REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1989

HOMENAJE A IGNACIO WINIZKY

JOSÉ DOMINGO RAY: *Palabras de Homenaje*

JULIO C. CUETO RÚA: *Derecho y Realidad*

MANUEL A. LAQUIS: *Extensión de los derechos reales, propiedad, posesión, condominio, usufructo a los títulos de crédito, acciones y cuotas*

CARLOS E. COLAUTTI: *La influencia de la Revolución Francesa en los antecedentes constitucionales patrios*

MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN: *La garantía del "habeas data" en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*

HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE: *Los principios generales del derecho internacional y el derecho al desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado*

MÓNICA PINTO: *No intervención y derechos humanos*

HORACIO A. GRIGERA NAÓN: *El estado y el arbitraje internacional con particulares*

MARTÍN LACLAU: *Gustavo Radbruch y la naturaleza de la cosa*

ANA ISABEL PIAGGI: *Apuntes sobre la sociedad unipersonal, en tanto técnica de organización empresaria incorporada al Proyecto de Código Civil Unificado*

II-III

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

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

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1989

II - III

ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES

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

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

I.S.S.N.: Nº 0326-7431

Impreso en la República Argentina

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

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sáenz.

Secretario Académico: Profesor César A. Siculer.

Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Suaya.

Subsecretaría Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.

Subsecretario Técnico: Profesor Ricardo Damonte.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

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

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

Graduados:

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

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

Alumnos:

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

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

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector: Profesor (C) Carlos J. Colombo.
Secretario General: Profesor Enrique M. Falcón.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Profesor Carlos E. Colautti.

Subdirector: Profesora Ana María M. de Aguinis.

Secretario de Redacción: Profesor Pedro Aberastury (h.).

Consejo de Redacción: Profesores Daniel Lago, Roberto M. López Cabana, Rafael Mariano Manóvil, Mónica Pinto, Adolfo Tamini e Inés Weinberg.

COLABORADORES ARGENTINOS RESIDENTES EN EL EXTERIOR

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

INDICE

José Domingo Ray: *Homenaje a Ignacio Winizky* 9

DOCTRINA

Julio C. Cueto Rúa: *Derecho y realidad* 17

Manuel A. Laquis: *Extensión de los derechos reales, propiedad, posesión, condominio, usufructo, a los títulos de crédito, acciones y cuotas* 29

Carlos E. Colautti: *La influencia de la revolución francesa en los antecedentes constitucionales patrios* 51

Miguel A. Ekmekdjián: *La garantía del "hábeas data" en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación* 71

Hortensia D. T. Gutiérrez Posse: *Los principios generales del Derecho Internacional y el derecho al desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado* 83

Mónica Pinto: *No intervención y derechos humanos* 101

Horacio A. Grigera Naón: *El Estado y el arbitraje internacional con particulares* 127

Martín Laclau: *Gustavo Radbruch y la naturaleza de la cosa* .. 165

Ana I. Piaggi: *Apuntes sobre la sociedad unipersonal, en tanto técnica de organización empresaria incorporada al proyecto de Código Civil unificado* 179

HOMENAJE A IGNACIO WINIZKY

La Revista Jurídica de Buenos Aires rinde homenaje a su fundador y a quien fue profesor titular del Segundo Curso de Derecho Comercial y Director del Departamento de Publicaciones de esta Facultad, culminando como Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Su vida fue fecunda en realizaciones y pude valorar sus condiciones como docente e investigador porque mantuve una estrecha relación personal e intelectual, desde el año 1956 hasta pocos días antes de su muerte, ocurrida en mayo de 1988.

— I —

Ignacio Winizky se graduó de abogado en el año 1933 y dos años después y hasta 1943, colaboró en los Cursos de Seminario dictados en nuestra Facultad de la calle Las Heras.

En 1956 fue designado Director del Departamento de Publicaciones y en 1957, profesor titular interino del Segundo Curso de Derecho Comercial de la Carrera de Abogacía, cargo que obtuvo como profesor regular en el concurso realizado años después.

Son numerosos sus trabajos, sus comentarios de libros y revistas y cabe destacar entre sus publicaciones, la obra en colaboración con Gualtieri, "Títulos Circulatorios", que mereció más de una edición.

Con el auspicio de la Ford Foundation en el período de 1963-1964, fue Visiting Research Scholar en Harvard para

estudiar problemas de la enseñanza del derecho y dictó clases en Yale, Berkeley, Chicago, Ohio, Stanford, Michigan, Columbia y New York, entre otras universidades de Estados Unidos de América.

La Universidad de París lo designó Profesor Asociado y enseñó en numerosas universidades de Latinoamérica.

Las Facultades de Derecho de México, de Caracas, de Chile y de Uruguay lo recibieron formalmente para escuchar sus enseñanzas.

— II —

Formó parte del primer Directorio de la Editorial de la Universidad de Buenos Aires y en los últimos años integró el Consejo para las Investigaciones Científicas y Técnicas.

Miembro correspondiente de la Societé de Legislation Comparé y de numerosas entidades académicas, su vinculación con los juristas extranjeros pasó del plano intelectual al personal. No puedo dejar de mencionar a los Profesores Raúl Cervantes Ahumada, de la Universidad Autónoma de México, y a André Tunc, de la Universidad de Grenoble, a quienes conocí por su intermedio y que fueron dos amigos dilectos de Winizky.

Fundó la Asociación Argentina de Derecho Comparado y durante años fue su Secretario General, luego su Presidente y después se convirtió en el asesor permanente de quienes le sucedieron al frente de la entidad.

En la Asociación, Winizky nucleó a los más destacados juristas de la Argentina y promovió cursos y estimuló la concurrencia de representantes de la Argentina, en forma personal o con trabajos y relatos, en los Congresos y reuniones internacionales que periódicamente se realizan.

La Revista de la Asociación le dedica su último ejemplar, y en ella su ex-Presidente y Profesor de esta Facultad, Jorge Vanossi, ha destacado muy bien su perfil humano, el profesional, el docente y el científico, sin olvidar que fue un amante de la poesía y del arte en general.

— III —

Pocos meses después de asumir la dirección del Departamento de Publicaciones en 1956, Winizky me invitó a colaborar como Sub-Director y doy testimonio de que convirtió ese Departamento en el centro de reunión de profesores y alumnos distinguidos que respondían a su convocatoria.

El Consejo Asesor por él designado lo integraban los profesores Luis M. Boffi Boggero, Segundo V. Linares Quintana, Carlos C. Malagarriga y Sebastián Soler.

Renovó la publicación de la Revista de la Facultad, bajo el nombre de Revista Jurídica de Buenos Aires y la proyectó en el ámbito nacional e internacional.

Como Director de la nueva Revista, decía Winizky que "pretendía que fuera el receptáculo de trabajos de profundidad conceptual, notas y comentarios de significativa solvencia y elementos de juicio para la mejor solución de nuestros problemas jurídicos, dando cabida a todas las gamas del pensar científico".

El primer número publicado en 1957 se dedicó a los "Derechos humanos" y contó con un trabajo de quien fuera Presidente de la Corte de Casación de Francia, René Cassin, autor del primer proyecto que sirvió a las Naciones Unidas para la redacción del texto definitivo de la declaración de los derechos humanos. Ese trabajo escrito por René Cassin en 1956, tenía una dedicatoria del autor en la que textualmente decía: al pueblo argentino que conoce el precio de los derechos del hombre.

En los números siguientes se abordaron temas como el de la vivienda, la enseñanza del derecho, instituciones comerciales del Siglo XX, la protección al menor y el régimen laboral en su relación con el gremialismo.

El Sub-Director era Alberto Rodríguez Galán y el Consejo de Redacción lo formaban Margarita Argúas, Enrique Aztiria, Enrique Díaz de Guijarro, Bartolomé Fiorini, Ambrosio Gioja, Julio Dassen, Francisco Laplaza y Marco Aurelio Risolía.

Todos los trabajos de doctrina debían tener una síntesis informativa en francés, inglés, italiano y alemán, porque esperaba que la Revista fuera el exponente de trabajos originales de los profesores de nuestra Facultad y de juristas argentinos y extranjeros. Decía así Winizky "como se tratará de artículos originales, de carácter exclusivo para la Revista, su difusión no se verá restringida en el ámbito lingüístico del autor, por aparecer sólo en su traducción castellana".

Tengo muy presente las colaboraciones de René Savatier, López Olaciregui, Guaglianone, Genaro Carrió, Tulio Ascarelli y de los entonces redactores de la Revista como Horacio Fargosi, Fernando Sabsay, Juan Lena Paz y Fernando Barrancos y Vedia.

— IV —

Además de la Revista Jurídica, Winizky fundó "Lecciones y Ensayos", para publicar las clases de los profesores y los trabajos de los alumnos, a quienes se les invitaba a desarrollar en ellos su juicio personal y crítico, así como colaborar con guías, sipnosis y resúmenes para el estudio de aquellos temas que presentaran alguna dificultad en los libros de texto.

Esa Revista estaba dirigida por alumnos y contaba con un Consejo Asesor que tuve el gusto de integrar con los profesores José María López Olaciregui y Moisés Nilve.

En el primer número, entre otros profesores y alumnos, colaboraron Carlos Sánchez Viamonte, José María López Olaciregui, Julio Dassen, Ambrosio Gioja, Jorge Wehbe, Miguel Echegaray, Enrique Vera Villalobos, Emilia Martha Krom y Gastón Dassen, que fue el primer Director de la Revista, aunque no figure su nombre en ella.

Es importante señalar que la mayoría de los alumnos seleccionados por Winizky para colaborar en su Departamento, poco tiempo después fueron profesores de la Facultad y sólo a título de ejemplo, menciono a Eduardo Pigretti, Arnaldo Siperman, Oliverio Hayes Coni, Emilia M. Krom, Gastón Dassen, Horacio Sanguinetti y E. Alberti.

— V —

La gentil invitación del doctor Carlos E. Colautti para que prologara este volumen me ha brindado la oportunidad de recordar a una personalidad que mucho hizo en el ámbito jurídico y humano, a un gran amigo y a algunos de los distinguidos profesores y alumnos que colaboraron con él.

A Ignacio Winizky le debemos el reconocimiento que cabe a quien fue estímulo constante para la labor jurídica en esta Facultad y, más aún, de todos los interesados en el estudio del derecho.

Hago votos para que esta Revista siga el rumbo que le imprimió su fundador, con todos los aportes que harán quienes hoy día la dirigen y colaboran en ella.

José Domingo Ray *

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, —U. B. A.—.

DOCTRINA

DERECHO Y REALIDAD

por JULIO C. CUETO RÚA *

I. *Introducción*

Es un presupuesto muy generalizado de la enseñanza universitaria del Derecho que éste se encuentra constituido por un sistema de normas susceptible de ser conocido mediante procedimientos racionales. Quien llega a una Facultad de Derecho no espera encontrar en ella fenómenos empíricos como objetos de la enseñanza, objetos cuyo conocimiento requiriese la operación de los sentidos sensibles del sujeto cognoscente. Los alumnos están preparados anímicamente e intelectualmente para encontrarse con conceptos, proposiciones, definiciones y razonamientos lógicos. A lo largo de sus estudios ellos encuentran confirmaciones reiteradas de estos presupuestos. Deben estudiar normas y teorías sobre las normas. Poco o nada se ocupan de la realidad social y de los intercambios y las relaciones recíprocas de quienes la constituyen. Cinco años de enseñanza conceptual de objetos conceptuales preparan para la abstracción, la generalización y la deducción. No preparan para conocer realidades empíricas individuales, ni conflictos concretos experimentados por hombres de carne y hueso en un contexto histórico específico.

Sin embargo, la Universidad suele definir como objeto de la enseñanza del Derecho, la preparación de abogados, jueces,

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —U.B.A.—.

fiscales, defensores y asesores, habilitándolos para actuar con eficacia en el medio social.

Media, como se ve, una gran distancia entre las normas generales y sus teorías y la heterogénea, dinámica y mutable realidad cotidiana de la vida social e interindividual. Se hace patente una dicotomía: el Derecho considerado norma, por un lado, y la acción de los hombres cuyo sentido, desde el punto de vista jurídico, es suministrado por normas. A esta dicotomía se refería el Decano de Harvard, Roscoe Pound, cuando hablaba del Derecho abstracto *(Law in the Books)* para distinguirlo del Derecho en acción *(Law in Action)* [1].

Esta dicotomía se manifiesta en el comportamiento de abogados, jueces, fiscales y asesores como una dualidad, la dualidad de las teorías normativas estudiadas y de la experiencia humana por ellos vivida y experimentada. Pocos esfuerzos sistemáticos se han hecho para eliminar esa dualidad, para presentar el deber ser de las normas en el proceso de su realización en la experiencia de la vida cotidiana de los miembros de la comunidad. Se asiste así a una práctica en los Tribunales y a una espontaneidad consuetudinaria carente de ensamble armónico con el sistema normativo y con los valores vigentes en la comunidad.

Este trabajo procura identificar caminos para la fluida realización dialéctica entre las normas jurídicas y la realidad social valiosa a la que ellas se refieren.

II. *Esclarecimiento del punto de vista*

El Derecho es un objeto de conocimiento. De él se ocupan, entre otros, los juristas, los profesores de Derecho. Lo quieren conocer objetiva, metódica, sistemática y fundadamente. A conocimientos de este tipo se les atribuye habitualmente la calidad de científico. El conjunto de las proposiciones normativas elaboradas por los juristas utilizando un método adecuado a la índole del objeto, organizadas conforme a ciertos criterios clasificatorios

[1] Pound, Roscoe, *Law in books and Law in action*, American Law Review, tomo 44, pág. 12.

y expuestas con la pretensión de ser verdaderas constituyen la llamada Ciencia Normativa del Derecho.

