistas extranjeros, el Régimen de la Decisión 24 no presenta restricciones salvo la previa autorización del CONITE. Pero distinto es el caso de adquisición de acciones de propiedad de inversionistas nacionales o subregionales (Supra N° 8), ya que, en principio, no se autoriza la inversión si no es destinada a una empresa nacional para evitar su quiebra inminente y siempre que la CONASEV com-para evitar su quiebra inminente y siempre con la CONASEV com-er otorgado opción de compra preferente a inversionistas nacionales o subregionales y que el inversionista extranjero se comprometa a poner en venta las acciones que adquiriera en la empresa, para su compra por inversionistas nacionales en el porcentaje necesario para constituir una empresa nacional en un plazo que no exceda de 15 años. Puede también autorizarse la participación de inversionistas extranjeros en empresas nacionales o mixtas

---

adísticos, contables, de información y control relacionados con la inversión extranjera directa y autorizar los contratos de licencia para uso de tecnología importada y para la explotación de marcas y patentes.

(Supra Nº 8) siempre que se trate de la ampliación del capital de la empresa y que ésta mantenga al menos su calidad de mixta. En uno y otro caso el control del cumplimiento de las obligaciones contraídas corresponde a CONITE.

Como se puede apreciar de la apretada síntesis de las normas del Régimen Andino de tratamiento a la inversión extranjera, la participación en empresas nacionales por una empresa extranjera y transnacional, está sometida a severas restricciones, las que, en general, no han incentivado la participación de la inversión extranjera en el Perú como una contribución a su desarrollo, ni como complemento al esfuerzo del capital nacional para la misma finalidad, en los 15 años de vigencia de la Decisión 24. Por ello, tienen razón quienes propugnan la revisión del Régimen Comunitario Andino en sus diversas facetas.

Estas restricciones y los regímenes promocionales, de franquicias y estímulos tributarios, de que gozan las empresas nacionales, y a los que no tienen acceso las empresas calificadas como extranjeras por el Régimen Comunitario Andino, plantea situaciones que si bien no están, formalmente, bajo las formas societarias de participación del capital extranjero, no por ello pueden soslayarse ni dejarse de considerar como una realidad concreta. Se trata de interposición de personas para realizar la inversión, dándoles la aparente titularidad de las acciones, y tomar por este medio la empresa transnacional el control de la empresa nacional. Si bien la persona interpuesta —que debe aparecer como inversionista nacional— no puede reexportar el capital ni transferir los dividendos al exterior, puede sí procurar el beneficio para la empresa de alcanzar la calificación de nacional y acceder a los regímenes promocionales que le den una posición dominante en el mercado para adquirir materias primas y exportarlas o para importar insumos y productos manufacturados hacia y desde las empresas con las que existe la interrelación. Además, este modo de participación puede propiciar contratos de gerencia o de asistencia técnica o financiamientos, todo lo cual compensa la imposibilidad de reexportar el capital y de transferir los dividendos al exterior.

12. *Las formas no societarias o contractuales.*

Si bien las sociedades tienen su origen en un contrato, el que al inscribirse en el Registro Mercantil genera recién una persona jurídica de derecho privado, existen contratos que no conducen a la constitución de una sociedad y es bajo esta idea que hemos hecho la distinción de la que ahora nos ocupamos. Pero es de advertir que, por lo general, dada la procedencia de las empresas transnacionales, se vienen implantando formas contractuales atípicas en nuestro Derecho, siendo la más usual la denominada *joint ventures*, cuyo contrato típico más próximo viene a ser la asociación en participación.

El *Joint ventures*, ateniéndose a su aproximación a la asociación en participación, supone el entablamiento de una relación jurídica para el desarrollo de una empresa para la distribución de beneficios entre los contratantes, que la hace lindar entre el ámbito contractual y el societario y solamente lindar, pues no da creación a un ente con personalidad jurídica.

La asociación en participación, pese a que no adquiere personalidad jurídica, ni razón o denominación social, está normada por la Ley General de Sociedades, habiendo hecho su aparición como contrato típico o nominado en la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966. En este contrato, el asociante conviene con el asociado en que éste último aporte bienes o servicios, para participar en la proporción que ambos acuerden en las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante. La gestión corresponde al asociante, correspondiéndole al asociado el derecho a la rendición de cuentas.

Las formas contractuales mencionadas se sustentan en principios de Derecho Privado y en ellos opera la autonomía de la voluntad con las limitaciones que les imponen las normas imperativas insufladas de la noción de orden público. Pero al lado de éstas y otras formas contractuales típicas o atípicas, se presentan también los contratos administrativos, en los que se acentúa la noción de orden público y la autonomía privada cede frente al *jus imperium*, y que tiene su expresión más clara en la concesión.

Ahora bien, también bajo las formas contractuales tiene lugar la penetración de las empresas transnacionales y configuran también sus modos de actuación.

13. *Los modos de actuación y los sectores de la actividad económica en los que es posible la presencia de empresas transnacionales.*

Considerados los modos de actuación de las empresas transnacionales, atendiendo a la sectorialización de la actividad económica (Supra N° 10), vamos a considerar las posibilidades de su actuación.

### 13.1. *Banca.*

Según la Ley de Bancos y su reforma de 1968<sup>22</sup>, empresa bancaria es "toda persona jurídica cuyo negocio consiste en recibir dinero en depósito del público y en invertir el dinero que reciba en depósito, junto con su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación, en hacer adelantos en la forma de préstamos, de descuento de documentos de crédito o en cualquier otra forma, así como en invertir en sus propios negocios los depósitos recibidos". La misma Ley señala que pueden organizarse como sociedades anónimas o como cooperativas, de acuerdo con las normas que regulan su funcionamiento, así como el de las sucursales de empresas bancarias extranjeras. De 1968 a la fecha, pese a varios intentos, no se ha organizado ninguna empresa bancaria como cooperativa.

<sup>22</sup> La Ley de Bancos, promulgada mediante Decreto-ley N° 7159, de 23 de Mayo de 1931, como consecuencia de las recomendaciones de la Misión de Consejeros Financieros presidida por Edwin Kemmerer, mantiene su vigencia hasta la fecha aunque complementada por diversas disposiciones legales, habiéndosele introducido varias reformas, una de las cuales, tal vez la más importante, es la del Decreto Supremo N° 297-68-FC, de 14 de agosto de 1968, promulgado al amparo de la autorización conferida por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo.

El capital accionario de las empresas bancarias, que no sean sucursales de empresas bancarias extranjeras, debe pertenecer, como mínimo, en dos terceras partes, a inversionistas nacionales<sup>23</sup>. No obstante las empresas bancarias transnacionales preferen establecer sucursales, pues gozan de los mismos derechos y están sujetas a las mismas leyes y resoluciones gubernativas y reglamentos que las empresas bancarias nacionales, pudiendo mejorar sus negocios siguiendo sus prácticas establecidas siempre que estén de acuerdo con la ley peruana<sup>24</sup>.

Adicionalmente, desde 1977<sup>25</sup>, se ha autorizado la constitución en el Perú de Bancos Multinacionales —mejor dicho transnacionales, pues no tienen relación alguna con las empresas multinacionales andinas— con participación de capital extranjero, con el objeto de promover y activar todo tipo de operaciones bancarias y financieras, de inversión y desarrollo de negocios, servicios y otras actividades afines. Estas empresas bancarias sólo pueden tener como accionistas a otras entidades financieras de inversión o de crédito, seguros y reaseguros, debiendo el capital estar constituido en una proporción no inferior al 80% con recursos externos en moneda libremente convertible, considerándoseles como extranjeras, así como a sus inversiones y créditos siempre que se efectuen con recursos en moneda extranjera. Sus operaciones pueden ser territoriales o extra-territoriales, entendiéndose por las primeras las operaciones activas y pasivas propias de las entidades bancarias en el mercado interno y para cuyo efecto deben asignar de su capital social un capital no menor al mínimo legal exigido para los bancos nacionales, debiendo mantener tales recursos en el país y en moneda nacional; son extra-

<sup>23</sup> Ley N° 23.510, de 11 de diciembre de 1982. Se ha promulgado de conformidad con el art. 44 del Régimen Común de Tratamiento al Capital Extranjero. En virtud de esta Ley se ha posibilitado una mayor participación del capital extranjero en las empresas bancarias nacionales, las que, por ello, pueden devenir en empresas mixtas, conforme a las definiciones de la Decisión 24 (*supra*, n° 8).

<sup>24</sup> Título IV de la Ley de Bancos.

<sup>25</sup> Decreto ley N° 21.915, de 16 de agosto de 1977.

territoriales las operaciones que se realicen con recursos en moneda extranjera y que se concerten con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país, operaciones que, por ello, no están sujetas a fiscalización por las autoridades peruanas.

Paralelamente a las empresas bancarias existen las empresas financieras, a las que la Ley de Bancos, luego de la reforma de 1968, definió como "toda persona jurídica cuyo negocio consiste en acudir al crédito del público por medio de la emisión de obligaciones, letras de cambio, vales, pagarés u otros documentos de crédito, u otras formas permitidas por la ley para dedicar los recursos que así obtenga, junto con su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación, en una o más de las operaciones activas permitidas a las empresas bancarias". Esta definición ha sido restringida<sup>26</sup> a "toda sociedad anónima cuya finalidad consiste en captar recursos del público y de otras fuentes, y dedicarlos, junto con su propio capital, al financiamiento de mediano y largo plazo", mediante las operaciones que les sean autorizadas.

Al igual que las empresas bancarias, el capital de las financieras deberá pertenecer, como mínimo, en dos terceras partes, a inversionistas nacionales<sup>27</sup>. Por la peculiar característica de que están revestidas, esto es, de operar sólo a mediano y a largo plazo, pues en el corto plazo sólo están autorizadas las empresas bancarias, no se ha previsto la constitución de sucursales de empresas extranjeras, pues a éstas les puede ser más conveniente acogerse al régimen de los Bancos Multinacionales.

### 13.2. Seguros.

La legislación relativa a la actividad aseguradora es dispersa pues no cuenta con un instrumento normativo orgánico. Las empresas aseguradoras se rigen por disposiciones del Código de

<sup>26</sup> Decreto ley N° 18.957, de 14 de setiembre de 1971, normativo de las empresas financieras.

<sup>27</sup> Ley N° 23.510.

Comercio, de la Ley de Bancos y, repetimos, por un conglomerado de normas dispersas.

La reforma de 1968 también introdujo en la Ley de Bancos una definición de las empresas de seguros, las que quedaron conceptualizadas como "toda persona jurídica cuyo negocio consista en practicar operaciones de seguro o reaseguro, entendiéndose por seguro el contrato mediante el cual la empresa aseguradora se obliga a indemnizar a otra persona o a pagarle o a proveerle un beneficio específico o determinable al producirse un suceso incierto previsto en el mismo". Además, prohibió el establecimiento de sucursales de empresas extranjeras en el Perú, prohibiendo a las existentes nuevas oficinas y agencias, disponiéndose, además, que las sucursales autorizadas y después de funcionar en el Perú por más de 30 años, gozarían de los mismos derechos que las empresas nacionales, quedando sujetas a la misma normativa legal aunque pueden manejar sus negocios siguiendo sus prácticas en la medida en que estén de acuerdo con la ley peruana<sup>28</sup>.

En 1973, se dispuso que las empresas aseguradoras ya establecidas, que no fueran sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, debían convertirse en empresas nacionales, debiendo el capital accionario pertenecer en un 80% a inversionistas nacionales (Supra N° 8) y, de las que se constituyeran a partir de ese año, en su totalidad a inversionistas nacionales<sup>29</sup>.

### 13.3. *Pesquería.*

La Ley General de Pesquería<sup>30</sup>, con diversas modificaciones, mantiene en la actualidad una vigencia formal, máxime que, como consecuencia de la crisis de la industria de la harina de pescado y la escasez de anchoveta, se nacionalizaron todas las plantas de harina de pescado e industrias y actividades con-

<sup>28</sup> Decreto Supremo N° 367-68-HC, de 16 de agosto de 1968, también promulgado por las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo.

<sup>29</sup> Decreto ley N° 20.088, de 17 de julio de 1973.

<sup>30</sup> Decreto ley N° 18.818, de 25 de mayo de 1971.

xas, las que pasaron a ser controladas por el Estado mediante la Empresa Pública de Producción de Harina y Aceite de Pescado PESCA PERU. Es del caso dejar advertido que la Ley General de Pesquería fue promulgada antes de la incorporación de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena al ordenamiento legal interno (Supra N° 8), por lo que los términos originalmente referidos a la calidad de inversionistas y al capital extranjero no guardaron conformidad con los empleados en el instrumento normativo del capital extranjero en el régimen comunitario andino.

En sus Normas Básicas, la Ley General de Pesquería dejó establecido que “son de dominio del Estado las especies hidrobiológicas contenidas en el mar jurisdiccional hasta las 200 millas y en las aguas continentales del territorio nacional”, lo que ha sido ratificado por la Constitución que inició su vigencia el 28 de julio de 1980, al fenecer la dirección del Estado por la Fuerza Armada y restaurarse el régimen democrático en el Perú, aunque queremos dejar advertido que no abordamos el tema —es más, deliberadamente lo eludimos— en cuanto a la cuestión relativa al alcance del dominio marítimo conforme a los preceptos 98 y 99 de la Carta Política. Asimismo, las Normas Básicas dejaron establecido que “la actividad pesquera nacional es de utilidad pública y de interés social”; que “el Estado propicia la máxima participación de los peruanos en las actividades pesqueras, determinando los límites y formas en que los extranjeros puedan participar en ellas”, considerándose como tales actividades la extracción, la transformación, y la comercialización, a las que toda persona tiene derecho previa autorización, permiso, licencia o concesión otorgada por el Supremo Gobierno, las que conformarían el Sector Privado Pesquero.

En cuanto a las actividades extractivas, el Decreto-ley n° 18.810, las distinguió según fueran para consumo humano directo o para consumo humano indirecto, con participación de empresas con capitales nacionales o extranjeros, aunque reservando la pesca para consumo humano directo a la nacionalidad peruana de las embarcaciones, tripulación y pescadores, pues las embar-

caciones extranjeras requieren de un permiso especial de pesca. La actividad de transformación, en cualquiera de sus manifestaciones, puede también ser realizada por empresas con capitales nacionales o extranjeros. Por último, la comercialización fue reservada al estado, el que actualmente la ejerce mediante una empresa estatal de derecho privado —la Empresa Nacional Pesquera-PESCA PERU<sup>31</sup>— la que está autorizada a constituir empresas filiales o a participar en otras empresas, sean mixtas o estatales.

En cuanto a las empresas constituidas con capital extranjero, la Ley General de Pesquería les prohibió la extracción de recursos hidrobiológicos para ser empleados en la fabricación de harina y aceite de pescado, prohibiéndose además la adquisición de fábricas y licencias y permitiendo a los accionistas peruanos sólo vender sus acciones a inversionistas nacionales. Esta prohibición no fue establecida para la extracción de recursos hidrobiológicos para consumo humano directo, señalándose tan sólo el requisito de la celebración de un contrato con el Estado.

#### 15.4. Hidrocarburos.

Desde la nacionalización en 1968 de los yacimientos petrolíferos en La Brea y Pariñas y la expropiación de las instalaciones de la International Petroleum Company, el Estado asumió, a través de la Empresa Pública Petróleos del Perú-PETROPERU, la exploración, explotación, refinación y comercialización del petróleo, pudiendo otorgar concesiones a empresas constituidas con capitales privados. Los contratos a celebrarse al efecto, están regulados por las "Bases Generales para contratos petroleros en operaciones de exploración y/o explotación de hidrocarburos" aprobadas mediante el Decreto-ley n° 22.774, de 6 de diciembre de 1979, que faculta a PETROPERU a celebrarlos.

Según las Bases Generales, los hidrocarburos *in situ* son propiedad del Estado y los hidrocarburos extraídos son propiedad de PETROPERU, la que es además titular del área bajo contrato y negocia *ad referendum*. Los contratos sólo pueden tener por

<sup>31</sup> Decreto Legislativo N° 54, de 20 de Marzo de 1981.

objeto operaciones de exploración y/o de explotación o tener la característica de ser contratos de servicios, pudiendo asumir el contratista la responsabilidad total o compartida con PETROPERU, pues ésta puede intervenir asociada en empresas mixtas, con una participación mínima del 25%, o a través de subsidiarias. El contratista puede ser una empresa extranjera con derecho a repatriar utilidades. Las mismas Bases Generales han previsto los aspectos técnicos que deben necesariamente observarse en los contratos, los aspectos económicos, el régimen tributario y demás aspectos regulables por las disposiciones legales vigentes y que al efecto se promulguen con posterioridad.

Como es de presumirse, la explotación a gran escala de los yacimientos no explotados por PETROPERU y las labores de exploración han sido asumidas por empresas transnacionales, con las que en la actualidad ha surgido un conflicto en razón de divergencias en cuanto a la interpretación de los instrumentos normativos de tales labores, lo que ha llevado al Supremo Gobierno a denunciar los contratos y a reabrir un período de renegación de los mismos.

Mediante Ley nº 24.304 se ha declarado en reorganización a PETROPERU y se ha delegado en el Poder Ejecutivo a que mediante decreto Legislativo dicte las nuevas disposiciones concernientes al funcionamiento de la empresa. Esta situación ha llevado a PETROPERU, entre otros aspectos, a considerar la necesidad de la participación de la inversión privada nacional en la industria petrolera para cuyo efecto se ha designado una Comisión de Estudio, de la que es integrante el autor de este trabajo.

### 13.5 Minería.

Conforme a la Ley General de Minería<sup>32</sup>, todos los recursos minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional y del dominio marítimo, pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. Su aprovechamiento se realiza a través

<sup>32</sup> Promulgada por Decreto Legislativo Nº 109, de 12 de junio de 1981.

de la actividad empresarial del Estado y mediante el otorgamiento de derechos para ejercer actividades de la industria minera, —que es de utilidad pública— a empresas nacionales o extranjeras.

Son actividades de la industria minera el cateo, o sea, la acción conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales que se pueden realizar en todos los lugares permitidos por la ley; la prospección, o sea, la investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización por medio de indicaciones químicas y físicas medidas con instrumentos y técnicas de precisión, que se realiza por la Empresa Minera del Perú-MINERO PERU, por las empresas mineras cuyo capital pertenezca íntegramente a aquella, o por empresas privadas que contraten con MINERO PERU; la exploración, o sea la actividad tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características minerológicas, reservas y valores de los yacimientos minerales; la explotación, o sea la extracción de minerales contenidos en un yacimiento; la labor general, o sea la prestación de servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción de dos o más concesiones de distintos concesionarios; el beneficio, o sea el conjunto de procesos físicos, químico y/o físico-químicos que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales; la refinación, o sea el proceso para purificar los metales de los productos obtenidos en los procesos de beneficio; la comercialización; y, el transporte minero, o sea el sistema utilizado para el transporte de minerales y productos metálicos entre una mina y una fundición o en tramos, realizados por personas distintas a los concesionarios de las minas. Las actividades de exploración, explotación, beneficio, refinación, labor general y transporte minero, pueden ser ejecutadas por empresas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones mineras. La comercialización está reservada al Estado mediante la Empresa de Comercialización de Productos Mineros MINPECO<sup>33</sup>, que es una

<sup>33</sup> En la actualidad regida por el Decreto Legislativo N° 44, de 4 de marzo de 1981.

empresa estatal de derecho privado, y que puede delegar esta actividad en terceros.

MINERO PERU, que es una empresa estatal de derecho privado, puede desarrollar sus actividades en todo el territorio nacional, con excepción de las zonas asignadas a la Empresa Minera del Centro del Perú-CENTROMIN PERU<sup>34</sup>, que sucedió a la Cerro de Pasco Copper Corporation, y a la Empresa Minera del Hierro del Perú-HIERRO PERU<sup>35</sup>, que sucedió a Marcona Mining Company, luego de los respectivos procesos de expropiación y nacionalización, y que también son empresas estatales de derecho privado.

La participación de las empresas transnacionales en las actividades mineras requiere de la concesión minera. Pero pueden también participar en la constitución de Empresas Mineras Especiales, en las que el Estado debe participar con un capital no menor del 25% a través de MINERO PERU, las que deben necesariamente organizarse como sociedades anónimas.

La Ley General de Minería regula, pues, todas las actividades mineras y el ejercicio de los derechos mineros derivados de las concesiones, así como su vigencia y extinción, ha establecido el régimen tributario y de promoción a la industria minera y, en general, los aspectos relativos a la jurisdicción minera y a la contratación minera.

### 13.6. *Industria Manufacturera.*

La actividad industrial manufacturera está normada por la Ley General de Industrias<sup>36</sup>, cuya aplicación debe guardar concordancia con los compromisos asumidos por el Perú en los tratados internacionales y, en consecuencia, con las normas del Régimen Común de los Países del Pacto Andino (*Supra*, nos. 7 y 8).

<sup>34</sup> En la actualidad adecuada por Decreto Supremo N° 039-81-EM, de 29 de diciembre de 1981, como Empresa Estatal de Derecho Privado.

<sup>35</sup> En la actualidad regida por el Decreto Legislativo N° 156, de 12 de junio de 1981.

<sup>36</sup> Ley N° 23.407 de 28 de mayo de 1982.

Se trata de una ley de carácter promocional que persigue objetivos tales como la industrialización de los recursos naturales del país, la descentralización de la actividad industrial y la exportación de productos industriales nacionales. Pretende también alentar la industria automotriz de ensamblaje mediante la integración de componentes de producción nacional.

### 13.7. *Otras actividades*

Además de las actividades económicas que hemos reseñado, y que por un especial tratamiento legislativo hemos resaltado, existen otras en las que, no obstante el rol predominante del Estado, pueden tener cabida las empresas transnacionales, como puede ser el caso del transporte, y otras en las que con menor intervención del Estado se da mayor participación al capital privado y, por ello, a las empresas transnacionales, como es el caso de los servicios turísticos y el comercio.

Así, por ejemplo, en materia de transporte, cuando se trata de transporte aéreo-comercial entre lugares del territorio nacional, el servicio ha sido reservado por la Ley de Aeronáutica Civil<sup>37</sup> a las empresas peruanas y sólo por excepción algunos servicios especiales pueden realizarse por empresas extranjeras, pero siempre que las aeronaves estén matriculadas en el Perú. En materia de transporte marítimo se ha hecho reserva de un alto porcentaje de la carga de importación y exportación en favor de los buques de bandera nacional y sin perjuicio de los servicios que puedan prestar las empresas navieras nacionales, la Compañía Peruana de Vapores<sup>38</sup>, también una empresa estatal de derecho privado, es la encargada de la gestión empresarial del Estado, pudiendo, al efecto, realizar la administración y explotación de naves mercantes propias o arrendadas, pudiendo participar en la constitución de sociedades mercantiles o en el accionariado de las ya constituidas, para realizar actividades conexas. El transporte terrestre está reservado a empresas nacionales.