Sin embargo, el Derecho puede ser examinado desde otros puntos de vista. Desde el punto de vista del sociólogo, se procura la identificación de los factores de operación regular, determinantes del Derecho como una realidad social. La tarea del sociólogo se traduce en la Sociología del Derecho. Desde el punto de vista del historiador, se procura la comprensión de los procesos únicos e irrepetibles del despliegue temporal de los grupos sociales y de las comunidades humanas, comprendidos como una síntesis dialéctica de un pasado actualizado y de un porvenir anticipado en un presente capaz de dilataciones y contracciones de variada amplitud. La tarea del Historiador se traduce en la Historia del Derecho.

Durante el curso de los Siglos XIX y XX se han constituido las tres Ciencias recién mencionadas, la Ciencia Normativa del Derecho, la Sociología del Derecho y la Historia del Derecho. Las tres parecen concentrar su interés teorético en el mismo objeto, el Derecho, pero su contenido es diverso porque las perspectivas desde las cuales se observa el objeto no son las mismas. La perspectiva del sociólogo es la de las regularidades de los comportamientos y sus factores determinantes. La del historiador es la de los procesos de desarrollo temporal de las sociedades y los hombres. La del jurista es la perspectiva normativa, el ser del Derecho es visto como un deber ser.

Sin embargo, la expresión "Ciencia Normativa del Derecho" oculta una radical ambigüedad. Ella puede aludir a una Ciencia cuyo objeto son las normas; o a una ciencia que suministra normas, o a una ciencia que alude a su objeto mediante normas [2]. La primera versión de la Ciencia Normativa del Derecho encuentra su más elaborada e influyente manifestación en la Ciencia Dogmática del Derecho que nos dieron la Escuela francesa de la Exégesis y el racionalismo alemán de la jurispru-

[2] Cossio, Carlos, *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 260-272 y páginas 32-34.

dencia de conceptos [3]. La segunda versión de la Ciencia Normativa del Derecho es la suministrada por la Escuela clásica del Derecho Natural y sus Códigos de la Razón [4]. La tercera versión es la de la Escuela Egológica del Derecho [5].

El enfoque tradicional de la gran mayoría de nuestros profesores de Derecho corresponde a la primera versión del significado de la expresión Ciencia Normativa del Derecho. Es Ciencia Normativa porque su objeto son normas jurídicas. Esta Ciencia, por lo tanto, consiste en conocimiento sistemático de normas, es decir, de objetos racionales cognoscibles mediante métodos lógicos. Se trata de una Ciencia de objetos ideales, de características similares al saber lógico y al saber matemático, ajena al saber empírico de la Sociología del Derecho y de la Historia del Derecho.

Surge de lo expuesto que en el caso de las tres disciplinas científicas mencionadas, las tres relativas al Derecho (Ciencia Normativa *del Derecho,* Sociología *del Derecho* e Historia *del Derecho*) la identidad verbal alusiva del objeto (el Derecho) *oculta dos objetos distintos:* el Derecho de la Sociología del Derecho y de la Historia del Derecho es comportamiento humano. El Derecho de la Ciencia Dogmática del Derecho es norma.

Si el objeto principal de la enseñanza del Derecho en la Universidad es el de la formación de buenos Abogados, buenos jueces, buenos fiscales y buenos asesores, limitar esa enseñanza al análisis y la exposición sistemática de normas e ignorar la realidad de experiencia del comportamiento humano en sus manifestaciones sociales e interindividuales, no se presenta como el pro-

[3] Ver una breve pero ilustrativa descripción de ambas corrientes del pensamiento en Aftalión y Vilanova, *Introducción al Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, págs. 265-272 y 277-280.

[4] La bibliografía es enorme y cubre variadas orientaciones jusnaturalistas. En conexión con el texto principal ofrecen particular interés las contribuciones teóricas de Grotius, Vattel, Burlamaqui, Domat, Leibnitz, Kant y Rousseau.

[5] Cossio, *ob. cit.,* pág. 33: "...llega hoy la Teoría Egológica a entender que la ciencia jurídica es normativa porque conoce mediante normas; no porque conoce normas ni porque las suministra, sino porque conoce mediante normas la conducta humana en su interferencia intersubjetiva".

cedimiento más adecuado para el cumplimiento de los principales objetivos de la enseñanza universitaria del Derecho. Para lograr tal cumplimiento, el examen del Derecho desde el punto de vista del abogado y del juez pareciera ser más fructífero que el examen desde el punto de vista del jurista y del profesor de Derecho.

III. *El punto de vista del abogado*

El punto de vista del abogado no es el punto de vista neutral y desinteresado del jurista, del profesor de Derecho. El abogado, en el ejercicio de su profesión, toma partido, el partido de su cliente. Ha sido contratado para defender sus derechos. Su misión es proteger los intereses de su mandante y utilizar todos los instrumentos que le da el Derecho para alcanzar dicho objetivo. Al cliente no le interesan las teorías jurídicas ni las construcciones doctrinarias, ni las definiciones, ni las naturalezas jurídicas. A él le interesa el reconocimiento y el goce pacífico de sus derechos. Si tal reconocimiento y goce no se logra directamente, entonces le interesa lograrlo por la vía judicial.

Si la misión del abogado es asegurar la efectividad de los derechos invocados por su cliente y ello requiere su actuación en los Tribunales, deberá tener en cuenta todos los factores determinantes del comportamiento de su cliente, de su adversario y del juez. En tanto el jurista procura el conocimiento objetivo y lógico de proposiciones normativas dotadas de una cierta generalidad, el abogado en el ejercicio de su profesión, se preocupa por lograr un conocimiento particularizado de una realidad social individual y concreta, definida por características propias e irrepetibles (por su situación temporal) en la que operan actores individualizados por su nombre, su edad, su estado civil, su domicilio y su historia personal.

Desde el punto de vista del abogado en el ejercicio de su profesión, el Derecho no se reduce a un sistema de normas genéricas. Para él consiste en una realidad dinámica de funcionarios judiciales, de abogados adversarios, de partes interesadas, de procedimientos probatorios, de tensiones, aspiraciones y preferencias de las partes, de los abogados y de los jueces.

Una Universidad que se propone formar buenos abogados, buenos jueces, buenos fiscales, y buenos asesores, no puede dejar de lado la realidad concreta de las prácticas y las tradiciones sociales, las aspiraciones colectivas, las colisiones de intereses, las creencias y las ideas, los comportamientos consuetudinarios y los actos de preferencia que calan hondo en la vida de los integrantes de la comunidad.

Por lo tanto, una Universidad interesada en la formación adecuada de abogados no debe ignorar la realidad social, la experiencia jurídica, las valoraciones colectivas en las que el abogado recién graduado quedará inmerso tan pronto comience a ejercer su profesión. No se trata, como podría inferirse de una rápida lectura de estas afirmaciones, de transformar la Ciencia Normativa del Derecho en Sociología del Derecho, ni de convertir a los abogados en sociólogos. Desde el punto de vista del abogado el Derecho se presenta como un dato empírico, como un fenómeno perceptible por los sentidos, como una realidad de comportamientos que él intenta conocer como abogado. Como profesional, ante los datos reales a los cuales se encuentra ligado el derecho invocado por su cliente, se pregunta qué es lo que debe ser conforme a derecho. De lo expuesto surge la posibilidad de identificar tres diferentes perspectivas. *Primera:* la del tradicional conceptualismo jurídico: el Derecho es un sistema de normas cuyo conocimiento se logra mediante métodos lógicos y cuya aplicación a los casos se efectúa mediante razonamiento deductivo a partir de premisas normativas genéricas. *Segunda:* la del tradicional empirismo y positivismo sociológico, generalizador y causalista. El Derecho, para la sociología jurídica es, en efecto, un dato de la realidad cuyos factores determinantes deben ser individualizados. Dice Felipe Fujito [6]:

> "Si se tuviera que hacer una formulación de este tema de la sociología del derecho, diría que pretende contestar a la pregunta: ¿Qué tipos de condicionamientos normati-

[6] Fujito, Felipe, *Concepción Sociológica del Derecho,* Cuadernos de Investigaciones 10, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.B.A., Buenos Aires, 1989, pág. 32.

Una Universidad que se propone formar buenos abogados, buenos jueces, buenos fiscales, y buenos asesores, no puede dejar de lado la realidad concreta de las prácticas y las tradiciones sociales, las aspiraciones colectivas, las colisiones de intereses, las creencias y las ideas, los comportamientos consuetudinarios y los actos de preferencia que calan hondo en la vida de los integrantes de la comunidad.

Por lo tanto, una Universidad interesada en la formación adecuada de abogados no debe ignorar la realidad social, la experiencia jurídica, las valoraciones colectivas en las que el abogado recién graduado quedará inmerso tan pronto comience a ejercer su profesión. No se trata, como podría inferirse de una rápida lectura de estas afirmaciones, de transformar la Ciencia Normativa del Derecho en Sociología del Derecho, ni de convertir a los abogados en sociólogos. Desde el punto de vista del abogado el Derecho se presenta como un dato empírico, como un fenómeno perceptible por los sentidos, como una realidad de comportamientos que él intenta conocer como abogado. Como profesional, ante los datos reales a los cuales se encuentra ligado el derecho invocado por su cliente, se pregunta qué es lo que debe ser conforme a derecho. De lo expuesto surge la posibilidad de identificar tres diferentes perspectivas. *Primera:* la del tradicional conceptualismo jurídico: el Derecho es un sistema de normas cuyo conocimiento se logra mediante métodos lógicos y cuya aplicación a los casos se efectúa mediante razonamiento deductivo a partir de premisas normativas genéricas. *Segunda:* la del tradicional empirismo y positivismo sociológico, generalizador y causalista. El Derecho, para la sociología jurídica es, en efecto, un dato de la realidad cuyos factores determinantes deben ser individualizados. Dice Felipe Fujito [6]:

> "Si se tuviera que hacer una formulación de este tema de la sociología del derecho, diría que pretende contestar a la pregunta: ¿Qué tipos de condicionamientos normati-

[6] Fujito, Felipe, *Concepción Sociológica del Derecho,* Cuadernos de Investigaciones 10, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.B.A., Buenos Aires, 1989, pág. 32.

vos reales poseen el juez y el jurista en su actuar específico? ¿Qué sometimiento poseen al orden jurídico y en qué medida se rigen por él? ¿Qué mecanismos permiten la elaboración jurídica, y cuáles son las causas por las que se presume una rigidez limitativa de la creación sobre bases no jurídicas?".

Tercera: la del Derecho como comportamiento humano en interferencia intersubjetiva, según lo postula la Teoría Egológica [7] y como también lo aceptan, aunque con importante diferencias teóricas, el trialismo de Werner Goldschmidt [8] y de Miguel Reale [9] y el eclecticismo de Jerome Hall [10]. Desde esta tercera perspectiva, el Derecho es comportamiento pensado normativamente, pensado como un deber ser existencial, cuyo sentido axiológico se encuentra expresado conceptualmente por las normas jurídicas vigentes en la comunidad.

Estas tres perspectivas parecieran encontrarse presentes en el pensamiento de Fujito, aunque quizás con ciertas hesitaciones probablemente provocadas por la intensidad del dualismo clásico: el deber ser de las normas frente al ser de la realidad social. En la página 27 del trabajo citado, en la nota 6, dice Fujito que cuando se hace sociología

> "...Lo que se pretende en un caso es imponer una determinada visión del plano ideal cerrando los ojos a la realidad, menospreciada como accidente, forma transitoria o anécdota jurídica. Sin embargo, el jurista y el juez pretenden también ser técnicos y resolver cuestiones prácticas que surgen de la vida social; es una verdadera curiosidad que

[7] Cossio, *ob. cit.*, en nota 2; *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho,* Arayú, Buenos Aires, 1954; *El Derecho en el Derecho Judicial,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959; *Los Valores Jurídicos,* Anuario de Filosofía del Derecho, tomo IV, Madrid, 1956; *Teoría de la Verdad Jurídica,* Losada, Buenos Aires, 1954.

[8] Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho,* 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1976.

[9] Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho,* Saraiva, San Pablo, 1968; *Filosofía do Direito,* 5ª edición, Saraiva, San Pablo, 1969.

[10] Hall, Jerome, *Foundations of Jurisprudence,* The Bobbs-Merril Co. Inc., 1973, passim.

> las mismas personas que actúan empíricamente en su vida de magistrados, o abogados, se revistan de la solemnidad de filósofos idealistas a la hora de teorizar sobre lo que han hecho y hacen cotidianamente".

En este texto, Fujito señala la posibilidad de una teorización de la *"vida de magistrados o abogados"* en vez de una teorización de enunciados normativos genéricos. Fujito se resiste a reducir el Derecho a norma y la experiencia jurídica a un proceso de idealización.

Justamente, la vida del magistrado *qua* magistrado, o del abogado *qua* abogado se presenta como un objeto propio del estudio desde la perspectiva del abogado, el profesional convocado para defender los intereses y los derechos invocados por sus clientes.

IV. *El Derecho como experiencia*

Aludir al Derecho como experiencia implica una toma de posición teórica desde una cierta perspectiva desde la cual se observa y estudia el Derecho. Se lo busca en la realidad sensible, en un acontecer temporal o temporal-espacial con el que tomamos contacto por medio de nuestros sentidos. El abogado, el juez, y también el jurista interesado en la comprensión de los fenómenos reales de comportamiento, encuentran *actos humanos* cuya significación jurídica resulta indiscutible: la *sanción* de una ley por el Congreso, su *promulgación* por el Poder Ejecutivo, la *decisión* de un caso por el juez, la *contratación* de servicios por un empresario con sus obreros, o la *práctica de una costumbre* por los integrantes de una determinada comunidad. Otros *actos humanos* son considerados por la teoría jurídica tradicional como ajenos al Derecho, como carentes de toda connotación jurídica (v.gr. tomar el té, leer un libro, nadar en una pileta de natación, descansar al pie de un árbol). Se trataría de un rico y variado sector de la experiencia social acerca del cual ni los jueces, ni los abogados, ni los juristas, podrían formular juicios normativos. Esta conclusión, que parece obvia, es errada. *Todo* acto humano,

sin excepción alguna, es susceptible de ser percibido desde la perspectiva del juez, del abogado o del jurista y valorado y juzgado como acto jurídicamente significativo. En efecto, todo *acto* humano exterior, perceptible por los sentidos, es susceptible de ser sujeto de una predicación específicamente jurídica, pues constituye: a) el ejercicio de una potestad; o b) el cumplimiento de un deber jurídico; o c) la violación de un deber jurídico; o d) el padecimiento de una sanción aplicada por un órgano jurisdiccional competente.