<sup>37</sup> Ley N° 15.720 de 11 de noviembre de 1965.

<sup>38</sup> En la actualidad regida por el Decreto Legislativo N° 100, de 29 de mayo de 1981.

En lo que se refiere a los servicios turísticos, por ley se ha declarado de interés público y de necesidad nacional la promoción y el desarrollo de la actividad turística, sin introducir restricciones a la participación del capital privado ni a la de las empresas extranjeras<sup>39</sup>, las que, desde luego, quedan sujetas al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros. Es así como la participación de las empresas transnacionales puede darse a través de los servicios turísticos, particularmente de los hoteleros.

La actividad comercial, aunque si bien sujeta a las políticas que se implementen en cuanto a la protección de la industria nacional, da cabida a la participación de empresas transnacionales, particularmente en productos de alta especialidad tecnológica. El comercio de productos de exportación es libre, aunque con restricciones en cuanto a la comercialización de productos reservados al Estado.

#### 14. *Las limitaciones a los modos de actuación de las empresas transnacionales*

No existe en el ordenamiento jurídico peruano norma que expresamente esté referida a la limitación de los modos de actuación de las empresas transnacionales. Tan sólo, como hemos visto al ocuparnos del régimen económico consagrado por la Constitución Política (*Supra* n° 6), existen preceptos que contienen los principios reguladores de la economía, reservándose el Estado actividades productivas y de servicios y estableciendo la potestad de hacer reserva también en favor de los peruanos, declarando que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que pertenecen al Estado, se reconoce la libertad de comercio e industria y, en general, se delimita el ámbito constitucional y legal dentro del cual puede desarrollarse la actividad empresarial.

Es en base a estos preceptos constitucionales y a los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, que hemos hecho una descripción de los sectores económicos donde es posi-

<sup>39</sup> Ley N° 24.027, de 12 de diciembre de 1984.

ble la actuación de empresas transnacionales bajo la normativa del Régimen Común de Tratamiento al Capital Extranjero y a la Transferencia de Tecnología. A este respecto consideramos que existen otras normas comunitarias que constituyen limitaciones al accionar de las empresas transnacionales, máxime si el Régimen Común, en su conjunto, constituye un estatuto de participación del capital extranjero y de sus empresas en los países del área andina. El organismo nacional competente, que en el Perú es Conite, no sólo registra la inversión extranjera sino que la controla.

De otro lado, lo que es materia de disposiciones expresas, es lo relativo a evitar los abusos que puedan derivarse de una posición dominante en el mercado. Como también lo hemos visto al ocuparnos del régimen económico consagrado por la Constitución Política (*Supra* nº 6), “están prohibidos los monopolios, los oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil” y que “la ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”.

Invocando el precepto constitucional, la Ley General de Industrias (*Supra* nº 13.6) dispuso que el Poder Ejecutivo adoptara “las medidas que eviten la competencia desleal, los monopolios y oligopolios, el acaparamiento y las prácticas y acuerdos restrictivos en la importación, la producción y la venta de insumos o de artículos manufacturados nacionales o importados”<sup>40</sup>.

En adición a las medidas dictadas en el mes de noviembre, se ha declarado de necesidad y utilidad pública la protección del consumidor frente al abuso derivado de la posición dominante en el mercado<sup>41</sup>, considerándose como posición dominante en el mercado “la que ejerce una empresa o grupo de empresas, que controla la producción y/o la comercialización de productos y/o prestación de servicios que individualmente o en conjunto alcan-

<sup>40</sup> Art. 3 de la ley Nº 23.407.

<sup>41</sup> Decreto Supremo Nº 407-85-EF, de 5 de noviembre de 1985, promulgado en uso de las facultades que el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución confiere al Presidente de la República.

con un volumen comprendido entre el 75 % y el 100 % del ramo correspondiente".

Como la norma se orienta a la defensa del consumidor, se ha establecido también un régimen de precios regulados para las empresas o grupos de empresas que puedan ejercer una posición dominante en el mercado, obligándolas a presentar declaración jurada periódica en cuanto a sus costos de producción, gastos comerciales y de ventas, gastos administrativos, gastos financieros y márgenes de utilidad sobre las ventas y sobre la inversión, para que sirva de sustento a la fijación de precios y su regulación. De esta medida pueden ser exceptuadas las empresas del Estado y en las que participe directa o indirectamente en la totalidad o parte de su capital accionario.

#### SUMMARY

#### THE CONCENTRATION OF TRANSNATIONAL SOCIETES AND THE LEGISLATION LIMITING ITS ACTION

*The study attempts the phenomenon of the concentration as presuppose and characteristic of Transnational Societes, which the author prefers to denominate Transnational Enterprises, developing it from the which are formulated as an answer to the presence of transnational enterprises in a country like Peru which keeps on being, fundamentally a commodities producer, and in which the low degree of industrialization maintains it in the condition of a developing country.*

*The study attempts the matter of the enterprise's juridical personality, and the Transnational Enterprise's structure. It makes a description of the juridical order in Peru, and reviews the Economic System settled by the Political Constitution adopted in 1979 and in force since 28 July 1980. The legislation limiting the action of Transnational Enterprises is considered as well as international treaties which Peru has signed and particularly the Common Regimen of Treatment to the Foreign Capitals and on Brands, Warrants, Licences and Royalties established for the countries signatory to the Acuerdo de Cartagena.*

*Settled in general terms the juridical frame within which the Transnational Enterprises may develop their activities, their ways of action are with the distinction discernment determined by the juridical forms em-*

showed. This way, the societies forms are distinguished through the constitution of succursals or subsidiaries, and of participation in already constituted societies, and, the no societies forms, considering the joint venture, whose closest typical contract in Peruvian Law is the Association in Participation.

Dealing with the Transnational Enterprise's ways of action, the study points out sectors of the economical activity in which their presence is possible within the frame of the legislation limiting of their action. There are considered, the banking, financial and insurance sector, fishing activity in its extractive and transforming aspects. hydrocarbon exploration and exploitation, mining activities in their various manifestations, and manufacturing industry, to conclude reviewing the rules that establish the State reserve regarding some productive and service activities and those which have been established to the benefit of peruvian nationals, as well as the way to avoid abuse derived from the so-called "dominant position in the market".

## LA PRESUNCION CIVIL DE CAUSALIDAD Y LOS TITULOS ABSTRACTOS EN EL DERECHO ARGENTINO

EDGARDO MARCELO ALBERTI \*

1. Cuatro artículos del código civil sustentan la afirmación dogmática de constituir, la causalidad de la obligación, un elemento necesario de la legitimidad de ésta. El sistema está compuesto por una afirmación inicial aparentemente objetiva, la de que *no hay obligación sin causa*, que en verdad constituye una regla inderogable de invalidación de toda obligación asumida—o impuesta— sin existir un antecedente del cual pueda derivarse legítimamente esa consecuencia. Sigue con una presunción, la de que *aunque la causa no esté expresada* es supuesto *ex lege* que ella existe; presunción simple u *hominis*, pues el deudor está autorizado para probar *lo contrario*. Continúa con una regla relativa a la simulación de la causal expresada en el título, de la cual predica que su falsedad no invalida el vínculo si existiere otra verdadera. Y concluye con la reprobación de la causalidad ilícita, llamada tal la que fuere *contraria a las leyes o al orden público*, que hace al vínculo *de ningún efecto*, esto es, lo invalida. Es notable cómo de este portal del sistema la regla completamente necesaria es solamente la primera, pues las tres restantes aparecen a su vez como prólogo de instituciones que compondrán ulteriormente la estructura de la codificación civil: La pre-

\* Profesor de derecho comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

sunción de causalidad del artículo 500 preanuncia el contenido del título xv, relativo al reconocimiento de las obligaciones, cuyo artículo 722 prescribe que *el acto del reconocimiento debe contener la causa de la obligación original*; la dispensa de invalidación del vínculo asumido con base en una declaración falsa de causalidad, cuando existiera otra verdadera, conduce al capítulo I, título II de la sección II, continente del artículo 958, según el cual *el acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser... anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero*, y la ineficacia de la obligación originada en causalidad ilícita integra armónicamente un sistema de invalidez con los posteriores artículos 953/4, sancionatorios de tal consecuencia para los actos que afectaren la capacidad de los sujetos, su libertad espiritual o patrimonial, que estuvieren ordenados al perjuicio de otros, o cuyas prestaciones fueran ilícitas.

Este denso material ha originado los más arduos análisis, particularmente en lo relativo a la comprensión de la idea de *causa* de la obligación, noción múltiple cuyos investigadores se han dividido —en lo más simple— entre quienes entendieron por tal el origen, antecedente o fuente del vínculo, y aquellos para los cuales lo aludido siquiera en alguno de los cuatro preceptos mencionados sería la llamada *causa final*, notable expresión extrínsecamente contradictoria en sus términos literales, alusiva del objetivo, efecto o intención perseguido con el establecimiento del vínculo. El debate se extendió cuando menos por dos siglos, en torno de los materiales que constituyeron base de la codificación civil nacional, ocupó muchas páginas de los estudios civilistas y, en definitiva, parece haberse extinguido falto de nuevos argumentos y ante el cierto desapego de sus espectadores, provocado por la circunstancia —frecuente en tales polémicas dogmáticas— de no advertirse claramente cuáles serían las consecuencias divergentes que resultarían de la adhesión a la una o a la otra de las tesis en pugna.

La regla del artículo 500 discurrió bastante pacíficamente; fue entendida como una disposición de modesto *alcance procesal* o, en todo caso, prescriptiva de la constitución documental de los

títulos y de su eficacia en sede judicial. En el primer aspecto fue explicada como dispensatoria de la necesidad de referir la causalidad u origen del vínculo en los documentos acreditativos; solución inversa de la propuesta por el jurista brasileño seguido en otros temas por el codificador argentino, para quien *del instrumento, de donde constare la obligación, debe constar igualmente su título*. Y en la segunda faceta, la regla dispensa de la carga procesal de explicar —y eventualmente demostrar— la existencia de una circunstancia antecedente determinante o constitutiva de la obligación cuya prestación fuera demandada: ella es presumida por la ley. Ambas aplicaciones del artículo conducen, al cabo, a atenuar la trascendencia del precedente artículo 499; la aplicación literal del conclusivo aserto de *no haber obligación sin causa* hubiera agobiado la redacción de los títulos o instrumentos vinculantes con la necesidad inderogable de relaciones sobre negocios o daciones, y hubiera engrosado y extendido las actuaciones judiciales con la exigencia de referencias y demostraciones tan onerosas como complicadas. Las dos reglas positivas constituyen unitariamente una norma de alcance sensato: la exigencia de causalidad precave de sumisiones incausadas o motivadas por antecedentes reprobados en derecho, la dispensa de la mención y de la demostración de la causa alivia el tráfico negocial.

2. Por cierto que tal dispensa de mención de la causa es de menor interés para la mayor parte de los instrumentos contractuales, pues en tanto descriptivos de un negocio bilateral, no pueden dejar de mencionar las prestaciones de la una y de la otra de las partes, constituyentes por sí de la causa del recíproco débito. Pero la regla alcanza toda su trascendencia cuando suponemos la documentación de la prestación consecuencia de uno de los llamados contratos unilaterales, en los cuales la prestación pendiente y, por tanto, necesitada de instrumentación, sujeta a uno solamente de los contratantes; o cuando imaginamos como supuesto de aplicación el reconocimiento escrito de una deuda y la consiguiente promesa de saldarla en favor del beneficiario de tal manifestación unilateral.