La tarea propia del juez y del abogado consiste en examinar actos humanos y predicar su significación jurídica como potestad o prestación o entuerto o sanción. Para formular este juicio, tanto el juez como el abogado se apoyan en las valoraciones de justicia prevalecientes en la comunidad y en las normaciones vigentes, sean ellas de origen legislativo, consuetudinario, jurisprudencial o doctrinario.

En la tarea recién descripta, jueces y abogados comienzan por tomar contacto con la realidad a través de sus experiencias con las partes interesadas en el caso. El punto de partida, pues, es empírico. Jueces y abogados necesitan conocer lo acaecido entre las partes y el contexto temporal, espacial, material y personal en que esos hechos acaecieron: ¿cuándo? ¿dónde? ¿qué? ¿quiénes?

La formulación de un juicio acerca del significado de lo acaecido (¿potestad? ¿prestación? ¿entuerto? ¿sanción?) implica la aplicación de normas jurídicas, todas ellas formalizaciones conceptuales de los sentidos axiológicos vigentes en el seno de la comunidad.

Como todo acto es el producto de una preferencia y ésta se funda, a su vez, en el valor relativo de las diversas posibilidades de acción que cada situación presenta al sujeto actuante, la adecuada comprensión del significado del acto ejecutado requiere tener presente la opción ejercitada y la valoración que ella traduce.

El juez y el abogado, por lo tanto, se encuentran, como objetos propios de su preocupación, con actos humanos dotados de sentido por traducir preferencias (valoraciones) cuya significación específica (potestad, prestación, entuerto, sanción) resulta

de normas jurídicas vigentes en la comunidad. De ahí la necesidad de identificar, para su aplicación al caso, normas jurídicas vigentes cuyo sentido coincida con el sentido de los *actos humanos* relevantes del caso bajo consideración.

Como los actos humanos relevantes del caso son individuales y las normas jurídicas vigentes, portadoras de significación jurídica comunitaria, son de alcance general, el juez y el abogado se encuentran ante diversas normas jurídicas generales susceptibles de ser aplicadas al caso. Esta multiplicidad normativa coloca ahora al juez y al abogado en la necesidad de ejecutar otro acto de preferencia, esta vez relativo a la selección de la norma jurídica general que habrá de aplicar al caso, por ser aquélla cuyo sentido coincide con el sentido de los hechos relevantes del caso.

La comprensión de los hechos del caso y la comprensión de las normas aplicables encuentra su fundamento en la comprensión del valor de las preferencias en juego: la preferencia de los hechos a los que se atribuye carácter relevante, la preferencia de las normas a aplicar y la preferencia de los valores a realizar.

En el caso de la experiencia jurídica no es sólo la justicia el valor involucrado, lo es un plexo axiológico integrado por otros seis valores: el orden, la seguridad, el poder, la paz, la cooperación y la solidaridad, todos ellos armonizados por la justicia.

Como los "hechos relevantes" del caso son los seleccionados por los abogados y el juez mediante actos de preferencia, y estas preferencias implican, a su vez, preferencias axiológicas (pues son varios los valores jurídicos dadores de sentido) que se manifiestan en la selección de las normas jurídicas a aplicar al caso, se hace evidente la gran importancia de la adopción del punto de vista del abogado o del juez: el eje del fenómeno empírico (el comportamiento de las partes en disputa) pasa por los actos de preferencia ejecutados por las partes (lo "acaecido" entre ellas) y por los abogados y por el juez (los valores jurídicos que serán realizados y las normas jurídicas generales que serán aplicadas).

En síntesis: el Derecho visto como experiencia humana (social e intersubjetiva) requiere la valoración de los "hechos acae-

cidos", de las normas jurídicas aplicables y de los valores jurídicos que habrán de prevalecer en el caso.

Frente a la concepción clásica del Derecho visto como un sistema de normas, la concepción realista y existencial, lo ve como comportamiento humano social o interindividual. Tal visión resulta más rica, más ajustada a las exigencias de la convivencia comunitaria y más fiel a la experiencia vivida por las partes, por los abogados y por el juez, en el tratamiento y la solución de conflictos, diferencias o disputas.

EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS REALES, PROPIEDAD, POSESIÓN, CONDOMINIO, USUFRUCTÓ, A LOS TÍTULOS DE CRÉDITO, ACCIONES Y CUOTAS

por MANUEL A. LAQUIS *

1. *La materia del tema.*

Nuestra doctrina clásica integró la circulación de los títulos de crédito y sus efectos jurídicos mediante principios jurídicos, hechos y derechos de los derechos reales y del Código civil en general.

Este ensayo, por su tema no resulta extraño al pensamiento perdurable de Winizky, y a sus proposiciones en el tema, siempre orientadas a alterar la quietud del Derecho. Tampoco lo es a la obra de Yadarola, jurista destacado cuyo aporte tiene también permanencia doctrinal e influencia en su transformación.

Advertimos que no será mucho lo que haya que innovar en el curso de este trabajo, pues básicamente tendrá como punto de partida esencial, la obra de los juristas mencionados.

2. *La doctrina producida por Gualtieri - Winizky.*

Hace ya casi dos décadas Gualtieri - Winizky y Yadarola consideraron el tema del título [1]. Correspondía a la doctrina más

* Profesor Consulto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —U.B.A.—.

[1] Giuseppe Gualtieri e Ignacio Winizky, *Títulos Circulatorios* (Parte General), ed. Eudeba, Buenos Aires, 1962, y 6ª edición, Abeledo-Perrot, 1984, Mauricio L. Yadarola, *Títulos de Crédito,* ed. Tea, Buenos Aires, 1961.

avanzada en el Derecho Comercial en su conexidad con el Derecho Civil, cuyos principios comunes iremos viendo en el curso de este trabajo.

Los juristas en primer lugar citados, partieron de la premisa de que "los papeles de comercio son para las legislaciones y la doctrina cosas muebles corporales".

Consideraron que "el valor económico del título entendido como cosa está en la posibilidad de que el derecho derivado de esa declaración se convierta en dinero o en otros bienes".

"Estamos frente, pues —precisaron—, a una situación especial por la cual el valor patrimonial de un derecho real (derecho sobre el título) está dado por el contenido patrimonial de otro derecho que normalmente es obligacional (negocio emergente del negocio cartular)" [2].

Dedujeron, que "el legislador y, antes que él, la práctica mercantil, se encontraron en la necesidad de hacer seguir a esos dos derechos la misma suerte evitando, sin embargo, que por estar estrechamente vinculados no pudiesen circular" [3].

En su consecuencia, nacía, estimaron, el principio de la incorporación que "aclara bastante el concepto de que el derecho documentado se vincula generalmente desde el origen y siempre durante su transferencia y en su ejercicio, que determina su contenido y medida. Por ello puede designarse el documento por una imagen apropiada, como portador (Trager) del derecho documentado en el mismo" [4].

Aprueban el principio jurídico de la incorporación, disintiendo con Vivante que lo "declaraba sin sentido" [5].

Sobre el tema del principio jurídico de la incorporación, volveremos cuando desarrollemos el pensamiento de Yadarola.

Prosiguiendo con la doctrina elaborada por Gualtieri - Winizky, presupuesto que los títulos circulatorios son considerados cosas muebles corporales, juzgaron que "como otros objetos cor-

[2] Gualtieri-Winizky, *Títulos*..., 1ª ed., nº 18, págs. 54 y 55, 6ª ed., nº 6, págs. 18 y 19.

[3] Auts. y ob. precit., 1ª ed., nº 18, p. 55; 6ª ed., nº 6, pág. 19.

[4] Auts. ob. nros. y págs. precits., en 1ª y 6ª ed., respectivamente.

[5] Auts. ob. nros. y págs. precits.

porales, pueden ser objeto de derechos reales de *posesión, de propiedad, de prenda y de usufructo*" [6].

En cuanto a la legitimación del ejercicio del derecho que emerge del título "es necesaria la posesión conforme a la ley de circulación del título. Y para la adquisición de la propiedad a *non domino* frente al tercero reivindicante, la posesión, además de conformarse a la ley de la circulación (que hasta para *iusta causa traditicnis*) debe ser de buena fe" [7].

Es pues, señalan, "que se trata de una propiedad muy especial" [8].

No toda la doctrina es coincidente. Es destacable la sustentada por Carnelutti, que "niega la posibilidad de existencia del título argumentando que, como el poseedor legitimado, en el preciso momento en que obtiene la satisfacción de su derecho debe entregar el documento al deudor que paga, lo único que tiene es el usufructo" [9].

Defienden Gualtieri - Winizky, la noción de propiedad, invocando que, la "doctrina más reciente... sostiene que existe una propiedad del título sujeta a una condición resolutiva en virtud de la cual la misma propiedad vuelve al deudor que satisfaga los derechos emergentes del título [10] e importa el rescate de ese título".

Contemplan también los precitados juristas, la adquisición "originaria" del título por *usucapión* o de una "especificación jurídica por quien crea el título", o también "cuando se verifica en favor de un tercero que de buena fe adquiere la posesión del título de acuerdo con la ley de circulación de éste".

"En cambio, se adquiere en forma *derivada* —formulan— en razón de cualquier negocio de derecho común que sirva, de acuerdo con la ley y la voluntad de las partes, para operar el tras-

[6] Gualtieri-Winizky, *Títulos*..., nº 26, pág. 73; en 6ª ed., nº 30, pág. 81; hace al fondo del problema del cual se trata, considerar si la posesión es un *hecho* o un *derecho*.

[7] Auts., ob. nros. y págs. precits. en 1ª y 6ª ed., respectivamente.

[8] Gualtieri-Winizky, *Títulos*..., nº 26, pág. 74; 6ª ed., nº 30, pág. 82.

[9] Auts. ob. nros. y págs. precits., 1ª y 6ª ed., respectivamente; corresponde al criterio de Carnelutti.

[10] Auts. ob. nros. y págs. precits. 1ª y 6ª ed., respectivamente.

paso de la propiedad del título de los contratantes de ese negocio" [11].

3. *La doctrina producida por Yadarola.*

Los desarrollos doctrinales que Yadarola realizó, están contenidos en su extensión y fundamentos en su obra "Títulos de Crédito" [12], de la cual extraemos las ideas principales relacionadas con el tema, con ulterioridad mantenidas en la obra en su homenaje [13].

Concordante con la formulación inicial, expresa "que el *documento es una cosa representativa de un hecho,* por lo común, de una declaración; el título de crédito es también un documento y, como tal, una cosa representativa de un derecho creditorio; es decir que lo que llamamos título de crédito comprende dos elementos distintos: el *documento* y el *derecho* que aquél representa o contiene. Ahora bien, ¿en qué relación se encuentran estos dos elementos? Hemos visto ya... que entre el *título* (documento) y el *derecho créditorio* existe tal vinculación que a este último se lo considera en cierto modo *objetivado* a través del documento, al punto de que al título se lo equipara a las cosas muebles" [14].

Anotó a este texto, lo siguiente:

"Lo que se denomina genéricamente título de crédito comprende toda clase de títulos, tanto los que contienen típicamente un derecho creditorio, tales la cambial o el cheque, como las acciones de compañías anónimas denominadas, según se ha visto en el texto, títulos de partición o de cuota; aquí emplearé normalmente, la expresión genérica de título de crédito" [15].

En esta concepción de Yadarola es importante reproducir su

[11] Gualtieri-Winizky, *Títulos...*, nº 26, pág. 74; 6ª ed., nº 30, págs. 81 y 82.

[12] Yadarola, *Títulos...*

[13] *Homenaje a Yadarola,* tomo I, *El documento en los títulos de crédito,* págs. 319 y sigtes., ed. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1963.

[14] Yadarola, *Títulos...*, nº 16, pág. 56.

[15] Aut. y ob. precits., nota nº 80, pág. 56.

advertencia sobre los alcances de la mencionada *objetivación,* que no significa, según su punto de vista, "que el derecho de crédito que forma el contenido del documento, cambie de naturaleza para convertirse en una cosa."

Prosiguiendo el concepto, escribió: "la cosa es sólo y siempre el documento, pero, por la compenetración que se opera en el título de crédito —fenómeno único en los documentos constitutivos o dispositivos— entre el documento y el derecho creditorio, éste es de tal modo influido por aquél que se modifican —sin cambiar la substancia— los efectos más importantes de la relación creditoria, principal, entre ellos, el que deriva de ser un vínculo personal entre el acreedor y deudor, que sólo podría transmitirse por cesión o delegación y que, en el título, produce los efectos de un vínculo objetivo, que funciona como si fuese una cosa mueble: se trasmite por la tradición del título —en algunos, los emitidos a la orden o nominativos, se agrega la documentación del traspaso—; se opera sobre el documento y no sobre el derecho creditorio cuando se quiere constituir derechos reales de garantía (prenda, caución); las medidas de seguridad (embargo. p. ej.) sólo pueden cumplirse cuando el deudor embargado es el poseedor del título y únicamente secuestrando el documento" [16].

En relación a la "*compenetración* entre el documento y el crédito, no compartió la teoría de la *incorporación* del derecho en el título, fundamentada en la concepción de Savigny [17], con "el

[16] Aut. y ob. precit., nº 16, págs. 65 y 57.

[17] El criterio de Savigny, citado por Yadarola, corresponde a la edición italiana del precitado jurista bajo el título *Le Obligazioni,* traducido del original italiano con apéndice por Giovanni Pacchioni. En el punto del cual se trata expresó Savigny: "Estos documentos constituyen en efecto un cuerpo, una cosa material, esto es un objeto susceptible de propiedad y de posición, y sugiere por esto mismo la idea de utilizar la relación entre el acreedor y la cosa (título escrito) donde facilitar la transferencia del crédito, esto es del derecho contra el deudor. Indicaremos por orden la serie de casos distintos y gradualmente en los cuales este nuevo medio fue empleado, con mayor o menor suceso, para alcanzar el fin deseado. Se pueden reunir todos estos casos bajo el punto de vista común de una *materialización de la obligación..., ob. cit.,* nº 62, pág. 93, ed. UTET, Torino, 1915.

alcance de que en el documento se convierte en la cosa principal y el derecho en lo accesorio, al punto de que la propiedad del título —derecho externo— determina la pertenencia del crédito-derecho interno" [18].

Yadarola no compartió esta teoría de la incorporación, pues a su juicio, "si lo de la *incorporación* se toma como una manera de expresar gráficamente el fenómeno de la estrechísima vinculación entre el documento y derecho de crédito nada habría que objetar; pero si se le atribuye el significado de una regla de derecho, con el efecto de transformar el derecho de crédito fundiéndolo en el documento, entonces no puede aceptarse. El crédito no se trasfunde en el documento; no pierde su individualidad por intenso que sea el ligamen que lo une al documento; uno y otro, a pesar de hallarse en *conexión permanente*, siguen siendo elementos distintos dentro del fenómeno *unitario* denominado título de crédito. La propia suerte distinta que corren ambos elementos durante el curso de su existencia, demuestra su *autonomía jurídica.* En efecto, si bien, mientras existe, el documento es el instrumento esencial para que el *título de crédito* cumpla integralmente su función, cuando el documento se pierde o se destruye el derecho creditorio no desaparece" [19].

Precisó su criterio, en este orden de ideas, con relación a la ley internacional, pues expresó, que "la autonomía conceptual de los dos derechos —*el externo,* derecho real sobre el documento y, *el interno,* derecho de crédito— que no altera su *unidad funcional,* está confirmada en normas precisas de la Ley Uniforme de Ginebra, sobre letra de cambio [20].

Concordó estos principios jurídicos, con normas del Código Civil, a propósito de lo cual escribió: "Finalmente, los artículos 523 y 2328 del Código Civil al dar, respectivamente, el concepto de obligación, y el de cosa accesoria, como aquéllas cuya existencia y *naturaleza* son determinadas por otra obligación y otra cosa de la cual dependen, revelan que tal concepto no puede aplicarse

[18] Yadarola, *Títulos*..., nº 16, pág. 57.
[19] Aut. ob. y nº precits., págs. 57 y 58.
[20] Aut. ob. y nº precits., p. 59.

al derecho interno de un título de crédito. No hay, pues, en los títulos de crédito, un derecho principal —derecho externo o derecho sobre el documento— y otro accesorio —derecho interno o de crédito— sino dos *derechos autónomos* que se integran en una *unidad funcional* [21].

En lo que concierne a la *naturaleza* del derecho, establecido que el documento es una *cosa,* Yadarola considera, que "no hay dudas", a su juicio de "que se trata de un derecho real y dentro de éstos, *no creo que haya inconveniente en admitir que se trata de un derecho de propiedad;* es el que mejor explica la serie de atributos que corresponden al titular de ese derecho: posibilidad de transmitirlo en la misma forma y con iguales efectos con que se transfiere la propiedad de una cosa mueble, esto es, mediante tradición —con el agregado de una breve documentación, endoso o inscripción según sean a la orden o nominativos" [22].

Cabe interpretar que dada la naturaleza real del derecho sobre el documento, en cuanto *cosa,* estableció Yadarola la *acción reivindicatoria* que confiere el artículo 765 del Código de Comercio, al "propietario de un título al portador o nominativo que ha perdido la posesión, contra el poseedor de mala fe", disposición, agregó, que igualmente se encuentra en el artículo 2760 en el Código Civil, para toda clase de títulos que no sean al portador" [23].

Con referencia directa al derecho de crédito, el artículo 732 del Código Civil consagra —sostuvo— el "principio de validez del pago hecho al acreedor aparente, "al que está en la posesión del crédito" [24].

Relacionó también otros preceptos del Código Civil con los títulos de crédito, como los que reglamentan la adquisición a *non domino,* la protección posesoria en las hipótesis de los artículos 2412 y 2487 [25].

[21] Aut. ob. y nº precits., pág. 60.
[22] Aut. ob. y nº precits., pág. 61.
[23] Aut. ob. y nº precits., pág. 60.
[24] Aut. y ob. precits., nº 51, pág. 254.
[25] Aut. y ob. precits., nº 12, pág. 35 y nº 51, págs. 252 y 253.

4. *Concordancia en la doctrina expuesta.*

Los principios jurídicos deducibles de los resúmenes doctrinales de los parágrafos anteriores, son determinantes de la aplicación de derechos reales a los títulos de crédito.

Es posible concretar, según las formulaciones de Gualtieri, Winizky y Yadarola, coincidencias que conceptualmente son resumibles en las enunciaciones siguientes:

El título de crédito es una "cosa corporal representativa de un derecho creditorio", constitutiva de una situación especial, por la cual el *valor patrimonial de un derecho real* (derecho sobre el título) está dado por el contenido *patrimonial de otro derecho que normalmente es obligacional* (negocio emergente del negocio cartular).

Asimismo, la autonomía conceptual de los dos derechos —el *externo,* derecho real sobre el documento y, el *interno,* derecho de crédito— no altera su *unidad funcional.*

En cuanto a los hechos y derechos reales cuyo objeto pueden ser los "papeles de comercio" como "cosas muebles corporales", serían: la posesión, la propiedad, la prenda, el usufructo, la usucapión, y las adquisiciones a *non domino.*

Asimismo, el ejercicio de la protección posesoria y la acción reivindicatoria.

Dentro de este marco expondremos las concordancias que mejor ilustran la doctrina desarrollada por nuestros autores.

En lo que concierne a la adquisición a *non domino,* en relación con los títulos de crédito, Yadarola la fundamenta en el Código Civil; mediante la aplicación del régimen de las cosas muebles —instituido en el precitado Código.

Escribió Yadarola: "la adquisición a *non domino* tanto del derecho *externo* como del derecho *interno* no es sino una consecuencia del principio de *autonomía* que acompaña a los títulos de crédito: el tercero de buena fe *(accipiens)* adquiere la propiedad del título —derecho externo— aun cuando su transmitente *(tradens)* no sea propietario; y adquiere también el derecho creditorio —derecho interno— aun cuando éste se hallase afectado por condiciones impeditivas o circunstancias modificativas o extintivas.

"Este fenómeno —continuó— que se denomina de la adquisición a *non domino* —adquisición de quien no es titular del derecho— tiene un remoto antecedente en el principio romano-germánico de que en materia de muebles la posesión hace presumir la propiedad, principio consagrado en el artículo 2412 de nuestro Código Civil en esta fórmula: "La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no hubiese sido robada o perdida"; y el artículo 3271 la complementa al exceptuar las cosas muebles de la aplicación del principio: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet"* [26].

A su vez, Lafaille, expuso que el precitado principio "corresponde a la teoría de los actos jurídicos" y que "la fórmula del artículo 3270 transcribe los propios términos de la máxima romanista y que el artículo 3271 excluye especialmente a las cosas muebles" [27].

Yadarola consideró que la "adquisición a *non domino* de los derechos creditorios tiene también consagración en nuestro derecho positivo dentro de las condiciones y límites que ha señalado: en *posesión del derecho de crédito"* [28], principio establecido en el artículo 732 del Código Civil.

No obstante que la posesión es el denominador común en las situaciones jurídicas antecedentes, Yadarola considera que debe privar el principio del derecho de propiedad, desde que entendió: "no me parece acertado decir que el concepto de propiedad debe «desvalorizarse» por la preeminencia de la posesión ni tampoco hablarse de una forma técnica de *posesión de crédito*, pues, por una parte, la posesión, por si sola, desvinculada de su relación con el derecho de propiedad —así sea formal—, no tendría más alcance que el de una mera situación de hecho desprovista de significación jurídica; la posesión jurídicamente considerada es un elemento de la propiedad o un *medio* para llegar a ser pro-

[26] Aut. y ob. precits., nº 25, págs. 92 y 93.

[27] Héctor Lafaille, *Tratado de Derechos Reales*, vol. III, nº 2079, pág. 440, ed. Ediar, Buenos Aires, 1945.

[28] Yadarola, *Título...*, nº 51, pág. 255.

pietario. Es éste el concepto que surge del artículo 2351 de nuestro Código Civil".

"Por otra parte no creo que sea correcto hablar aquí de *posesión del crédito* puesto que, justamente en este caso de los títulos de crédito, la posesión se ejerce no sobre el *crédito* sino sobre la *cosa* que es el documento" [29].

En este contexto la titularidad de los títulos y papeles de comercio se obtiene adquiriendo la posesión por medio de la "tradición", en consonancia a lo establecido en los artículos 2390 y 2391 del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

"Art. 2390. — La tradición de rentas nacionales o provinciales se juzgará hecha por la transferencia de ellas, según la legislación que las rija. La tradición de acciones nominativas de compañías o sociedades, se juzgará hecha, cuando lo fuese conforme a los estatutos de la sociedad o de los contratos sociales. La tradición de acciones endosables, se juzgará hecha por sólo el endoso, sin ser necesaria la notificación al deudor. Las acciones al portador se juzgarán transmitidas por la sola tradición efectiva de los títulos".

"Art. 2391 — La tradición de instrumentos de crédito sólo se juzgará hecha, cuando fuese notificada al deudor, o aceptada por él".

Corresponde hacer notar que la "tradición", como acto jurídico apto para adquirir la posesión, sólo "las acciones al portador se juzgarán trasmitidas por la sola tradición efectiva de los títulos", tal como lo establece el artículo 2390, *in fine*.

No es así, en cambio, en los demás casos contemplados en el mismo artículo, porque la tradición se cumple en "las rentas nacionales o provinciales según la legislación que las rija", en las "acciones nominativas de compañías o sociedades", conforme a los "estatutos de la sociedad o de los contratos sociales" y en las "acciones endosables" por "el solo endoso, sin la necesaria notificación al deudor".

En lo que concierne al artículo 2391, relativo a los instrumentos de crédito, su tradición se juzga hecha de acuerdo al ré-

[29] Aut. y ob. precits., nº 16, pág. 63.

gimen de la cesión de créditos en la medida que requiere la notificación del deudor o su aceptación [30].

La naturaleza jurídica de cosa mueble atribuida a los títulos de crédito, condujo a sustentar su protección posesoria en el análisis del tema que formuló Yadarola [31].

Esta posición se puede considerar discutible por la época, en la cual el artículo 2487 del Código Civil solamente autorizaba a ejercer las acciones posesorias a los poseedores de inmuebles, ni eran viables respecto a las cosas muebles porque según el artículo 2488 las cosas muebles no podían ser objeto de la acción de despojo sino cuando el poseedor fue despojado de ellas junto con el inmueble; al despojado de cosas muebles le corresponde únicamente la acción civil de hurto u otra semejante haya o no procedido la acción criminal.

Después de la Reforma del Código Civil de 1968, sí se pueden considerar procedentes las acciones posesorias, porque, por el artículo 2487, las autoriza para obtener la "restitución o la manutención de la *cosa*". Y por el artículo 2488, "las cosas muebles pueden ser objeto de acciones posesorias, salvo contra el poseedor de buena fe de cosas que no sean robadas o perdidas" [32].

La acción reivindicatoria, también según Yadarola se puede ejercer, en los casos determinados congruentemente en el artículo 765 del Código de Comercio, que faculta al "propietario" a "reivindicar su título de un tercer poseedor", y en el Código Civil, en el artículo 2760, "los títulos de crédito que no sean al portador" [33].

Es concordante igualmente la última parte del artículo 2759, según la cual son reivindicables "las cosas que por su carácter representativo se consideran muebles o inmuebles" (conc. arts. 2313 y 2319, Cód. Civ.) [34].

[30] Manuel Antonio Laquis, *Derechos Reales,* tomo I, Cap. V, nº 14.

[31] Yadarola, *Títulos...*, nº 12, pág. 35, y nº 51, págs. 252 y 253.

[32] Laquis, *Derechos Reales,* tomo I, Cap. V, nº 14.

[33] Yadarola, *Títulos...*, nº 16, pág. 60; excedería los límites y esquema de este trabajo analizar la reforma del artículo 1051 y su relación con el artículo 2778 del Código Civil (se puede consultar, Laquis, *Estado de la interpretación del artículo 1051, in fine,* en relación a la acción reivindicatoria, *L.L.*, 1986, t. E, pág. 1035).

[34] Lafaille, *Tratado...*, vol. III, nº 2061, págs. 422 y 423; Raymundo

En materia de prescripción adquisitiva, concuerdan los Códigos de Comercio y Civil.

En el sistema del Código Civil sólo estuvo contemplada la prescripción adquisitiva de las cosas inmuebles en el título respectivo (libro 4º, sec. 3ª, tít. I), en el cual el artículo 3948 se refiere específicamente a las cosas inmuebles; además, en su nota el codificador eliminó toda duda, expresando: "En las cosas muebles, valiendo la posesión por título, no tenemos prescripción de cosas muebles..."

De ahí que en el caso de las cosas robadas o perdidas exceptuadas de los alcances del principio consagrado en el artículo 2412 e inexistente la posibilidad de adquirirlas por prescripción, su poseedor quedaba indefinidamente expuesto a la reivindicación del propietario.

En el Código de Comercio ya estaba resuelto ese problema, pues por lo preceptuado en el artículo 477, "El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa mueble, robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción, sea que el verdadero dueño haya estado presente o ausente". En la Reforma de 1968 se acogió el criterio prevaleciente en la doctrina que reclamaba llenar ese vacío legislativo, reglamentando por el artículo 4016 bis la prescripción de las cosas robadas o perdidas.