Dentro de tal inteligencia del sistema, que no es la única posible mas resulta la consuetudinariamente aceptada en los hechos en nuestro medio jurídico, subyacen cuestiones que pueden ser planteadas del siguiente modo: 1) ¿Son las reglas de los artículos 499/500 un sistema general del derecho patrimonial o se excluye su vigencia para las relaciones mercantiles?; 2) ¿Cuál es la extensión de la presunción de causalidad: meramente temporal y sujeta a una exigencia de demostración, o absoluta y liberada de toda carga de esa indagación?; 3) ¿Qué sujeto está sometido a la carga de invocar y demostrar la verdad de la presunción legal de causalidad, supuesto de ser negada? En verdad son muchos más los interrogantes derivados del sistema, pero éstos concentran la mayor parte de las cuestiones *prácticamente* interesantes para el tráfico económico o, en todo caso, aquellas que pueden ser vistas en estos apuntes iniciales.

3. Pareciera incuestionable que para la época de la redacción de los sistemas civil y comercial de la codificación argentina, el estado de la ciencia jurídica enseñaba a sus discípulos la existencia de una diversidad esencial entre las regulaciones de los actos de los sujetos de derecho y de los negocios de los comerciantes. Aquéllos se sometían a una disciplina minuciosa, que en las fuentes legislativas estaba llena de limitaciones y salvaguardas; éstos constituían profesionales sometidos a un riesgo casi connatural con su desenvolvimiento respecto de los cuales la legislación cuidaba más bien de la certidumbre de su identificación y la preparación para el cometido: registro de los comprometidos a asumir tales empresas, prescripción de los elementos instrumentales para ellas. Quien deseara devenir mercader habría de expresar su voluntad de hacer tal cosa idóneamente antes de someterse a tales riesgos, mediante la petición de una permisión especial para aventurarse a ellos, y obtenida la permisión (la matrícula) quedaba constituido en un sujeto librado a sus propios medios, consistentes éstos en reglas especiales de asunción de obligaciones y de exigencia de las mismas, fijadas las primeras por una *lex* consuetudinaria y las segundas sometidas a normativas locales ignorantes de privilegios subjetivos y

calidades nacionales. El premio de tales incertidumbres era el crédito como medio de actividad, y el lucro como resultado de la atinada y feliz aplicación de ese; pero el castigo se hallaba presente en el juzgamiento según los libros del adversario (Cód. de Com. 63, párrafo tercero) y en la imposibilidad de resistirse a los efectos literales de la obligación asumida de manera típicamente profesional (Cód. de Com. 212). El sistema debía gozar de una eficiencia difícil de concebir actualmente, cuando la fusión de sus dos partes, ya comenzada con el establecimiento de sendos códigos que al diferenciarse se parecen e inducen a pensar en su unificación o, cuando menos, en su integración (Cód. de Com. 207: *el derecho civil, en cuanto no esté modificado... es aplicable a las materias y negocios comerciales*), hace difícil sentir intuitivamente las bases sociológicas y culturales del diverso tratamiento de los miembros de una comunidad por razón de su actividad profesional. La cuestión debió ser simple antes de comenzada tal confusión que no derivó aun en unificación o, al menos, no llegó a ésta en la legislación positiva: el tráfico civil era arduo y necesitaba de la asistencia de expertos, sus consecuencias resultaban debatibles extensamente ante tribunales eruditos; la negociación con un mercader requería de una prolija determinación de la calidad profesional del sujeto como tal —mediante la exhibición de su matrícula o patente expedida por el soberano de su domicilio—, pero luego discurría por medios elementales en los cuales la documentación era simplísima, las responsabilidades declaradas expeditivamente por tribunales gremiales y la asistencia del Estado reducida a la exclusión del incumplidor mediante su bancarrota —solución suficiente para otros empresarios prudentes que no hubieran comprometido demasiado de su caudal en el crédito al insolvente, porque la certidumbre de su desaparición como sujeto del tráfico era solución más económica, y por ende conveniente, que una dilatada persecución.

Pero abandonada esa delimitación, elemental más utilísima en su simplicidad, resulta innegable que la norma de los artículos 499/500 del Código Civil ha de regir sobre las obligaciones

comerciales; ella está modificada por el código respectivo solamente cuando se tratare de una *obligación transmisible por vía de endoso* (Cód. de Com. 212). De manera que toda asunción de responsabilidad patrimonial queda sometida a la afirmación legal de existencia de causa, excusada de la referencia causal y excluida de la indagación y juzgamiento de la legitimidad causal cuando fuera reclamada por un tercero *de buena fe* que hubiera adquirido el crédito contenido en documentación de cierta especie caracterizada por su peculiar modo de circulación. Cabe proponer, en este punto, una conclusión preliminar: existe un sistema unitario de vinculación patrimonial constituido por la exigencia de causalidad y por la dispensa del riesgo de su discusión para quien exhiba buena fe siendo portador de un instrumento transmisible por vía de endoso.

4. La *de título transmisible por vía de endoso* constituye una remisión susceptible de entendimiento dual: tanto puede estar referida a instrumentos positivamente determinados por el mismo derecho continente de la remisión, en cuyo caso el uso de la locución resultaría solamente un artificio retórico supletorio de la enumeración precisa de cuales fueran esas "obligaciones", cuanto indicar la disposición del legislador de crear un sistema abierto que amparase ulteriormente toda relación cuyos sujetos hubieran previsto su transmisibilidad de ese modo simplificado. En definitiva, esa ambigüedad de la expresión —que es propia de todas las reglas de extremada generalidad, que logran ésta a costa del sacrificio de su concreción— es consecuencia de la ausencia de una regulación positivamente establecida que responda a la siguiente cuestión: ¿Es disponible para los sujetos la creación de títulos peculiares, como los "transmisibles por vía de endoso", o alternativamente, sólo pueden los sujetos negociar bajo la forma genérica del contrato, y otras vinculaciones están subordinadas a que el legislador provea el instrumento diferenciado? De hecho, la comunidad jurídica argentina ha respondido negativamente a la pregunta; solución por demás discutible como principio pero que es incuestionablemente adecuada a la constitución cultural del sistema. Ello sentado, se advierte que la extensión y

los efectos de la abstracción (prescindencia de la determinación causal) son muy limitados en el derecho argentino, al punto de que por tal es generalmente entendida la prescindibilidad sólo de la mención causal.

En rigor, y como mero *ex cursus* de esta exposición sintética, permítase una observación sobre los muy diversos grados a que pueda llegar la abstracción: No consiste ella solamente en una permisión de ausencia de referencia documental; puede llegar a significar una protección absoluta del título constituido abstractamente, cuando fuera permitido hacerlo así. Esto es, el grado máximo de la abstracción no reside en la necesidad de la mención de la *valuta* o relación fundamental, en los títulos cambiarios como lo son la letra y el pagaré, al igual que el cheque que se les asimila en sus efectos aunque derive para nuestro sistema de una base dogmática distinta, sino en la inviabilidad misma de toda indagación causal. Este es el grado de abstracción mayor, que abarca tanto la mención como la sustancia del tema, que ampara solamente los títulos transmisibles por vía de endoso *cuando fueran ejercidos por un tercero de buena fe*. Hasta este punto la abstracción admisible en derecho nacional es una exoneración de debate causal meramente temporal: no es precisa la mención del antecedente legitimante del vínculo en la documentación de la obligación, y por obra de reglas procesales no es audible la discusión al respecto hasta la satisfacción del débito amparado por una sentencia provisional (la llamada cosa juzgada formal, propia de la decisión pronunciada en instancia de ejecución, sujeta a revisión en acción judicial de pleno conocimiento). Esto sucede merced a la actuación simultánea de dos índoles de disposiciones: la una de derecho común, que excusa de la *cláusula valuta* la confección de ciertos determinados instrumentos continentales de promesas de dación pecuniaria (decreto ley 5965/63 y decreto ley 4776/63, relativos a la letra de cambio y al cheque, respectivamente), y les asigna un trámite de persecución judicial privilegiadamente restrictivo de las defensas admisibles (dec. ley 5965 cit., 60 y dec. ley 4776 cit., 38); y la otra de derecho procesal, que reduce las defensas (excepcio-

nes) argüibles en vía ejecutiva a las sustentadas en las formas extrínsecas del instrumento que fundara la pretensión (Cód. Proc. Nacional 544, 4.º, disposición representativa de las que similarmente contienen todos los ordenamientos locales, anteriores o posteriores a ese).

Quiere ello decir que la máxima abstracción posible es meramente temporal y dura hasta que la satisfacción *provisional* de la obligación autorice al deudor aparente para hacer revisar en justicia su legitimidad causal; con la ampliación hasta una protección absoluta cuando el vínculo sea invocado por un tercero que lo hubiera adquirido asistido de buena fe, a condición de que el crédito constara en un título específicamente típico (la letra de cambio, protegida por el art. 18 del dec. ley 5965 citado; el cheque, amparado por el art. 20 del dec. ley 4776 citado) o, en cierta doctrina que carece de ejemplos de aplicación, en un título de los genéricamente calificables como "obligaciones transmisibles por vía de endoso", si fuera admitida la existencia de otras de éstas además de la letra y del cheque (esto último, según Cód. de Com. 212). Aun en favor del tercero esta protección es limitada por que no ampara la abstracción *per se*, sino que lo hace cuando la obligación ha sido adquirida por un sujeto dotado de buena fe. Ciertamente que tal carácter es presumido en los sujetos de derecho, pero está permitida la afirmación en sentido contrario y la tentativa de la demostración probatoria de la inexistencia de aquélla, lo cual obligará al tercero a responder la indagación y aun, para consolidar su posición, a exhibir la negociación justificante de la regularidad de su proceder, que tal es en definitiva la sustancia de la buena fe.

Esta limitación del grado posible de abstracción —que no es solamente instrumental, prescindencia de mención causal, sino que puede consistir en la indiferencia para el derecho del origen causal del vínculo— resulta consecuencia de un antagonismo argumental que anida en la propia estructura de las relaciones exclusivamente civiles. Quedó apuntado al comienzo que la regla del artículo 500 debe ser interpretada como parte de un sistema con el título relativo al reconocimiento de las obligaciones; que

los artículos 500 y 722 pueden ser vistos como un sistema pro-  
mitivos de la posibilidad de generación de vinculaciones ab-  
tractas por los particulares. Es notable la dualidad de ambas  
disposiciones: la primera supone la existencia de causa y hace  
prescindible su mención, la segunda la exige y aun referida a la  
reconocida. De manera que la obligación originaria ulteriormente  
posible, ya que la norma resultante vendría a decir que todo ins-  
trumento continente de una obligación goza de la presunción de  
causalidad, la cual *debe* estar expresada en él (Cód. Civ. 722:  
*El acto del reconocimiento debe contener la causa de la obliga-  
ción original, . . .*). Es obvio que la satisfacción simultánea de  
tales preceptos priva de sustancia al primero de ellos, pues de  
nada sirve una presunción legal de lo que —de todos modos—  
ha de ser expresado. La tentativa de armonización ha negado la  
virtualidad del terminante *debe* empleado por el Código Civil  
722, que unido al precepto sobre nulidad de los actos jurídicos  
(Cód. Civ. 1044: *Son nulos . . . cuando no tuviese la forma exclu-  
sivamente ordenada por la ley . . .*) parece inderogable; para redu-  
cirlo a un requisito disponible sugerido por la ley positiva para  
simplificar la determinación de la obligación a la cual estuviere  
referido ese reconocimiento. Y de allí se siguió a corto trecho  
la conclusión de constituir ésa una mención prescindible en mé-  
rito de la presunción del artículo 500.

La técnica de interpretación así puesta en aplicación es,  
científicamente, muy discutible, pues resulta sabido que de dos  
disposiciones de diferente grado de concreción, ha de prevalecer  
la de mayor especificidad. Y su consecuencia —*no infortunada*—  
ha sido la de disponer de un virtual sistema de asunción de deu-  
das bajo el nombre de reconocimiento de obligaciones. La diver-  
sidad terminológica no exhibe simplemente riqueza idiomática  
ni juego estilístico de sinónimos; muy diversa es la constitución  
del *reconocimiento de la obligación* respecto de la de una *prome-  
sa de pagar*, y la adopción de la una o de la otra figura no es  
mero accidente histórico del derecho sino inclinación sociológi-

ca hacia mayor o menor grado de abstracción en la constitución de las vinculaciones patrimoniales. La técnica del *reconocimiento de deuda* mantiene ese acto dependiente de un origen y, por lo tanto, discutible en mayor o menor medida la legitimidad y regularidad del antecedente; la técnica de la *promesa de pagar* tiende a desvincular tal acto de su ancestro justificante para resaltar su finalidad material orientada a provocar una dación forzada por el acatamiento coercible de tal vínculo. Por cierto que un sistema permisivo del compromiso abstracto de pagar, sometido a alguna limitación prudente, tiende a aproximarse al prescriptivo de la legitimidad del solo reconocimiento de obligaciones causadas, pero adornado con presunciones que dispensen al menos inicialmente de la carga de demostración de aquella causalidad legitimante. Por donde se concluye que el entendimiento del sentido de la extensión material de la discusión e indagación causal permitida en los tribunales encargados de la aplicación de tal derecho.

5. Parece una conclusión elemental la de que quien goce de una presunción legal en su favor (o, si se quiere, con una licencia expresiva, en favor del instrumento continente de la vinculación patrimonial) sea exonerado de proveer los elementos cubiertos por tal presunción. Ya veremos que tan obvia derivación, que más bien parece una tautología, resultará insuficiente apenas los hechos, los ingobernables hechos, vengan a dar realidad al esquema conceptual. Pero de momento cabe concluir que la presunción legal —simple u *hominis*, por mérito de la ausencia de una prescripción positiva sobre la inadmisibilidad de su cuestionamiento *in concreto*— somete al obligado a la carga de impugnar los efectos legitimantes del vínculo que de ella derivan. El esquema es prístino todavía: un sujeto requiere la prestación prometida mediante un instrumento continente de la sumisión a la obligación de darla —o de su reconocimiento, supuesto que ella preexistiera—, exhibe tal instrumento y el requerido habrá de destituir de eficacia en derecho ese antecedente único constituido por el título, que es la obligación misma en la expresión del artículo 500.

¿De qué vías dispone el requerido? Cuando menos de una, y según algunos, solamente dispondría de esta. Le cabe asignar al acto de sujeción —o de reconocimiento— un origen viciado; y probado el vicio (y supuesto que el título no sea transmisible mediante endoso y se halle en poder de tercero de buena fe; situación excluyente de toda invocación de relaciones personales precedentes según ha sido visto en el § 4), quedará exonerado de la prestación pues el título que adoleciera de error, de dolo, de violencia, de intimidación o de simulación (en su otorgamiento) podrá ser anulado (cód. civ. 954, 1050, 1058). Muchas veces ha sido sostenido, especialmente en pasadas épocas, que solamente esta vía defensiva estaba concedida al otorgante de un instrumento continente de una obligación abstracta; pues —se decía— el otorgamiento mismo de tal título implicaba precluir toda indagación sobre la causalidad que lo determinara, por obra de la voluntad de tal consecuencia de parte del otorgante. La discusión fue ardua, y en definitiva concluyó siendo superada por la evolución del pensamiento jurídico antes que por la prevalecencia de una de las dos tesis en pugna: Si la simulación es un vicio del acto, sentado que la causalidad presumida fuera a su vez una simulación encubridora de un vacío (cód. civ. 956: *La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, . . .*), la invocación de vicio en el acto de asunción de la obligación contiene la posibilidad de invocar que la causalidad del débito es ilegítima o simplemente inexistente, a título de afirmación de simulación en uno de los elementos del acto obligacional. Quiere esto decir que el impugnante del título obligacional ha de ser atendido cuando alegue, no solamente que lo extendió víctima de un vicio de su voluntad, sino también cuando sostenga que tal asunción o reconocimiento de un débito ha carecido de causa, fuere de causa legítima o simplemente de causa.

En este punto aparece la posibilidad de proponer un argumento teórico, descartable como se verá por obra de la ausencia de precepto positivo que lo concrete legislativamente. Se trata de la opinabilidad de la admisión de una controversia relativa a la falta de causa en un título constituido sin vicio de dolo ni de

violencia, por parte de quien lo ha otorgado. Esto aparecería, *prima facie*, como la invocación del obrar arbitrario; la cual es impertinente en el sujeto capaz. Pero no existe disposición que subordine la excepción de inexistencia de causa a la justificación de la creación del título carente de ella; por lo que el tema queda reducido a provocar una inferencia eventualmente contribuyente a la decisión: la de ser inverosímil la alegada inexistencia causal cuando el documento continente de la obligación que es corrientemente consecuencia de aquella ha sido creado sin influencia del dolo ni de la violencia. Inferencia que, al fin, agrava la carga probatoria del excepcionante; pero que no es de suyo decisiva de la cuestión.

La constitución de los procesos fundados en títulos beneficiarios con la presunción del art. 500 propone una cuestión que ha recibido el aporte de soluciones opuestas: Piénsase que la carga de alegar la inexistencia de la causa, y la de probarla, pesa íntegramente sobre el excepcionante del cumplimiento; o argúyese que el presentante del título debiera afrontar cuando menos la primera de esas cargas —o la primera parte de ella— si la alegación y la prueba fueran vistas como dos etapas de una actuación unitaria. Esta última opinión parece inicialmente sorprendente, porque importaría una derogación del efecto de la presunción normada: ¿Qué más debiera ser requerido a quien se ampara en texto positivo que la mera invocación de esa protección? Pero en sentido contrario ha sido argüido, muy seriamente, que el excepcionante sostenedor de la inexistencia causal en el título no podría llegar jamás a la prueba de tal aserto, de no ser delimitada la ausencia por probar; puesto que en la extensión indefinida de las causas derivadas del obrar humano resultaría imposible demostrar, tan vasto como fuera el acopio probatorio, la ausencia de *toda otra* posibilidad causal.

El análisis del tema ingresa en este punto en un casuismo específico; en buena medida dependiente de la construcción de los argumentos propuestos por los contradictores de tan original situación. Pero ello no autoriza a abandonar la tentativa de una sistematización; so pena de admitir la impredecibilidad del de-

sarrollo y regulación de la controversia y de someternos a una discrecionalidad circunstancial insatisfactoria.

Una primera solución consistiría en negar lisa y llanamente la eficacia del acto abstracto del reconocimiento de obligación, con base en el cciv 722 y en la existencia de instrumentos *típicos*, donde tal omisión está permitida de modo expreso. En consecuencia, la norma general estaría constituida por la exigencia de causalidad, la disposición del art. 500 constituiría simple presunción *probatoria*; para amparar con el beneficio de la verosimilitud, la causalidad que el presentante del título insuficiente debiera invocar para complementarlo liminarmente. La denuncia de la causa omitida en el título constituiría así una *condictio iuris* de la acción; y su insatisfacción impediría la estimación de la pretensión por ausencia de un extremo opuesto pero no menos importante que el de la finalidad u objeto de la obligación. La falta de la una y del otro llevarían igualmente a la ineficacia del vínculo, por aplicación respectiva de los arts. 499 y 953. Pero esta solución es ya insostenible en el estado actual de la evolución del pensamiento jurídico nacional: contra opiniones mantenidas hace casi medio siglo, la exigencia de mención causal del cciv 722 es entendida aun por los exégetas más ortodoxos como una prescripción disponible. Es pues deseable una solución que importase volver sobre esta conclusión pacífica.

Tampoco es aceptable la tesis exactamente opuesta, consistente en dejar sobre el excepcionante (el requerido para atender la obligación reconocida con asunción de su prestación) la provisión de la demostración de no haber existido posibilidad de causalidad ninguna para tal acto. La impugnación de esta suerte de títulos proviene, generalmente, de sucesores contra los cuales es opuesto un instrumento cuyo origen y existencia misma desconocían hasta ser requeridos para satisfacerlo. Y en tal situación la aplicación mecánica de la regla que atribuye la carga probatoria a quien afirmase el extremo sustentario de su excepción equivaldría a la exigencia de un imposible, con la insoluble remi-

sión del tema al juego del principio según el cual no es exigible la prestación imposible. La argumentación quedaría acá interrumpida sin posibilidad de llegar a una conclusión convincente. Tampoco sería posible sostener que ese fuera el punto final de la controversia, porque contra la imposición de la carga probatoria al afirmante, se ha levantado convincentemente la tesis de que debe proveer la prueba aquel que disponga de ella; esto es, no prueba quien demanda, ni aun prueba quien afirma, sino que ha de probar quien pueda hacerlo. Los sucesores del sujeto a un reconocimiento de obligación sostendrán —con racionalidad— que es el beneficiario del instrumento quien puede suministrar la afirmación de su causalidad.

Tal exigencia no parece descabellada; y aun es congruente con reglas procesales que autorizan la formulación de preguntas recíprocas de las partes para asignarles el mérito de constituir una inferencia desfavorable a quien afirmara desconocimiento u olvido, cuando la posibilidad de esto fuera inverosímil. Este camino de solución pragmática del conflicto ha provocado soluciones jurisprudenciales necesitadas de análisis: Ha sido sostenido que cuando el beneficiario del reconocimiento de una deuda invocada determinada causa, consume la presunción legal de la causalidad y adquiere la carga de probar su afirmación (Cámara 3ª en lo Civil y Com. de Córdoba, 26-5-72, Jorge —su sucesión— c. Duna, *Jurisprudencia Argentina* 16 (1972) 681; en similar sentido de la ponencia del Juez Artetas en esta causa, sentencia de primera instancia confirmada por la Cámara en lo Comercial de la Capital, sala B, 19-3-82, Ruíz c. Peñancorano, *Jurisprudencia y Legislación*, año 2, n° 40, fallo 6903; donde es invocada como precedente la decisión de la Cámara en lo Comercial de la Capital, 3-12-43, González c. Nebbia, *La Ley* 3 (1944) 643; que a su vez remite a la del mismo tribunal, 19-9-23, Ciesco c. Genaro, *JA* 11 (1923) 636). En verdad, en estas dos mencionadas últimamente no se trató sobre la eficacia de la abstracción, sub cciv 500, sino que fue discutida la virtualidad de la causa declarada en el título y sostenida por los pretensores, lo que colocó la controversia bajo la regla de los artículos 501/2 del código

civil. Aquella tendencia interpretativa debe ser desechada absolutamente, en mi parecer, pues conduce a una virtual derogación de los beneficios de la presunción del artículo 500 y de la evolución de la exégesis del artículo 722 que atenuó su rigorismo formal. Cabe ciertamente admitir la exigencia de explicación del beneficiario de un título carente de expresión causal sobre cuál haya sido el antecedente que movió a su creación; pero si la *causalidad omitida* está presumida, la eficacia de tal precepto impone suponer la veracidad de la *causalidad declarada* hasta que el vinculado por este título provea evidencia de la falsedad de esta declaración. Y entonces, supuesta la provisión de información por el beneficiario sobre la causalidad inexpresada, el beneficio de la presunción legal se traslada de la suplencia del elemento omitido a la veracidad del antecedente declarado. Por cierto que desvirtuada mediante prueba del obligado la veracidad presumida —pero *solamente* presumida— por la ley, la solución del conflicto se traslada al inequívoco artículo 501; cuya aplicación exige que la causa disimulada sea demostrada por quien la invocase para sanear la falsedad de la causa simulada.