El precitado artículo establece:

"El que durante tres años ha poseído con buena fe una cosa robada o perdida, adquiere el dominio por prescripción. Si se trata de cosa muebles cuya transferencia exija inscripción en registros creados o a crearse, el plazo para adquirir el dominio es de dos años en el mismo supuesto de tratarse de cosas robadas o perdidas. En ambos casos la posesión debe ser de buena fe y continua" [35].

M. Salvat, *Derechos Reales*, tomo III, nº 2042, 649, ed. Tea, Buenos Aires, 1959.

[35] Laquis, *Derechos Reales,* tomo II, Cap. IV. Secc. III, g).

5. *Doctrina desarrollada en el derecho civil respecto al objeto de los derechos.*

La doctrina desarrollada en los puntos antecedentes revela claramente la existencia de principios, derechos y situaciones jurídicas comunes en el Derecho Comercial y en el Derecho Civil.

En este último, paralelamente, se ha operado doctrinalmente la extensión de los derechos a bienes que no son cosas materiales, cuales son las cosas muebles por su carácter representativo, y las "cosas incorporales", que más adelante se puntualizarán.

Todo cuanto expondremos en adelante lo extraemos de trabajos anteriores, así como el pensamiento de los juristas en el que nos inspiramos [36].

Así, advertimos que no se debe dejar de tener en cuenta, que el concepto de que los papeles de comercio son cosas muebles corporales, tropieza con el concepto restrictivo de cosa corporal en el Código Civil. En la medida que en él los derechos reales se circunscriben a los cosas y que éstas son sólo los objetos corporales que pueden tener un valor. Las cosas serían, pues, siempre corporales (art. 2311) [37].

La alternativa podría estar empero en que no habría óbice en comprender los créditos dentro de la noción de "pertenencia",

[36] Laquis, *Derechos Reales,* tomo I, Cap. I, nº 8, f, "extensión del objeto de los derechos reales..., págs. 54 a 60. Con anterioridad, la obra de S. Ginossar, *Droit reel. Propriété et creance. Elaboratión d'un systéme rationnel des droits patrimoniaux,* ed. Pichon et Durand-Auzias, París, 1960; sobre la ob. precit., nuestro ensayo "Sobre una nueva clasificación de los derechos patrimoniales", en esta "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1966, v. II, pág. 239 y sigtes. Asimismo, en nuestro ensayo, "Actualidad de los bienes incorporales (patentes, marcas, modelos de utilidad, Know-How, Software, Biotecnología) "Revista de Derecho Industrial", nº 21, 523 y sigtes., ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

[37] A. T. de Freitas, *Código Civil* (Obra fundamental del Código Civil Argentino), tomo I, nota al artículo 317, fuente de nuestro artículo 2311, págs. 175 a 182, ed. Santos-Roldán, Buenos Aires, 1909; Guillermo L. Allende, *Cuasiposesión. Su existencia en el Código Civil,* Revista Jurídica de Buenos Aires, págs. 107 y sigtes., 1958, tomo II, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

que no querría decir otra cosa, como lo ha expresado entre nosotros Gatti (no obstante que mantiene en definitiva la diferencia entre propiedad y dominio), "que la «titularidad» del derecho (sería) por lo tanto aplicable a todos los derechos no sólo patrimoniales"; y así, "el dominio que tengo —dice— sobre una cosa o la cosa de que soy dueño «me pertenece», tanto como mis «créditos», mi «nombre», mi «estado civil», etcétera" [38].

En lo que concierne al "objeto" del "negocio jurídico" en una proyección y en un marco mayor que el circunscripto a derechos determinados, se comprueba también una noción amplia del objeto.

Ello así, en el criterio de Bueres, que entiende que en el ámbito del artículo 953, el Codificador "utilizó el giro *cosas* como equivalente a *bienes*, o sea, a un *quid* comprensivo de las cosas propiamente dichas (art. 2311) y de los derechos —o bienes que no son cosas—. Esta acepción amplia, está enunciada en la controvertida nota al artículo 2311 y fluye de la nota al artículo 953 —segundo párrafo, primera parte— y de otras disposiciones concordantes (arts. 1168, 1170, 1172, 1434, 1444, etc.) [39].

En este punto, Cifuentes expresa: La palabra "cosas" utilizada en el artículo 953, tiene un alcance no limitado al específico concepto del artículo 2311. Toma la palabra "cosas" en el sentido indeterminado del uso corriente, que ya utilizaban los romanos cuando atribuían semejante alcance a su equivalente *res*, es decir la máxima amplitud. Puede sostenerse por ende, que comprende no solamente las cosas materiales propiamente dichas sino también las inmateriales, y que su alcance es genérico, con la configuración de "bienes" [40].

Sin embargo fue formulada doctrina que identificó las cosas

[38] Edmundo Gatti, *Propiedad y dominio*, "Lecciones y ensayos", nº 24, págs. 35 y sigtes., ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

[39] Alberto J. Bueres, *Objeto del Negocio Jurídico*, pág. 169, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

[40] Santos Cifuentes, *Negocio Jurídico*, con la colaboración de Manuel A. Cobas y Jorge A. Zago, nº 81, pág. 159, ed. Astrea, Buenos Aires, 1986.

muebles a los títulos al portador, pues Lafaille los consideró así por "ser en nuestra ley, muebles por su carácter representativo: artículo 2319 *in fine*, merecen la misma protección que las cosas corporales..." [41]

En este orden de ideas, Dassen y Vera Villalobos, consideran que la limitación del objeto establecido por el artículo 2311, se vería ampliado por el artículo 2319 mencionado, desde que incluye entre las cosas muebles "a todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales".

Los precitados juristas, partiendo de esa premisa consideran que "es cierto que dichos instrumentos son objetos corporales, pero su valor deriva exclusivamente de su función representativa del derecho personal que en ellos se materializa..." [42]

Admitiéndose la validez de este criterio, la extensión de la noción de propiedad a los bienes incorporales, y por consiguiente a los créditos, significaría el ensanchamiento de su esfera de aplicación, en circunstancias históricas en las que los títulos a la orden o al portador alcanzan un sentido e importancia inusitados [43].

Esta formulación no se inspira solamente en las lejanas fuentes romanas. Se encuentran asimismo relaciones con ellas en las más recientes ideas de Rigaud, que cobran singular actualidad. La teoría de las "cosas incorporales", exponía, "lejos de ser inelegante, nos parece, por el contrario, susceptible de adaptarse maravillosamente al desenvolvimiento de la vida económica moderna. Si en derecho romano prestó pocos servicios, si apareció allí como una teoría filosófica extraviada entre las obras de los jurisconsultos, es susceptible hoy de una aplicación práctica y fecunda...", y citando a Fadda y Bensa, agrega: "el concepto de cosa es progresivo, como lo son las necesidades humanas" [44].

[41] Lafaille, *Derechos Reales*, vol. I, nº 670, pág. 509.

[42] Julio Dassen y Enrique Vera Villalobos, *Manual de Derechos Reales*, nº 50, pág. 86, ed. Tea, Buenos Aires, 1962.

[43] René Savatier, "Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporelles", "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1958, ed. Sireh, Paris.

[44] Luis Rigaud, *El derecho real, Historia y teorías. Su origen institucional*, traducción de J. R. Xirau, págs. 9 y sigtes., ed. Reus, Madrid, 1928.

Esa noción romana respecto a las "cosas incorporales", comprensiva de los "derechos de obligación o de crédito" es en los últimos años profundizada por Ginossar que las valora, a propósito de lo cual escribe que los romanos, guiados por su admirable instinto jurídico consideraron que la propiedad difiere de los demás derechos pues ella absorbe el bien sobre el cual recae, por lo que resulta lógico colocar en un mismo pie entre las cosas que forman el activo de un patrimonio, de una parte, las cosas corporales (tierras, esclavos, ropas, oro, plata, etc.) *"quae tangi possunt"*; y de otra parte, las cosas incorporales, *"quae tangi non possun" es decir los derechos, especialmente las obligaciones, los derechos de obligación o de crédito* [45].

La noción de propiedad comprende de este modo tanto las cosas corporales como las incorporales y si a ella agrega la concepción, que admite Ginossar, de que el patrimonio está constituido por un conjunto de derechos que se ejerce tanto sobre los objetos concretos como sobre los abstractos (comp. R. Savatier): todo derecho, aun sobre una cosa concreta, es incorporal, no existiendo sino bienes incorporales (aut. precit. "Essai D'Une Présentatión Nouvelle Des Bienes Incorporals", Rev. Trim. Dr. Civ. 1958, p. 33), el patrimonio quedaría integrado por dos grandes clases de derechos, los derechos corporales y los derechos incorporales. Aquellos consistirían como en el pasado en la propiedad de bienes concretos, muebles o inmuebles; estos, en la propiedad de créditos que permiten a sus propietarios, llamados acreedores, exigir de una persona determinada, llamada deudor, una prestación positiva de hacer o negativa de no hacer [46].

En este orden conceptual, consideramos que es congruente con esas nociones la doctrina que fue fuente de nuestro Código Civil.

[45] Ginossar, *Droit réel...*, pág. 45; sobre la división del patrimonio enunciada en el texto, consultar las "Institutas" de Gayo, traducido, con notas e introducción por Alfredo Di Pietro, pág. 85, ed. Librería Jurídica, La Plata, 1967 y en 3ª ed., pág. 197, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, en la cual, nota 14; anota: "el mismo *ius obligations*", pág. 197.

[46] Ginossar, ob. precit., págs. 45 y 46.

Aubry y Rau sustentaron que "el término 'propiedad' ha sido extendido a las cosas incorporales y comprendido en él a la propiedad literaria, artística e industrial".

En este orden de consideraciones, en la obra de Planiol-Ripert se advierte una denominación significativa de los derechos sobre las cosas incorporales, pues se los designa como propiedades incorporales.

Se basa esa concepción en los fundamentos siguientes:

"Se comprende bajo la denominación de «propiedad incorporal» —puede leerse— una serie de derechos que, si bien muy distintos unos de otros, deben relacionarse debido a que representan distintas formas de apropiación de bienes inmateriales. Por regla general se expresa su índole diciendo que constituyen «derechos intelectuales», habiéndose imaginado esta categoría con ocasión de ellos. Con esto se pretende expresar que esos derechos no han de asimilarse al derecho de propiedad, si bien reconociendo al mismo tiempo que tienen mayor eficacia que los derechos personales, con los cuales tampoco deben confundirse.

En realidad... no hay que dejarse engañar por las palabras.

Técnicamente, el derecho de propiedad, tal como lo define y regula el Código Civil, solamente se aplica a las cosas corporales, pero al lado de los bienes corporales existen bienes «incorporales susceptibles de aprobación», y los derechos que sancionan esa apropiación no son otra cosa que formas especiales de propiedad. Por eso, en cuanto a ellos, es correcto hablar de propiedades incorporales" [46 1].

Muy relacionada con la concepción expuesta antecedentemente, fue la expuesta por Jhering, que también desarrolló una concepción inmaterial que coloca la *res incorporalis* en la misma línea que la *res corporalis*. Las nociones y las palabras —sostuvo— creadas para éstas últimas en adelante, en todas partes donde se pueda son trasladadas a los derechos. La noción de *jus in re*, ella misma, es trasladada de la cosa a los derechos; el derecho

[46 1] Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés* (Los bienes con el concurso de M. Picard), trad. por Mario Díaz Cruz, tomo III, nº 564, pág. 489, ed. Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1946.

de prenda y el usufructo son extendidos a los créditos y a los patrimonios enteros [47].

En lo concerniente a esta última conclusión Jhering la desarrolló así:

"Todos los actos, todas las relaciones de derecho patrimonial, han tenido originariamente por objeto la cosa; la cosa visible, palpable, formando el objeto primero y natural del derecho y de toda disposición jurídica. Empero, desde este punto de partida material, el derecho es elevado poco a poco a una concepción inmaterial, espiritualista, que coloca la *res incorporalis* en la misma línea que la *res corporalis.* Las nociones y las palabras creadas para estas últimas, en adelante, en todas partes donde se pueda, son trasladadas a los derechos. Así la noción de *habere,* realizado por la venta de una cosa, se extiende a la venta de los créditos, de las sucesiones, del usufructo. Así, aun aquellos de la *locatio rei* se extienden a la locación de la renta (es decir, al ejercicio de los derechos). La noción de *jus in re,* ella misma es trasladada de la cosa a los derechos; el derecho de prenda y el usufructo son extendidos a los créditos y a los patrimonios enteros" [48].

Las doctrinas que terminamos de reseñar revelan amplio alejamiento de la doctrina tradicional. Estimamos que los planteos que formulamos pueden ser coadyuvantes de la extensión alcanzada del objeto del derecho de propiedad. La doctrina relacionada tiene también sostén en el pensamiento de Ferrara, que sin desconocer la "forma típica y rigurosa de los derechos reales

[47] Lo expuesto corresponde a Laquis, *Derechos Reales,* tomo II, Cap. I, Sección I, nº 5, págs. 22 a 24 y *Actualidad de los bienes incorporales...,* págs. 526 a 528. La obra de Aubry y Rau, cit. *Cours de droit civil français, d'aprés la méthode de Zachariae,* tomo 2, nº 190, p. 172, 4ª ed., Marchail-Billard, París, 1869 y la de Rudolf von Jhering: *Actio injuriam, des lesions injurieuses en droit romain,* (et en droit français), traduit et annoté par O de Meulenaere, págs. 145 y sigtes., ed. Maresq, París, 1880; el pensamiento de Jhering reproducido fue puesto de relieve por Fadda y Bensa en la obra de Bernardo Windscheid, *Dirito delle pandette,* vol. IV, p. 153, ed. Utet, Torino, 1930, VIII.