6. El desarrollo argumental propuesto en estas notas sobre un tema pragmático autoriza para sugerir, finalmente, algunas conclusiones.

La *primera* de ellas es que la interpretación de las reglas civiles ha mostrado una alternancia curiosa: a) Minimizó la extensión literalmente irrestricta del artículo 500 al no proponer la derivación franca de la legitimidad positiva de los documentos atípicos y abstractos de deuda, en la negociación patrimonial; pero *inversamente*, b) atenuó también la exigencia de mención causal en el reconocimiento de obligación permitiendo —*in factis*— la emisión de estos reconocimientos *como si fueran* títulos abstractos. No es extraño que la praxis negocial haya prescindido de la posibilidad documental brindada de esta manera incierta; por una parte el recurso a un título de probada eficacia como el pagaré (o la letra de cambio) satisface en lo corriente la necesidad de los operadores, por la otra es previsible el distanciamiento respecto de un modo documental autorizado casi crípticamente,

como a través de una brecha del sistema antes que como producto conciente del orden jurídico.

La *segunda* conclusión extraíble de lo anterior es la insostenibilidad de una tesis negativa de la posibilidad de los sujetos de derecho de constituir títulos abstractos distintos de los sujetos típicamente por las reglas específicas de los instrumentos circulatorios o papeles de comercio. Esto es así pacíficamente en la legislación mercantil propiamente dicha, porque esta no necesitó hasta poco ha de otros instrumentos; pero no es necesariamente cierto en la totalidad del derecho patrimonial, pues el recurso al artículo 500 está abierto a particulares y a comerciantes (sujetos individuales o sociedades).

Ahora bien, y puesto que los sujetos podrían pues constituir *otros* títulos abstractos además de los cambiarios sub artículo 500 del código civil, ¿cuál es la base argumental que permite exigir de los cambiarios una perfección formal absoluta, so pena de su invalidez? El argumento tradicional sustentatorio de la exigencia de rigor formal en los títulos cartulares reside en la afirmación de que lo extremado de su aptitud vinculatoria resultante de la pérdida para el obligado de las defensas de fundamento causal —por razón de la abstracción del título en este aspecto—, impone correlativamente una acabada perfección formal. Este basamento argumental se diluye cuando es notado que los particulares podrían otorgar otros instrumentos abstractos, sin sujeción a ninguna exigencia formal, mediante el sistema resultante de la combinación de los artículos 500 y 1012 del código civil. Cabría pues proponer —casi audazmente...— el abandono de la interpretación más severa del primer párrafo del artículo 2 del decreto-ley 5965/63 (*El título al cual le falte alguno de los requisitos... no es letra de cambio...*); para derivar de esto que de cualquier modo ese instrumento es vinculante bajo la calificación de reconocimiento abstracto de la obligación de dar suma de dinero, evitándose así la invalidación absoluta del instrumento, y en correlación con el consejo del artículo 218: 3º, código de comercio. La consecuencia final de este camino de pensamiento acercaría alguna vez a la actualmente imposible fusión

de los dos sistemas en que se divide mundialmente la regulación de los títulos cambiarios; pues mientras el de concreción ginebrina ha previsto una estructura formal analítica e inexcusable para el título, el anglosajón se conforma con la forma escrita, la promesa incondicional de pagar suma cierta de dinero, la indicación del momento de exigibilidad, la autorización de satisfacerlo al beneficiario o a quien este ordenara hacerlo, y la firma. Es advertible que el primer sistema impide la construcción flexible de estos títulos, pues cláusulas adicionales queridas por los negociantes chocarían con las múltiples que son de rigor en ellos; en tanto que el segundo mantiene la calidad de *draft* —que es genérica— para aquellos que satisfagan el mínimo de ingredientes referido, permitiendo así la adición de variantes múltiples no invalidatorias del papel.

La última conclusión por sostener acá reside en la conveniencia de un entendimiento generoso del artículo 500 del código civil, en el sentido de que la presunción de existir causa lícita y eficaz en toda obligación instrumentada ampara también la veracidad de la causa declarada por el beneficiario de esa prestación documentada; pues la reducción de la regla a la primera de estas consecuencias concluye por destituirla de eficacia para la facilitación del tráfico documental. La opción por una u otra tesis constituye a la postre una decisión cultural fundada en valores pre-jurídicos de la comunidad. Una visión muy estricta de los medios documentales permitidos a los particulares no implica necesariamente una mejor protección de la regla moral en el tráfico; puede indicar infaustamente un gran descreimiento en la eficacia de los medios jurisdiccionales para asegurar la represión del fraude y la adopción a modo de prevención de una interpretación obstructora del abuso mediante el artificio de hacer muy rígida toda negociación patrimonial entre partes. En cambio, la confianza en la aptitud del sistema jurídico —y de la estructura judicial en particular— para mantener eficazmente la represión de la *in iuria* conducirá a liberar la negociación y su documentación de tipicidad y de requisitos escriturarios cuya prescindencia, una vez decidida valerosamente, revela la intrascendencia de todo ello.

## SUMMARY

The Argentine Civil Code includes a rule (Sec. 500) providing the presumption of a licit cause for those obligations concluded by means of an abstract document. The paper deals with the evolution of the construction of such rule and the narrow effect granted to it to protect the assumption of debts by means of atypical abstract documents (excluding bills, promissory notes and checks, the transfer and enforcement of which is governed by specific rules contained in other Argentine statutes). The article also proposes a wider construction of the possibility to create acknowledgments of debt with no reference to their originating cause and with no formal requirements.

## BIBLIOGRAFIA

## NOTAS DE LIBROS

SCHMIDT, Karsten, *Handelsrecht*, (782 págs.), Köln, Berlín, Bonn, München, Karl Heymanns Verlag KG, 1982.

No es común dedicar un comentario en una revista como ésta a un libro de texto. La obra del prolífico profesor de Hamburgo, sin embargo, es una de aquéllas que llama la atención no sólo por su calidad intrínseca y su metodología, sino por lo original y polémico de su enfoque sobre el contenido del derecho mercantil. Tanto es ello así, que los comentaristas en Alemania reaccionaron casi airadamente contra alguno de los postulados sostenidos por el autor (véase, por ejemplo, el comentario de Wolfgang Zöllner en ZGH, 1983, nº 1, pág. 82, cuyo título —“¿De qué trata el derecho mercantil?”— da la pauta del tono polémico de la crítica).

Lo esencial es que la descripción del derecho mercantil alemán, que legislativamente se centra en la noción del comerciante, es realizada por Karsten Schmidt alrededor de la noción de la empresa, que desplaza y sustituye a la primera como eje único de la materia. Es claro que la idea no es nueva: W. Endemann en la primera edición de 1865 de su ‘*Deutsches Handelsrecht systematisch dargestellt*’ abrió el camino para más de un siglo de teorías sobre la empresa y su función en el derecho. Pero lo notable del libro en comentario es que, en lugar de dedicarle uno o un par de capítulos a la teoría de la empresa, reconstruye toda la exposición de la materia conforme a la nueva concepción del derecho mercantil que sustenta. Y así, del comerciante recién comienza a hablar después de doscientas páginas de tratar solamen-

te de la empresa, cosa notable para el comentario a un código cuyo artículo 1 comienza por definir al comerciante.

Es preciso destacar que en el mundo jurídico germano existe una acentuada tendencia a dar por aceptadas nuevas ramas del derecho apenas las mismas comienzan a tener algún grado de desarrollo y unos pocos principios propios. Por ello la tendencia centrífuga en el derecho mercantil es allí mucho más acentuada que en otros países y el desprendimiento de áreas jurídicas relevantes ha dejado un residuo muy modesto al tronco tradicional. Así, dudándose en la doctrina del sentido del derecho mercantil como materia especial, Karsten Schmidt rescata con energía un concepto delimitador, a saber, el del derecho privado externo (*Aussenprivatrecht*) de las empresas. Con esto el autor quiere distinguir lo que son las materias de organización de la empresa y de su estructura —el derecho societario, el derecho de la cogestión, el derecho de las relaciones laborales, etc.— que serían el derecho interno de las empresas o, en otros términos, el derecho constitucional de la empresa, de aquel derecho que regula las relaciones externas que las empresas establecen entre sí y con terceros.

Por supuesto que una de las mayores dificultades que se le presentan al autor consiste en la necesidad de caracterizar a las empresas regidas por el derecho mercantil, precisamente como mercantiles, para diferenciarlas de las que no lo son. Este tropiezo, ya sufrido hace medio siglo por otros autores alemanes e italianos, le hace afirmar, en definitiva, que “el derecho mercantil lleva en sí la semilla de un derecho general externo de las empresas. Su cuidadosa conversión en un derecho privado externo de las empresas es la tarea presente de la ciencia del derecho mercantil”. (Pág. 10).

Se enrola en la tesis según la cual no existe posibilidad de una definición unívoca de la empresa. Por el contrario, sostiene que el concepto está determinado teleológicamente, o sea, considerando la finalidad legal, por lo que la noción, a los efectos del derecho mercantil, es sin duda diferenciada de la de los derechos de la competencia, o de los grupos societarios, etc. Y

desarrollando definiciones anteriores, para Schmidt la empresa se describe como "la unidad económica organizada a través de la cual el empresario se presenta en el mercado", con el agregado de las tres características siguientes: a) una medida mínima de medios materiales y personales; b) una medida mínima de unidad organizada, y c) la aparición externa de la unidad económica organizada en el mercado (Págs. 51/52).

Aunque sostiene que lo más lógico sería atribuirle a la empresa el carácter de sujeto de derecho, reconoce que la legislación vigente no da margen para sostenerlo. En cambio, introduce el concepto del "portador" de la empresa (Unternehmensträger), a quien caracteriza como el "sujeto de imputación de todos los derechos y obligaciones de la empresa". Y sigue explicando: "la empresa es el punto de contacto de esa imputabilidad unitaria. A cada portador de empresa necesariamente le es atribuida una empresa, y a cada empresa un portador de empresa... Hablamos de portador de empresa, no de 'empresa', porque es la incapacidad de derecho de la empresa la que nos obliga a operar con el concepto de portador de empresa" (pág. 64). Y aclara luego las distinciones con nociones de comerciante y de empresario, que no conforman una precisión conceptual suficiente. También y esto es especialmente interesante, distingue aquella noción del concepto de "titular" de la empresa, porque niega que la relación del portador de la empresa con la empresa sea una relación de propiedad.