[48] Jhering, ob. precit.

que tienden a asegurar al hombre el goce de una cosa corporal", expuso: "Este concepto originario se desarrolla y afina con el progreso y en el curso del tiempo, de modo que las relaciones jurídicas pueden recaer también sobre los bienes incorporales: la *res* se espiritualiza, hasta devenir un bien ideal. En este punto de la evolución jurídica, no se ve dificultad en ubicar al lado de los derechos sobre la cosa, también los derechos sobre los bienes inmateriales, comprendiéndolos en la misma categoría, *hablando de derechos reales sobre cosas incorporales.* Tal figura jurídica —consideró— encuentra equivalencia en las obras de ingenio" [49].

6. *Extensión de los derechos reales de condominio y usufructo a las cuotas y acciones en las sociedades comerciales.*

En virtud de los fundamentos doctrinales y derecho positivo expuestos en los puntos antecedentes, en los casos del condominio y del usufructo también es sustentable respecto a las cuotas o acciones en las sociedades comerciales.

Varios ejemplos ilustran el tema. Específicamente, en la ley de sociedades, se presenta el caso de *copropiedad* sobre la cuota social.

Así, el artículo 156 de la ley 19.550 y sus modificaciones preceptúa:

"Cuando exista copropiedad de cuota social se aplicará el artículo 209".

En la jurisprudencia se ha resuelto que no es viable la acción reivindicatoria (C. N. Civ. sala C, 6-6-75, *J. A.* t. 29, 1975, *L.L.*, 1976-A, p. 143). Sustenta esa jurisprudencia que las cuotas de capital de una Sociedad de Responsabilidad Limitada no tienen entidad corpórea, ni individualidad que las asimile al carácter de acciones, p. ej. de una Sociedad Anónima. Además, se fundamenta en la doctrina de Halperin que no acepta la repre-

[49] Francesco Ferrara, *Tratato di Diritto Civile Italiano,* vol. I, Parte I, pág. 260, ed. Athenaeum, Roma, MCMXXXI. En cuanto a las obras de ingenio excederían el objeto de este ensayo, por lo cual no serán consideradas; su aplicación está expuesta en *Actualidad de los bienes incorporales...*, cit., *supra,* nota nº 47.

sentación de cuotas mediante títulos, con la advertencia de que hay doctrina extranjera que la admite [50].

Prosiguiendo con el tema: El artículo 209 establece:

"Las acciones son indivisibles.

Si existe copropiedad se aplican las reglas del condominio. La sociedad puede exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales".

Asimismo, establece la ley de sociedades el *Usufructo de acciones. Derecho del usufructo,* que en el artículo 218 preceptúa:

Usufructo de acciones. Derecho del usufructo. La calidad de socio corresponde al nudo propietario.

El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Este derecho no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización.

Usufructuarios sucesivos. El dividendo se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago, si hubiere distintos usufructuarios se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos.

Derechos del nudo propietario. El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal.

Acciones no integradas. Cuando las acciones no estuvieren totalmente integradas, el usufructuario para conservar sus derechos debe efectuar los pagos que correspondan, sin perjuicio de repetirlos del nudo propietario.

Es concordante el régimen adoptado en el Código Civil, que, en el artículo 2838 en su segunda y tercera parte, dispone que *los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos.* Cuando no estuvieren representados por instrumento,

[50] Isaac Halperín, *Sociedades de responsabilidad limitada,* nº 10, páginas 94 a 96.

las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro" [51].

En consecuencia adquiere validez la formulación de las cosas muebles por su carácter representativo expuesta en los puntos anteriores.

7. *Interrogantes y alcances del tema.*

En los análisis y construcciones doctrinales relacionados en los distintos puntos de este trabajo, es evidente la concordancia y aplicación de los derechos y hechos normativamente establecidos en el Código Civil, a los títulos de crédito, acciones y cuotas en el Derecho Comercial.

La elaboración de los juristas en cuyos estudios basamos distintas situaciones jurídicas, así como la actualidad de los bienes incorporales, conducen a interrogarse, sobre si en la esfera descripta de problemas, resulta evidente la necesidad de reconsideración del objeto de los derechos y el ámbito de su protección y reivindicación.

O también, ¿no es que en este ámbito jurídico ya está en la realidad jurídica la unificación del derecho privado?

[51] Raymundo M. Salvat, *Derechos Reales, actualización* por Manuel J. Argañarás, tomo III, nº 1530, 3ª, pág. 284, ed. Tea, Buenos Aires, 1959.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCION FRANCESA EN LOS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES PATRIOS

por CARLOS E. COLAUTTI *

1. *Reseña introductoria.*

Antes de entrar en el tema de la influencia de la Revolución francesa, o más precisamente de la influencia de las constituciones francesas del período revolucionario en nuestros proyectos constitucionales, quiero hacer unas breves reflexiones sobre algunas características de nuestro proceso constitucional.

En primer lugar me parece necesario subrayar su continuidad. Desde el decreto de seguridad individual de 1811 hasta la Constitución de 1853/60, los documentos posteriores se apoyaron invariablemente en los que los precedieron, de modo que, más allá de las divergencias y luchas en relación con la forma de estado unitaria o federal; de la monarquía o la república, se formula una línea de continuidad que hace que Alberdi en 1857, en su polémica con Sarmiento sobre las fuentes afirme: "...la historia de la Revolución del Plata... y nuestras constituciones ensayadas en los cuarenta años precedentes... son la verdadera fuente de explicación y comento de la Constitución actual argentina" [1].

También me parece pertinente recordar que, a medida que se concretan principios constitucionales que pudieran ser aceptados por los pueblos del Río de la Plata, las soluciones, sobre todo

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, —U.B.A.—.

[1] Juan Bautista Alberdi, *Estudios sobre la Constitución Argentina*, Obras Completas, tomo V, pág. 161, Imprenta de la Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886.

en lo que se refiere a la organización del poder, se acercan paulatinamente a las propuestas del modelo norteamericano. Pero, a su vez, en parte por la influencia y labor de Juan Bautista Alberdi, que cristaliza en el Proyecto de Constitución que acompañó a la 2ª edición de las *Bases* y *Puntos de Partida*, nuestro texto constitucional vigente tiene una mayor originalidad que los anteriores proyectos.

Por último, más allá de la polémica desarrollada a principios de siglo entre Boutmy y Jellinek, sobre la prelación de las declaraciones de derechos sancionadas por los diversos Estados de la Confederación Americana antes de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, creo que los principios fundamentales de la parte dogmática de nuestra constitución derivan de las normas de base sancionadas en Francia durante el primer período revolucionario, es decir la Gran Declaración y las Constituciones de 1791, 1793 y 1795. Se da así la *doble cabecera* de nuestro derecho constitucional a la que se refiere Paul Groussac en su estudio sobre las *Bases* de Alberdi [2].

Pero, como introducción he de detenerme brevemente sobre algunos aspectos de la civilización europea del Iluminismo; del siglo XVIII de las luces, porque creo que de ellos derivan importantes consecuencias que tienen implicancia directa en nuestro proceso constitucional.

No es exagerado decir que el siglo XVIII significa el más grande cambio cuantitativo que se haya producido en la cultura europea. Como prueba irefutable del mejoramiento en los niveles y calidad del consumo y la vivienda, se produce una verdadera revolución demográfica que hace que el promedio de vida aumente durante el siglo en diez años.

A su vez, la Europa que lee, que entre 1680 y 1700 estuvo habitada por 33 millones, en 1800 tiene 55 millones. En ese período, la disposición de material de lectura aumenta por diez. Cada una de las ciencias van obteniendo su espacio propio: la literatura se convierte en un sector autónomo, como también lo

[2] Paul Groussac, *Las bases de Alberdi y el desarrollo constitucional*, en Estudios de Historia Argentina, Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1918, pág. 334.

hace la historia. Esta Europa que lee, llevada también por un auge de las ciencias matemáticas y de los útiles de navegación estudia los nuevos continentes [3]. Esos presupuestos hacen que comience a definirse una nueva concepción del hombre y sus derechos, que escapa a los límites de Europa y sus colonias. La presión cultural del Iluminismo se convirtió así en una nueva intuición ética y jurídica: los Derechos del Hombre. En los primeros años del siglo XIX el concepto llega a América de la mano de Francia.

"El olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre —proclama la Declaración de 1789— son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes".

Me parece básico también señalar, como dato relevante para el proceso de evolución de nuestras instituciones, que la conformación del nuevo espacio europeo del Iluminismo trajo como consecuencia que, mientras que en los siglos XVI y XVII el viaje cultural conducía inexorablemente hacia el Sud: a Italia y España, en el siglo XVIII este tiene un sentido inverso y marcha hacia el Norte. Inglaterra primero, Alemania del este a mediados del siglo y más tarde la Rusia europea de San Petersburgo. Francia queda como centro de irradiación. Y a comienzos del siglo XVII, España, que había asombrado al continente en el siglo XVI, comienza a quedar excéntrica. La Europa de las Luces pierde una provincia del Mediterráneo en el momento en que gana las provincias del Norte.

Es así como, cuando el ideario de la Revolución Francesa llega al Río de la Plata, éste no significa sino la continuación de un predominio cultural que ya se había diseñado en la Europa del siglo XVIII.

Veinte años después de la Gran Declaración comienza a acuñarse en las Provincias Unidas el concepto de derechos humanos. El 21 de agosto de 1810, La Gaceta de Buenos Aires publica una proclama anónima dirigida desde Córdoba donde se lee: "Ya han acabado esos siglos tenebrosos en que los *derechos del hombre* pasan por quimera. Ya hacía tiempo que el amor de la patria

[3] Conf. Pierre Chaunu, *La Civilisation de l'Europe des Lumières*, Flammarion, París, 1982.

y de la libertad murmuraban en secreto". Es la impronta de nuevas ideas que, hasta esos días, habían resultado ajenas a España y que a partir de 1813 se repiten invariablemente en nuestros documentos.

He de circunscribirme al estudio de estos textos, tratando de omitir referencias al pensamiento y el lenguaje típicamente revolucionario de hombres como el Dean Gregorio Funes, Hipólito Vieytes, el doctor Antonio Saenz, Manuel Belgrano y Mariano Moreno, de quien sólo quiero rescatar un párrafo de los considerandos del Decreto de Supresión de Honores, que considero técnico y describe el nuevo pensamiento de la revolución francesa sobre el carácter de la función pública:

> "¿Si me considero igual a mis conciudadanos, porqué me he de presentar de un modo que les enseñe que son menos que yo?"
>
> "Mi superioridad —añade— sólo existe en el acto de ejercer la magistratura que se me ha confiado; en las demás funciones de la sociedad soy un ciudadano; sin derecho a otras consideraciones de las que merezca por mis virtudes"

2. *Los decretos sobre seguridad individual y libertad de imprenta*

El primer documento al que me referiré es el decreto del 22 de noviembre que fue precedido por el decreto sobre libertad de imprenta. Su redactor el Dean Gregorio Funes fue uno de los hombres que marcan una línea de continuidad en nuestro pensamiento constitucional.

Después del movimiento del 5 y 6 de abril de 1811 se convirtió en el principal asesor de la Junta y se hizo cargo de la dirección de "La Gaceta de Buenos Aires". Luego, cuando en 1818 el Congreso que declaró la Independencia se trasladó a Buenos Aires ocupó una banca y presidió la Asamblea Constituyente. Fue el redactor del Manifiesto que difundió el Congreso al dar la Constitución de 1819. También se desempeñó como diputado en el Congreso que dictó la Constitución de 1826. Junto con el presbítero Antonio Sáenz, Bernardo de Monteagudo y Bernardino Rivadavia, fue uno de los hombres de la Revolución que influyeron para que se incorporaran a nuestros documentos el pensa-

miento y las normas de las primeras constituciones francesas y sobre todo la promulgada por el Directorio en 1795.

En efecto, la Constitución del año III del calendario revolucionario fue redactada por un grupo de hombres moderados, que de ser posible hubieran deseado la adopción de una monarquía constitucional[4]. El presidente de la Comisión fue el presbítero Pierre Claude Daunou, partidario como el Dean Funes y el Presbítero Antonio Sáenz de la reforma civil del clero, y asesor de Napoleón en el Concordato con la Santa Sede. A solicitud de Rivadavia, Funes tradujo en 1922 el estudio de Daunou sobre "Garantías Individuales" que se había publicado en París en 1818.

El decreto de seguridad individual constituye un meditado repertorio protectivo de los derechos individuales. La totalidad de sus disposiciones se repiten con leves variantes y desde luego ampliaciones, en todos los documentos constitucionales hasta la Constitución de 1826 inclusive.

En el Preámbulo se enuncia el principio de que "Todo ciudadano tiene un sagrado derecho a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades".

Esta idea de la enumeración de algunos derechos básicos es central en las constituciones francesas del período revolucionario. La Gran Declaración de 1789 enumera como derechos *inalienables e imprescriptibles* (art. 2) a la libertad, la propiedad —a la cual califica como *inviolable y sagrada*— (art. 17) — la seguridad y la resistencia a la opresión. La Constitución Directorial de 1795, que implica la consolidación del triunfo de la burguesía y el alejamiento de los grupos comprometidos con el terror, proclamó también estos derechos, pero omitió enunciar la resistencia a la opresión.

El decreto de seguridad (art. 4) también tomó de la Constitución Directorial de 1795 las garantías referentes a los allanamientos. La definición de que "la casa de un ciudadano es un sagrado cuya violación es un crimen" es una transcripción casi textual del artículo 369 de ese documento.

[4] Jacques Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier Flammarion, 1970, pág. 94.

El requisito de la orden escrita de autoridad judicial significa un adelanto respecto de los antecedentes franceses, que si bien requerían orden escrita, conferían competencia para emitirla tanto a la autoridad judicial como policial (Constitución de 1791 - Cap. V, art. 10).

Este decreto se publicó junto con el de "libertad política de la imprenta", "único camino —como se afirmó en sus considerandos— de comunicar las luces", que la Junta había sancionado el 20 de abril.

Creo que es difícil refutar que la lucha por la libertad de prensa pertenece al ideario básico del siglo XVIII y como tal se desarrolló tanto en Inglaterra como en Francia. Pero específicamente, la lucha contra la autorización previa, contra la censura, es típica del Iluminismo francés. Tanto Voltaire, como Rousseau, como Beaumarchais [5] tratan en los años finales del *Ancien Regime* con profundidad, con ingenio y también con humor, el tema.

A pesar de que los principios de la libertad de opinión se reconocieron en la Gran Declaración (art. 11) y en la Constitución de 1791 y que la Constitución de 1793 garantizó "la libertad indefinida de la prensa" (art. 122), la abolición constitucional de la censura previa apareció recién en la Constitución Directorial de 1795: "Los escritos no pueden ser sometidos a censura alguna antes de su publicación". Pero añadía: "Nadie puede ser responsable de lo que ha escrito o publicado sino en los casos previstos por la ley" (art. 353). Desde luego que esta inmunidad resultó sólo formal, pues a continuación se previó en forma desmesuradamente amplia la posibilidad de establecer excepciones: "Si las circunstancias tornan necesaria una ley prohibitiva —establecía el art. 355— ella será esencialmente provisoria y sólo podrá tener efecto durante un año, *a menos* que sea formalmente renovada".

De hecho en abril de 1796 se dictaron dos leyes por las cuales

[5] Beaumarchais hace decir a Fígaro: "Con tal de que en mis escritos no trate sobre la autoridad, ni el culto, ni la política, ni la moral, ni de gente importante, ni de la Opera, ni de los otros espectáculos, puedo imprimir todo libremente, bajo la inspección de dos o tres censores" (*Bodas de Fígaro*, Acto V, Escena III).

se suprimió el derecho de discusión política y se estableció pena de muerte para quienes propusieran una forma de gobierno distinta a la establecida por la Convención.

El decreto de libertad de imprenta de 1811 tuvo una estructura semejante a la prevista en la Constitución del año III. En efecto, el artículo 1º expresaba el principio general "Todo hombre puede publicar sus ideas sin censura previa". A continuación en forma demasiado lata, en concordancia con el modelo francés, se establecía la posibilidad de responsabilidades ulteriores "El abuso de esta libertad es un crimen. Su acusación corresponde a todos los ciudadanos si compromete la tranquilidad pública o la Constitución del Estado" [6].

Finalmente en el artículo 8º se dispuso que "Las obras que tratan de religión no pueden imprimirse sin censura previa del eclesiástico". A pesar de ello, el decreto de octubre de 1811 abrió camino para que con los años se pasara, luego de arduas luchas, de la libertad proclamada a la libertad conquistada.

La Asamblea del año XIII.

A partir del gobierno surgido del movimiento de octubre de 1812 comenzaron a hacerse públicos los fines de la Revolución de Mayo y el Segundo Triunvirato empezó a dictar legislación fundamental tanto en los aspectos de la organización del Estado como en el reconocimiento y protección de los derechos del indiduo. En ambos temas se siguió el modelo de la legislación francesa.

En efecto, el 28 de septiembre de 1791, la Asamblea abrogó en Francia la esclavitud y estableció la libertad de vientres, el 4 de febrero 1792 abolió la esclavitud de los negros en todas las colonias francesas, el 10 de junio, luego del ajusticiamiento de Luis XVI, se suprimieron los títulos de nobleza y en julio de 1774

[6] Esta disposición concordaba con el pensamiento del Deán Funes que en "La Gaceta de Buenos Aires" del 21 de abril de 1811, al dar a conocer el Decreto expuso: "No concebimos que sea una injuria a los derechos del hombre poner algún límite a su libertad en obsequio de una causa de orden superior como es la religión y su doctrina.

los mayorazgos. La Constitución montañesa de 1793 estableció la temporalidad de todos los cargos públicos (art. 30.).

De febrero a junio de 1813, la Asamblea General Constituyente adoptó estas mismas medidas que, según afirma Ravignani, se estaban gestando desde 1811 [7]. Estableció la libertad de vientres y de todos los esclavos que en lo sucesivo se introduzcan por la vía de comercio o venta (decreto del 5 de febrero), se declaró la extinción de todos los títulos de nobleza (decreto del 29 de mayo), se prohibió la fundación de mayorazgos (decreto del 21 agosto) y se dispuso la abolición de la perpetuidad de los oficios del Consejo (decreto del 12 de junio). Estas decisiones jurídicas que revelan la influencia del derecho revolucionario francés abolicionista e igualitario, son desde luego ajenas al pensamiento de los padres de la Constitución de Filadelfia.

Pero es en dos de los proyectos presentados a la Asamblea [8], que pueden calificarse como oficiales: el de la Comisión designada por el Segundo Triunvirato y el de la Sociedad Patriótica, donde se advierte la profundidad de la influencia del derecho francés.

El Proyecto de la Comisión Especial.

En el Proyecto de la Comisión es prevaleciente, como en los demás antecedentes patrios, la influencia de la Constitución del año III.

Quiero anotar brevemente algunas características comunes.

En primer lugar, la Constitución del año III es la primera en la historia del constitucionalismo que enumeró los territorios que componían la República (Tít. I, art. 3º). Esta es la solución que

[7] Emilio Ravignani, *Historia Constitucional de la República Argentina*, tomo I, pág. 199, Talleres S. A. Casa Peuser Ltda., Buenos Aires, 1926.

[8] Se presentaron a la Asamblea otros dos Proyectos. Uno de carácter federal que dio a conocer Emilio Ravignani en *Asambleas Constituyentes Argentinas* (tomo VI, 2ª parte, Buenos Aires, 1939, pág. 633). Otro que transcribe Armando Seco Villalba en *Fuentes de la Constitución Argentina.*

Ninguno de los Proyectos fue tratado por la Asamblea

adopta el Proyecto de la Comisión que nos recuerda que el territorio comprende las Provincias de Buenos Aires, Córdoba, Salta, Potosí, Charcas, Cochabamba, La Paz, la de Cuyo y Banda Oriental; y la de Paraguay, *si adoptase la presente constitución.* (Cap. II).

El Proyecto aceptó en la organización del Poder Ejecutivo el sistema que de hecho se hallaba vigente desde la asunción del Segundo Triunvirato y que había sido adoptado de la Constitución Directorial. En consecuencia preveía un ejecutivo pluripersonal, elegido por el poder legislativo, cuyos miembros eran parcialmente renovados y cuya presidencia era rotativa. Asimismo estableció un sistema de elección indirecta de tres grados, por medio de Asambleas primarias o parroquiales, Asambleas electorales de Partido, y finalmente Asambleas Comunales de Provincia (la Constitución del año III las denominaba respectivamente Asambleas Cantonales, Electorales y Departamentales - Tít. III y IV). Ambos documentos disponían que para ser elector había que anotarse en el registro cívico y que los proyectos de ley debían ser leídos dos veces en cada una de las Cámaras antes de la admisión o rechazo de su discusión definitiva.

Entre las atribuciones del Congreso se adoptaba una original de la Constitución de 1795 (art. 102), que en 1782 posibilitó la concreción del golpe de Estado Bonapartista del 18 de Brumario (9 de noviembre); la de determinar el lugar donde debía celebrar sus sesiones. En el Proyecto de la Comisión se agregó "que debe ser precisamente fuera de Buenos Aires" (Cap. XIV). Este fue un antecedente de la convocatoria que en 1815 se hizo para el Congreso de Tucumán *para que allí acuerde el lugar donde hayan de continuar sus sesiones* (art. XXX).

El Proyecto de la Sociedad Patriótica.

Pero es en el Proyecto de la Sociedad Patriótica donde es más concluyente la influencia de la Constitución Directorial del año III. En él se refleja el pensamiento de Bernardo de Monteagudo —Presidente de la Sociedad— que desde "La Gaceta de los Viernes" articuló la oposición al régimen derrocado en octubre

de 1812. El Secretario de la Comisión fue Antonio Sáenz que volcó en esta obra sus sólidos conocimientos jurídicos[9].

El Dr. Antonio Sáenz —primer rector de nuestra Universidad— fue uno de los juristas que como el Dean Funes participó en la redacción de la parte principal de nuestros antecedentes constitucionales, encarnando de este modo la continuidad de los proyectos.

Como éste fue partidario de la reforma civil del clero y del ejercicio del derecho de patronato por los gobiernos patrios. Cuando en mayo de 1810 Buenos Aires decidió establecer un gobierno propio, estaba suspendido por el Obispo Lué de su licencia ministerial para ejercer el sacerdocio.

En 1812 fue elegido miembro de la Junta Protectora de la Libertad de Imprenta creada por el Reglamento y redactó las Instrucciones para los diputados que representarían a Buenos Aires en la Asamblea del año XIII. Un año después fue Secretario y principal redactor del Proyecto de la Sociedad Patriótica. Después de la caída de Alvear que lo había desterrado a la villa de Luján formó parte de la Junta de Observación que redactó el Estatuto de 1815[10]. Más tarde como Diputado en el Congreso de Tucumán fue el autor del Manifiesto a las Naciones anunciando la Independencia. Fue también miembro de la Comisión redactora del Proyecto de Constitución de 1819.

[9] Clemente L. Fregeiro en su estudio *Primera Constitución Argentina*, afirma: "al revés de lo que ocurre en la comisión oficial, en la constituida por la Sociedad Patriótica se siente o mejor dicho se descubre el pensamiento dominante de Monteagudo, formulado por la pluma laboriosa de Antonio Sáenz. Ni Planes, ni Valle poseían cualidades para contrastar la influencia del presidente servida por la erudición legal del doctor Sáenz" ("La Biblioteca", Año I, tomo I, pág. 382, Buenos Aires, 1896).

[10] Concuerdo plenamente con la opinión de Ravignani de que éste fue redactado por Sáenz con anterioridad a la revolución y durante la conspiración contra Alvear, dado que "no es posible admitir que en veinte días (el pronunciamiento fue el 15 de abril y el 5 de mayo la Junta de Observación presentó el Estatuto) pudiera darse forma a un cuerpo constitucional más extenso que el que nos rige actualmente. La verdad —concluye— es que toda esta organización es la resultante de este estatuto, el cual ya estaba escrito", *ob. cit.*, pág. 225.

Me parece oportuno, por tanto, subrayar que en casi todos los documentos, proyectos y manifiestos del lapso que va desde 1811 a 1826 participaron o el Dean doctor Gregorio Funes o el presbítero doctor Sáenz; y en los más relevantes, ambos. Más allá de diferencias ocasionales los dos juristas tenían una línea ideológica común, avalada por sus vocaciones, que era afín con la del grupo moderado que presidido por el presbítero Pierre Claude Daunou redactó en Francia la Constitución de 1795.

El Proyecto de la Sociedad Patriótica, como ocurre en el derecho francés de la época revolucionaria, abunda en definiciones. Esto es comprensible. El absolutismo no había sido derrotado definitivamente ni en Francia ni en el Río de la Plata. En consecuencia existía una tendencia válida de acuñar en preceptos las fórmulas básicas del Constitucionalsimo.

En un trabajo anterior [11] realicé una confrontación entre el Capítulo II de este Proyecto, cuyo acápite era "De los Derechos que se declaran al Hombre en esta Asociación" y los cinco primeros artículos de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del ciudadano del año III. En estos artículos se definieron con fórmulas casi idénticas a la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. Lo mismo ocurrió con la definición de ley, la afirmación de que "Las Provincias Unidas forman un estado indivisible" y los Capítulos sobre la ciudadanía que imponían idénticos requisitos en cuanto al acceso por parte de los extranjeros, como también para su pérdida.

Del cotejo de todos estos textos se desprende en forma inequívoca que la Constitución de 1795 fue estudiada y adoptada por los redactores del Proyecto. Excedería los límites de este trabajo exponer las diferencias entre la Constitución Directorial y sus precedentes de 1791 y 1793, pero me parece claro que la conclusión del período del Terror jacobino y la confrontación de principios aptos como base para la instauración de un régimen republicano moderado, fueron factores que debieron pesar en el

[11] Carlos E. Colautti, *Proyectos Constitucionales Patrios*, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1983, pág. 25. Los artículos que se citan del Estatuto de 1815, son transcripción del Proyecto de la Sociedad Patriótica.

criterio de hombres como Bernardo de Monteagudo y Antonio Sáenz.

También tienen su antecedente en el derecho revolucionario francés los artículos sobre "Inviolabilidad de los miembros de las Cámaras" (Cap. XVI). Me parece oportuno detenerme un instante sobre este tema, dado que la solución del Proyecto respecto de la inmunidad de expresión de los legisladores es la que finalmente se acepta en nuestra Constitución vigente y difiere fundamentalmente de la de la Carta de Filadelfia.

En efecto, la Constitución de Estados Unidos establece en forma restrictiva —y así ha sido aceptado por la jurisprudencia de su Suprema Corte— que los legisladores "no podrán ser interrogados en ningún otro lugar acerca de las discusiones o debates sostenidos en cualquiera de las Cámaras" (art. 1º, sec. 6ª, párr. 1º). En cambio la Constitución de 1795, siguiendo el principio acuñado en 1791, estableció un principio más amplio: "Los ciudadanos que son o hayan sido miembros del cuerpo legislativo no podrán ser perseguidos o acusados por lo que hayan dicho o escrito en el ejercicio de sus funciones". es decir que la inmunidad se consagraba para proteger todo lo dicho o escrito durante el ejercicio de sus funciones y no sólo las expresiones vertidas en las sesiones de las Cámaras.

Esta fue la solución que adoptó, mediante una transcripción casi literal, el artículo 120 del Proyecto. Las soluciones convergentes de nuestro derecho revolucionario y el francés se justifican objetivamente porque tanto los miembros de la Junta Grande como los de la Asamblea Constituyente de 1789/91 habían sido perseguidos por las opiniones políticas emitidas durante el lapso de sus mandatos. Posteriormente fueron acusados los miembros de la Asamblea del año XIII, del Congreso que declaró la Independencia y del que sesionó de 1824 a 1827, lo que justifica el criterio aceptado en 1853.