Las ideas precedentes son desarrolladas con el tratamiento de quiénes pueden ser portadores de la empresa, tema en el cual se destaca la consideración de los casos del síndico concursal, del albacea testamentario, de las sociedades sin personalidad jurídica. Recalca la necesaria independencia jurídica del portador de empresa, ello en cuanto a su capacidad civil, concursal y procesal. En sendos capítulos posteriores se analiza la empresa como objeto de derecho, la protección de derecho privado de la empresa y de sus elementos y el difícil problema de la continuidad de las relaciones jurídicas en caso de cambio del portador de la empresa. La tesis que construye sobre este último tema sobre la base de los artículos 25 a 28 del Código de Comercio

alemán —cuyo detalle sería excesivo desarrollar— constituyen propuestas absolutamente novedosas en la doctrina alemana y significan un avance notable en punto a la responsabilidad de la hacienda mercantil por las deudas contraídas a su respecto, con independencia de la transmisión de la empresa. Por supuesto, es éste también uno de los pasajes de la obra que ha encontrado resistencia en la doctrina especializada.

El resto de la obra, si bien imbuida de la concepción doctrinaria reseñada, trata de los temas tradicionales del Código de Comercio, a saber, la noción de comerciante, la publicidad comercial, la firma comercial, la representación comercial, la teoría general de los negocios mercantiles, las relaciones mercantiles continuadas y la cuenta corriente, las garantías y los papeles de comercio, el transporte, la expedición y el depósito y, finalmente, algunos de los contratos mercantiles modernos como el leasing, los contratos de licencia, los contratos bancarios y los seguros.

En suma, un aporte notable por su coraje doctrinario, la claridad de su exposición y lo didáctico de su método, ampliamente ilustrado con ejemplos de cada uno de los problemas tratados.

RAFAEL MARIANO MANOVIL

SPOLANSKY, Norberto, CARRIÓ, Alejandro, y GARCÍA, Luis, *Casos y Problemas de Derecho Penal*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1986, un volumen de XII más 186 páginas.

Los autores, Norberto Spolansky, Alejandro Carrió y Luis García, Profesores de Derecho Penal, Parte General, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, han elaborado, con este volumen, un excelente instrumento de enseñanza de Derecho Penal sometiendo al examen crítico y a la capacidad de análisis de sus alumnos, casos de la vida real, decididos por la Corte Suprema de Justicia Nacional,

y casos hipotéticos. Tal enfoque recuerda la noble tradición de los grandes juristas romanos. Ellos eludían las abstracciones y los planteos generales. Preferían tomar como punto de partida los datos concretos del caso sometido a su dictamen u opinión y razonar la solución adecuada del conflicto en base al Derecho aplicable (Jus), más allá de la ley (*lex*). Era la razón, el sentimiento de la justicia y un exquisito sentido común los que daban las respuestas. Solían poner a prueba el mérito de sus conclusiones variando los hechos del caso o imaginando situaciones distintas de la planteada. La consideración de la cuestión aparecía íntimamente vinculada a su contexto social, a las exigencias y conveniencias de la comunidad, y a la posibilidad de ejecutar con eficacia la solución propuesta, en el entendimiento de que ella habría de redundar en beneficio del pueblo romano. Ese fino sentido práctico de los juristas romanos, su estrecho contacto con la realidad y con las exigencias de la justicia se perdió más tarde, sobre todo durante el iluminismo, por una variada serie de razones que no interesa aquí desarrollar. Prosperó la abstracción, la generalización, la construcción doctrinaria, la búsqueda de conceptos esenciales, de definiciones, y de "naturalezas jurídicas", alejando a los juristas continentales de la vida real y de sus exigencias. Se identificó el conocimiento del Derecho con el conocimiento de las teorías, cuyo prestigio más aumentaba, cuanto más crecía la abstracción. Previsiblemente, los profesores de Derecho identificaron la enseñanza del derecho con la enseñanza de la teoría abstracta, fuese cual fuese su relación con la vida social y su repercusión en la vida práctica. La enseñanza se hizo así dogmática, esotérica, repetitiva y memoriosa. El alumno padecía intelectualmente y se fatigaba psíquicamente, en tanto el profesor se transformaba en un *magister* intermediario en la transmisión de conceptos generales, despreocupado de la recepción del mensaje por parte de sus pasivos destinatarios y del significado funcional del mismo.

El texto de enseñanza elaborado por Spolansky, Carrió y García se aleja radicalmente de ese modelo de enseñanza. Coloca al estudiante en una posición activa e inquisitiva. Le invita a razonar frente a problemas concretos de la realidad existencial.

Es llamado a ejercitar su capacidad de análisis y de evaluación y juzgamiento. No se le pide reverente adhesión a los conceptos de los tribunales ni a las exposiciones de los tratadistas o profesores. La enseñanza se despliega a partir de la toma de contacto con situaciones conflictivas acaecidas en la realidad, mediante la acción cooperativa y creadora del alumno y del profesor. Este pasa a cumplir una suerte de función catalítica, evitando suministrar recetas conceptuales susceptibles de ser alojadas quasi mecánicamente en la mente del educando. La clase y el texto de enseñanza convocan al alumno a indagar, a preguntarse, a avanzar soluciones tentativas y a juzgarlas ante el tribunal de la razón.

Este volumen exhibe parentesco de contenido y similar preocupación pedagógica con el publicado por el profesor Uriarte para la enseñanza de Derecho de Familia. Ambos son buena evidencia de los importantes cambios de orientación pedagógica que se van produciendo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Ya han comenzado los esfuerzos por transformar la clase magistral del profesor, recibida pasivamente por el alumno, para colocar a ambos términos de la relación educativa (el profesor y el alumno) en una posición activa. Con todo fundamento destaca Spolansky en sus palabras prologares la utilidad del método pedagógico trasuntado en el volumen aquí en comentario al operar como un instrumento en el que los casos hipotéticos o problemas reales presentados colocan a los alumnos ante la necesidad de dar respuestas fundadas y de someterlas al enjuiciamiento público y crítico.

No menos destacable es la preocupación de los autores por relacionar las diversas interpretaciones posibles de las normas jurídicas aplicables con sus consecuencias prácticas. Dice muy bien Spolansky en sus páginas introductorias:

“...es necesario que la enseñanza vincule la interpretación y análisis de las teorías y de las reglas objeto de estudio a las consecuencias pragmáticas a las que ellas llevan”.

Así debe ser.

Debo confesar mi reiterada sorpresa ante las múltiples manifestaciones de desinterés por parte de juristas y profesores acerca de las consecuencias de sus doctrinas, producto habitual de desarrollos deductivos a partir de premisas lógicas aceptadas sin un previo examen crítico de su fundamento o de sus limitaciones. Esos juristas y doctrinarios manifiestan orgullosamente haber cumplido su misión científica al desarrollar un perfecto silogismo, sean cuales fueren sus consecuencias. Olvidan, aparentemente, que jueces y abogados son portavoces de la comunidad cuyos valores deben expresar, obligados por la naturaleza de sus respectivas funciones a facilitar el entendimiento comunitario mediante una progresiva realización de los valores jurídicos, la justicia en primer término.

El volumen consta de dos partes claramente diferenciadas. La primera trae referencias a casos decididos por la Corte Suprema de Justicia y plantea interrogantes acerca del alcance de los precedentes jurisprudenciales. Los autores imaginan situaciones dilemáticas y aporías para poner a prueba tanto el significado del precedente como la aptitud crítica y capacidad argumentativa del alumno. Esta técnica se aproxima a una de las variaciones del *case-method* aplicada en las escuelas de Derecho de los Estados Unidos. La segunda parte transcribe una serie de importantes sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia Nacional precedidas en varios casos por dictámenes del procurador general o por sentencias de tribunales inferiores.

La publicación de este volumen contribuye a consolidar las esperanzas de un progresivo y firme desarrollo de las innovaciones pedagógicas cuyo comienzo ha tenido lugar en tiempos recientes en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

JULIO C. CUETO RÚA

COSENTINO, Eduardo T., *Régimen jurídico del transportador aéreo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986, 387 págs.

Se analiza en esta tesis de doctorado, que fuera recomendada por el jurado al Premio Facultad, el régimen jurídico del transportador aéreo en relación con la responsabilidad civil de éste y al contrato de transporte. Con un procedimiento no habitual, en la mayoría de los cultores de las ramas especializadas del derecho —que en múltiples casos olvidan las bases originarias de las instituciones para estudiar directamente las variantes que ellas presentan en esas parcialidades— el autor inicia su libro con un correcto capítulo sobre la responsabilidad civil.

Es positivo y prudente recordar los lineamientos de ésta para una mejor comprensión de las particulares características, que adquiere con motivo de la actividad que regla, la aeronáutica.

Seguidamente se ocupa de ésta, de la cual destacamos el estudio sobre el tema de la limitación del resarcimiento, particularidad preocupante durante mucho tiempo y que aun para muchos no queda debidamente clara.

Gran cantidad de estudiosos continúan sustentando la misma en razones exclusivamente económicas, olvidando que la voluntaria coparticipación del usuario en el riesgo aeronáutico la requieren para mantener el equilibrio jurídico entre los intervinientes en la relación (pág. 79).

Dentro de este capítulo destacamos, asimismo, las consideraciones del autor sobre la nueva moneda de cuenta, los derechos especiales de giro, que está encontrando su lugar en los nuevos convenios sobre ésta y otras materias.

En los capítulos siguientes se analizan las variantes del contrato de transporte aéreo, pasajeros, equipajes y mercaderías.

Cobran el relieve de importancia que es necesario, las referencias a la regulación internacional del mismo, dentro del denominado sistema de Varsovia, que comprende no sólo a este convenio sino también los protocolos modificatorios, textos anexos y aun acuerdos que sin ser modificatorios de aquél —caso del denominado de Montreal— tuvieron particular influencia en las relaciones entre transportadores y usuarios. Asimismo es debi-

damente analizada la influencia de las condiciones IATA en estas relaciones.

Destacamos por su importancia el tratamiento del retraso (pág. 130) y el *overbooking* o sobreventa, con su contrapartida el *no show*, consecuencia originaria de aquél.

Las situaciones conflictivas a que dan lugar estas situaciones cuando por causas inevitables se produce un incremento de uno, sin la correspondiente similitud en el otro, produciendo el clásico caso de sobreventa, aún no encuentra una solución equitativa. Coincidimos con el autor (pág. 146), cuando sugiere un sistema ágil de cancelaciones y confirmaciones, tendiente a minimizar estas circunstancias y al mismo tiempo impedir el deterioro económico que significa para la empresa hacer volar una máquina con menor número de asientos ocupados, máxime en la actualidad, cuando con el aumento de los costos de explotación ésta debe optimizarse.

En el último capítulo, Cosentino se ocupa de las causas exonerativas y agravantes de la responsabilidad del transportador. Aquí destacamos nuevamente como muy interesante el estudio —dentro de los sujetos responsables de las circunstancias producidas con motivo de los *pool*—, las referidas a las agencias de viaje, el caso de las empresas de *handling* y variantes del transporte como el combinado y el intermodal.

Todos estos temas, de novedosísima actualidad y no regulados internamente ni en los convenios clásicos, son analizados con copiosa información de variadas fuentes.

Al rigor metodológico en el planteamiento de los problemas, debemos sumar un amplio manejo bibliográfico y jurisprudencial, tanto nacional como extranjero.

Como no podía ser de otra manera tratándose de una tesis, se concluye el libro con una serie de ponencias —lamentablemente no incluidas en el índice— (págs 373/77) de entre las cuales destacamos aquellas referidas a las nuevas formas y circunstancias del contrato y la responsabilidad, algunas ya referidas.

OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL

## REVISTA DE REVISTAS

STANIOU, Rodica Mihaela y MIHAILA, Constantin, *Estructuras y métodos de cooperación internacional y regional en materia penal*, en Ciencias Jurídicas, Ed. Academia de Ciencias Sociales y Políticas de la República Socialista de Rumania, Tº 28, Nº 1, enero-junio 1984.

La lectura de este trabajo sugiere una primera reflexión, no muy compartida por los estudiosos de la materia; me refiero a la idea de que el perfeccionamiento de las estructuras y de los métodos de cooperación internacional y regional en el ámbito del derecho penal va acompañada inexorablemente de una política de consolidación de la paz y de estrechamiento de las relaciones entre los Estados. Es ésta la premisa básica del artículo y es a partir de ella que sus autores —dentro del marco del Estado rumano— examinan tanto las estructuras normativas cuanto los métodos de cooperación existentes dentro del sistema de asistencia internacional.

No es de extrañar, conforme a esta concepción, que el criterio acerca de la asistencia —sinónimo de cooperación— no quede reducido simplemente a la asistencia jurídica judicial (*in foro*) sino que comprenda, fundamentalmente, la totalidad de las formas de cooperación aceptadas por los Estados en su lucha contra la criminalidad (*in et extra foro*); la amplitud en la admisión conjunta de todos los instrumentos posibles para neutralizar el fenómeno delictivo supone, es obvio, la exigencia de

una paz estable y el reconocimiento cada vez mayor de la presencia de intereses comunes entre las diversas sociedades.

Es en esta óptica que se analiza en la primera parte, el concepto de estructuras jurídicas en el ordenamiento de la República Socialista de Rumania. Se trata de discriminar dos planos: en el primero se encuentra el conjunto de convenciones internacionales suscriptas por Rumania y los tratados bilaterales —son más de veinte—. Ambas regulaciones requieren la ratificación de la Asamblea Nacional, cuando modifican la ley nacional, o la del Consejo de Estado en los casos restantes.

También forman parte de este ámbito los principios no acordados expresamente pero que surgen de la aplicación práctica (reciprocidad) o de la colaboración mutua por el hecho de encontrarse afiliados los Estados a un organismo internacional (por ejemplo, la Oficina Nacional Rumana de Interpol con relación a otras similares).

Todos los componentes de este conjunto exceden, como se advierte, el llamado ámbito en materia penal, pues van más allá de los límites conocidos en este dominio; se encuentran dentro de la concepción amplia a que nos referimos antes (*in et extra foro*).

En un segundo plano se ubican el sistema normativo nacional y los tratados específicos de cooperación en referencia a las cuestiones estrictamente penales y procesales (vgr.: las que tienen por objeto la represión de los delitos contra la paz y contra la humanidad, la represión del *apartheid* y la discriminación racial, la falsificación de moneda, la circulación de publicaciones obscenas, captura ilícita de aeronaves). A este terreno pertenecen las reglas establecidas en la Parte General del Código Penal (ley penal en el espacio), las que surgen de la parte especial del mismo Código (tipificación de conductas como consecuencia de compromisos internacionales asumidos por el país), las que se derivan del Código de Procedimientos (cooperación en materia judicial), las que surgen de leyes especiales (extradición) y las acordadas en los tratados de asistencia.

Con la misma prolijidad clasificatoria abordan los autores

el tema de los métodos de cooperación. Son variados y exhiben distinto origen: el derecho material, el derecho procedimental y la práctica convencional (tratados o acuerdos bilaterales).

En el derecho material se regula, como es obvio, la aplicación de la ley rumana en el espacio. El Código Penal consagra los cuatro principios conocidos en la materia pero asignándole prioridad al principio de territorialidad. Es interesante destacar que la ley recoge expresamente el criterio de ubicuidad en cuanto a la determinación del lugar de la infracción (art. 143, inc. 2º) y que la doctrina ha ampliado generosamente sus límites sobre la base del contenido implícito del citado artículo (así, por ejemplo, se abarcan los delitos de omisión por el lugar de donde el omitente tenía el deber de actuar para evitar el resultado; los actos preparatorios, si son punibles, por el lugar donde fueron realizados, y si no lo son pero se transforman en actos de participación, igualmente por el lugar de su ejecución con independencia de la comisión del acto principal; los delitos continuados y permanentes, por haberse producido en el lugar uno de los eslabones del resultado).

El principio de personalidad exhibe gran amplitud en la ley rumana. Se parte de la obligación en que se encuentra el ciudadano rumano de respetar su ley nacional aun en el extranjero. Pero más extenso aun es el principio real o de defensa, ya que la ley rumana se aplica a los delitos cometidos —fuera del territorio de Rumania— contra la seguridad del Estado rumano o contra la vida o salud de un ciudadano rumano cuando el autor es extranjero o apátrida; de este modo se incluye el principio de la personalidad pasiva dentro del real, característica que se encargan de subrayar los autores del artículo.

El principio universal también supera las fronteras habituales; la ley rumana se aplica a numerosos delitos cometidos fuera del territorio rumano si el autor se encuentra en territorio del país; sólo se exige la calidad de autor, la inexistencia de una doble incriminación y la presencia voluntaria del autor en tierra rumana.

Pero además de las reglas sobre aplicación de la ley en el

espacio, el Código Penal contiene otras disposiciones que integran —según los autores de este trabajo— el contexto de la asistencia jurídico penal. Son las normas emanadas de los tratados o convenciones internacionales que en virtud del artículo 7º tienen prioridad sobre el ordenamiento interno. Claro que no todas las disposiciones incorporadas trasladan su contenido de modo idéntico: en algunos casos el tratado o convención sólo obliga a tomar medidas legislativas sin determinar el contenido de la infracción o su sanción (art. 310, donde se prevé el castigo por la diseminación de enfermedades en animales y plantas recogiendo el mandato de una convención internacional); en otros, el tratado define de manera más o menos precisa el comportamiento, como ocurre cuando se trata de valores sociales internacionales (el art. 357 sobre genocidio) y por último los casos en que la convención crea determinadas categorías y sugiere el modo de sanción; la ley interna, en este supuesto, se ajusta a la disposición del Tratado (represión de la captura ilícita de aeronaves, basada en la Convención de La Haya, de 1970).

El derecho procesal, en cuanto a su importancia, es mencionado como el segundo método. Las disposiciones del Código respectivo prevén la realización de los actos necesarios para la tramitación de una causa penal, tanto a través de rogatorias como merced al reconocimiento de actos emanados de otro país.

En el caso de las rogatorias, el sistema procesal rumano nada innova sobre las reglas conocidas; se prevén la activa y la pasiva y, dentro de la primera, la exigencia de que la causa se encuentre en curso. No hay diferencias con el exhorto en el ámbito interno aunque existen límites respecto de la naturaleza de los actos que se pueden requerir (por ejemplo, están marginadas las medidas preventivas con el ejercicio de las acciones penales y otros actos de tipo procesal).

Las rogatorias provenientes del extranjero siguen los lineamientos conocidos; el punto de partida reside siempre en el reconocimiento de actos procesales cumplidos fuera del país a condición de que ellos sean admitidos por el ordenamiento procesal de Rumania, fundamentalmente, que puedan producir efectos ju-

rídicos en este país. La ley procesal acoge dos modalidades para el reconocimiento de los actos realizados en el extranjero: las llamadas vías principal y accesoria o incidental, que marcan su diferenciación en cuanto a que en la principal sólo se examinan las formas de los actos mientras que mediante la segunda se confrontan las consecuencias con los principios establecidos por la legislación nacional.

Es sin duda, en el análisis del tercer método de asistencia (la práctica convencional —tratados, convenciones o acuerdos bilaterales—) donde aparecen algunas notas características. Los rubros previstos en la cooperación —especialmente con los países socialistas— exceden el marco de los tratados habituales: amén de la extradición y de la colaboración en materia judicial se prevén el intercambio de información en los planos legislativo y judicial —en este, verbigracia, la remisión recíproca de las sentencias judiciales y de los antecedentes personales— y también el lugar más conveniente para la ejecución de la pena (Tratado con la República Democrática Alemana). En este último caso se ha considerado que a los efectos de la resocialización es necesario tener en cuenta el ámbito social más adecuado para la recuperación del condenado, como también las condiciones más favorables para que ella se produzca.

Sobre la base de estas nuevas regulaciones los autores anticipan un futuro promisorio para el derecho penal internacional, pero advierten también que este desarrollo sólo será posible si se fortifica al mismo tiempo la política de paz y convivencia entre los Estados.

En síntesis: un artículo útil como información que agrega el mérito de exhibir un esquema plausible en el análisis de las relaciones entre el derecho penal internacional y la política de los Estados.

DAVID BAIGÚN

STANOIU, Rodica Mihaela, *Algunos aspectos de la contribución de la investigación científica al proceso de creación de las leyes penales en Rumania*, en *Ciencias Jurídicas*, Ed. Academia de Ciencias Sociales y Políticas de la República Socialista de Rumania, Tº 28, Nº 2, julio-diciembre de 1984.

El eje de este breve artículo gira alrededor de la aplicación de los métodos de investigación científica al campo de la legislación penal, partiendo de tres niveles cualitativamente diferentes. En el primero se sitúa el análisis de la estructura social, entendida esta categoría como determinante de los restantes factores que la integran; en el segundo, se ubica la intermediación de la conciencia social, como mecanismo obligado entre la realidad social y las normas jurídicas, y en el tercero las normas jurídicas mismas, resultantes de la recepción de los fenómenos sociales mediatizados por el prisma de la conciencia de las gentes.

Este marco no es privativo del derecho penal; pertenece al ámbito de todas las normas jurídicas y los métodos científicos serán eficaces en la medida en que se apliquen respetando el contenido de ese marco de referencia. Según la autora, el nuevo Código Penal de 1968 —comenzó a regir el 1º de enero de 1969— y las reformas de 1973 y 1977 responden a esa óptica. La incorporación de los sustitutivos de la pena al lado de las sanciones clásicas como la prisión y multa, el desplazamiento hacia los organismos de los trabajadores de buena parte de la jurisdicción penal —delitos menores— y la eliminación de las penas cortas de libertad —hasta dos meses— son el producto de una investigación previa acerca de la necesidad de revisar los presupuestos básicos para una adecuada reinserción del condenado en la sociedad socialista rumana.

Aunque sin acudir a las estadísticas, Rodica Stanoiu afirma que las modificaciones introducidas ya han comenzado a rendir sus frutos y que tales resultados se traducen en una disminución gradual del fenómeno delictivo. Propone, por consiguiente, continuar las investigaciones en la misma dirección, abordando no sólo el examen de las estructuras sociales y políticas actuales sino, especialmente, los sistemas de valores y su interacción con las

normas jurídicas penales, el grado de aceptación de las leyes con el fin de detectar su eficacia, y los mecanismos a través de los cuales se filtra la influencia del mundo social. Como se advierte por esta apretada síntesis, la autora está proponiendo —palabras más, palabras menos— un enfoque en las investigaciones, al mejor estilo de la sociología jurídica de Elías Díaz o del que propugna el grupo de *Deviance et Sociétés*. Proyecto actualizado sin duda, pero demostrativo, además, del grado de actualización que exhibe esta estudiosa rumana.

DAVID BAIGÚN

ENRIQUE M. FALCON

# CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Anotado - Concordado - Comentado

TOMO I

Artículo 1 a 124

TOMO II

Artículos 125 a 345

TOMO III

Artículos 346 a 605

TOMO IV

Artículos 606 a 784

812 a 822 Ley 17.454

En Apéndice Adopción

**ABELEDOPERROT**

LAVALLE 1280

☎ 35-2848

LAVALLE 1328

☎ 40-6126

AZCUENAGA 1846

☎ 803-5591

Locales en Facultades de Derecho U.B.A. y U.C.A.