Omitiré detenerme en otras disposiciones de detalle, como el procedimiento para el desafuero de los legisladores que prevé el Proyecto (arts. 125 al 127), cuyas normas fueron transcripción casi textual de los artículos 118, 120 y 122 de la Constitución del año III.

Pero sí quiero hacer mención a un principio fundamental que se repite desde 1813 en todos los documentos constitucionales patrios y está acuñado en el artículo 19 de nuestra Constitución vigente: el principio de legalidad.

El Proyecto de la Sociedad Patriótica lo expresó por vez primera con la fórmula: "Nadie puede ser obligado a lo que no está obligado por la ley" (art. 144). Las fuentes de esta norma se encuentran en las raíces del pensamiento iluminista francés. En efecto ya en el Espíritu de las Leyes (Libro XI, Capítulo IV) Montesquieu, después de afirmar "para que no haya abuso del poder es necesario que el poder controle al poder", acuña el axioma: "una constitución debe ser tal que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni a no hacer lo que ella no prohíbe". En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se formula de la siguiente manera: "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena" (art. 5º, segunda parte). Este concepto se repite con leves diferencias en las Declaraciones que preceden a las Constituciones de 1793 y 1795. La redacción del principio de legalidad, de indudable raigambre francesa, que se acuña en 1813, es perfeccionada en los documentos patrios de 1815 y 1817 y finalmente en 1826 toma una forma que es prácticamente idéntica a la actual: "Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Este principio confiere a nuestro derecho constitucional un sello distintivo, una característica que es ajena al derecho de América del Norte. Las restricciones a los derechos sólo pueden ser impuestas por ley. Ley que debe emanar del Poder Legislativo como expresión de la voluntad general.

Los Deberes del Hombre.

No quiero dejar de referirme a la idea de la simetría entre derechos del hombre y sus deberes que ingresa por primera vez en las normas constitucionales, a través del pensamiento revolucionario francés, en 1795.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y los documentos posteriores de 1791 y 1793 no contenían disposiciones expresas al respecto. La Constitución de 1795 —en su intento por consolidar la dominación de la burguesía— introduce por primera vez un Capítulo expreso sobre el tema.

Veinte años después estos principios aparecen en nuestro constitucionalismo en el Estatuto de 1815. En ambos casos las disposiciones pertinentes constituyen descripciones de contenido moral más que normas jurídicas y probablemente por ello, no fueron aceptadas en documentos posteriores, de modo que no constituyen antecedentes de nuestro derecho actual.

Pero con el único objeto de aportar un dato más sobre la influencia de la Constitución del año III en nuestros antecedentes quiero confrontar un solo artículo del conjunto que hacía referencia a los deberes:

Constitución de 1795 (art. 4º).	Estatuto de 1815 (Cap. VI, art. V).
Devoirs frente a **Deberes.**	**Deberes de todo hombre en el Estado.**
Devoirs.	
"nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon epoux".	"Merecer el grato y honroso título de hombre de bien, siendo buen padre de familia, buen hijo, buen hermano y buen amigo".

La protección al derecho de propiedad.

Como hemos visto anteriormente, desde nuestros primeros proyectos constitucionales —con más precisión desde el que redactó la Sociedad Patriótica— se reconoció a la propiedad como *derecho del hombre* y se la caracterizó, con las palabras del derecho francés, como *el derecho de gozar imperturbablemente de sus bienes, rentas y productos industriales* (art. 5º).

Pero fue en la Constitución de 1819 donde se desarrolló el concepto y, en relación con la afirmación de su inviolabilidad, se estableció la institución de la expropiación.

La Declaración de 1789 expresaba en su artículo 17, con cierta demasía, que fue criticada en la Convención por Robespierre en su discurso del 24 de abril de 1793 [12]:

[12] Robespierre, *La Razón del Pueblo*, estudio preliminar, selección,

> "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella salvo cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija, y bajo la condición de una justa y previa indemnización".

Se establecieron de este modo los tres requisitos previos de de la expropiación: utilidad pública, declaración por ley e indemnización previa.

Salvo la calificación de *sagrado*, estos principios se repitieron en todas las constituciones francesas del período que estamos considerando.

Las Constituciones patrias de 1819 y 1826 también califican al derecho de propiedad como *sagrado e inviolable* y diseñan el instituto de la expropiación del mismo modo que en el derecho francés:

> "...los miembros del Estado no pueden ser privados de ella ni gravados en sus facultades sin el consentimiento del Cuerpo Legislativo o por un juicio conforme a las leyes". "Cuando el interés del Estado exija que la propiedad de algún pueblo o individuo en particular sea destinada a los usos públicos, el propietario recibirá por ella una justa compensación".

Estos principios se reflejan en el Proyecto de Constitución que Alberdi acompañó a la segunda edición de *Las Bases* que fue el antecedente casi textual del artículo 17 vigente y que expresaba: "La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de pública utilidad debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

La igualdad constitucional

Creo que es difícil de controvertir que el tema de la igualdad ante la ley es uno de los grandes temas del Iluminismo y un ob-

---

traducción y notas de Horacio Sanguinetti, Ediciones La Bastilla, Buenos Aires, 1972, pág. 115.

jetivo central de la Revolución Francesa. Los documentos revolucionarios franceses hacen referencia a cuatro aspectos: la igualdad ante la ley, la igualdad impositiva, la interdicción de privilegios y títulos de nobleza y la igualdad en la admisión en los empleos.

La Constitución de 1793 luego de definir, de acuerdo con el pensamiento de Rousseau que "La ley es la expresión de la voluntad general" agregó "ella es igual para todos, sea que recompense o pene, sea que proteja o que reprima" (arts. 2º y 3º). Este concepto se reitera en la Constitución del año III: "La igualdad consiste en que la ley sea la misma para todos, sea que ella proteja, sea que castigue" (art. 3º).

A partir del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, en todos nuestros documentos constitucionales, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento de 1817 y las Constituciones de 1819 y 1826, la igualdad ante la ley se expresa con una fórmula, que salvo transposiciones, tiene idéntico contenido que las del derecho francés: "La ley sea preceptiva, penal o tuitiva, es igual para todos".

El principio revolucionario es el de la interdicción de privilegios y correlativamente la igualdad en la admisión en los empleos . El preámbulo de la Constitución de 1791 lo expone de la siguiente manera: "No hay nobleza ni pairía, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni jueces patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de ellos derivan".

A su vez, en el artículo 1º se disponía: "La Constitución garantiza como derechos naturales y civiles: 1º) Que todos los ciudadanos son admisibles a los puestos y empleos sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos".

Hemos visto que la Asamblea del año XIII declaró la extensión de los títulos de nobleza, prohibió la fundación de mayorazgos y declaró la abolición de la perpetuidad en los oficios del Consejo.

La Constitución de 1819 desarrolló estas ideas en el artículo CXXVII: "A ningún hombre o corporación —dispuso— se concederán ventajas, distinciones o privilegios exclusivos, sino los

que sean debidos a la virtud o a los talentos", principio que se repite en la Constitución de 1826 (art. 180).

Creo que es irrefutable la concordancia formal de este precepto con lo dispuesto por las constituciones francesas y también con el pensamiento que expuso Mariano Moreno en los considerandos del Decreto sobre Supresión de Honores.

Derechos de los extranjeros.

No quiero terminar este panorama sin hacer referencia a un sello característico de nuestro sistema constitucional que cristaliza expresamente en 1853: la apertura hacia todos los hombres del mundo y en consecuencia la igualdad jurídica de los extranjeros.

Filósofos e historiadores han expuesto con reiteración que la idea de los Derechos del Hombre —que proviene de la unidad del género humano— es uno de los principios eje del pensamiento de la Ilustración.

Siguiendo estas ideas, el Título VI de la Constitución de 1791 reconoce la igualdad jurídica de los extranjeros con una amplitud que no sólo no existía antes de la Revolución, sino que era arduo concebir en los sistemas monárquicos, una de cuyas características básicas era que los individuos se relacionaban con el Estado en su calidad de súbditos del monarca. Lo hacía en estos términos:

> "Los extranjeros establecidos o no en Francia heredan a sus parientes extranjeros o franceses. Pueden contratar, adquirir y recibir bienes situados en Francia y disponer de ellos, igual que los franceses y por todos los medios autorizados por la ley. Los extranjeros que se encuentren en Francia están sometidos a las mismas leyes criminales y de policía que los ciudadanos franceses, salvo las convenciones establecidas por las potencias extranjeras. Sus personas, sus bienes, sus industrias y su culto son igualmente protegidos por la ley".

A su vez, la nota de internacionalismo, típica de los primeros momentos revolucionarios, se concreta en los últimos artícu-

los del Proyecto de Constitución que Robespierre presentó a la Convención en 1793:

> "Los hombres de todos los países son hermanos y los diferentes pueblos deben ayudarse de acuerdo con sus posibilidades como ciudadanos de un mismo Estado".
>
> "Quien oprima a una sola nación se declara enemigo de todas".
>
> "Los que hacen la guerra a un pueblo para detener el progreso de la libertad y aniquilar los derechos del hombre deben ser perseguidos por todos, no como enemigos ordinarios, sino como asesinos y bribones rebeldes".
>
> "Los reyes, los aristócratas y los tiranos, sea quien fuere, son esclavos rebelados contra el soberano de la tierra que es el género humano y contra el legislador del universo que es la naturaleza".

A su vez el concepto de universalidad de los derechos e igualdad jurídica de todos los habitantes ingresa en nuestros documentos a través del Estatuto de 1815 que después de enumerar y definir los derechos a la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad, establece: "Todo hombre gozará de estos seis derechos en el Territorio del Estado, sea americano o Extranjero, sea ciudadano o no".

A mi entender y aunque Alberdi no reconozca los antecedentes [13], una lectura descarnada del artículo 21 de su Proyecto, deja pocas dudas sobre la similitud del lenguaje e identidad de soluciones adoptadas y los postulados descriptos en la Constitución de 1791.

No quiero terminar estas ideas que desparejamente he tratado de hilvanar, sin reiterar que tengo para mi —siguiendo en esto a Groussac— que los padres de nuestra Constitución recibie-

[13] En la nota del Capítulo III del Proyecto de Constitución que acompañó a las *Bases, Derecho Público referido a los extranjeros*, Alberdi afirma: "En la constitución de un país europeo, este capítulo estaría de más, sería insensato tal vez, porque tendería a atraer lo que más le convenía alejar. He aquí el motivo porque nuestros copistas no le hallan en los textos constitucionales de Europa".

ron las ideas del Iluminismo de dos vertientes: la francesa y la anglosajona. Pero debemos a Francia, la idea matriz que con la Revolución de 1789 cristaliza en normas, y se proyecta con fuerza creciente hasta nuestros días: los Derechos del Hombre.

LA GARANTIA DEL "HÁBEAS DATA" EN EL PROYECTO DE LEY DE UNIFICACION DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN *

Con mucho gusto nos adherimos al homenaje al doctor Ignacio Winizky, verdadero maestro del derecho que dio lo mejor de sí mismo por esta casa nuestra. Tuvimos el agrado de conocerlo por sus obras, antes que personalmente. En efecto, hace ya varias décadas, siendo nosotros estudiantes en esta casa, su excelente libro "Títulos circulatorios", nos sirvió para preparar una parte de la materia derecho comercial II.

Años después, siendo ya el que esto escribe profesor de esta casa, tuvimos el honor de conocerlo personalmente al frente del departamento de publicaciones de la Facultad, al que dedicó sus mejores esfuerzos, incluso en esta última etapa, cuando su salud estaba ya resentida y tenía bien ganado su derecho al descanso.

Es por todo eso que —con este modesto aporte— nos sumamos al justiciero homenaje a su memoria, propiciado por la Revista Jurídica de Buenos Aires.

1. *Planteo del tema.*

En este trabajo trataremos de dar una breve reseña sobre el instituto de *hábeas data,* sus fundamentos y su inclusión en el derecho comparado y argentino.

Esta institución es relativamente reciente, aunque existen ya diversas constituciones que la han incorporado a su texto.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional —U.B.A.—.

1.1. El fundamento último del *hábeas data* es otorgar otra garantía al derecho a la intimidad. Como lo hemos sostenido antes de ahora, el derecho a la privacidad o a la intimidad es —para nosotros— una consecuencia o derivación del derecho a la dignidad. En igual sentido, se pronuncian Sánchez Agesta [1] y González Pérez [2].

Muchos autores se han ocupado de este derecho. Como su reseña escapa al objeto de esta nota, me remitiré al excelente trabajo de Julio C. Rivera [3] en el que se pasa revista a la doctrina nacional y extranjera sobre el tema.

Hay muchas definiciones y opiniones para tratar de asir a este derecho. Por nuestra parte, entendemos que consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio estado, mediante intromisiones que pueden asumir muy diversos signos.

El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables, para que el hombre pueda desarrollar su individualidad en inteligencia y libertad. Es el derecho que tiene un hombre "a ser dejado en la soledad de su espíritu", (the right to be let alone) según el concepto de Cooley [4]. Quiroga Lavié lo define como "la soberanía de la vida privada" o el "derecho a la soledad" [5].

El Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido aprobado por nuestro país, por ley 23.054, consagra este derecho en sus artículos 11 y 12. El artículo 11 en su inciso 1, reconoce el de-

[1] Sánchez Agesta, Luis, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 107.

[2] González Pérez, Jesús, *La Dignidad Humana*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 107/108.

[3] Rivera, Julio C., *Derecho a la Intimidad, L.L.*, 1980, t. D, pág. 912 y siguientes.

[4] Citado por Bustamante Alsina, J., en *E.D.*, del 15 de julio de 1986 y el voto del doctor Petracchi, en el Fallo "Ponzetti de Balbín Indalia c/Editorial Atlántida S. A.", *L.L.*, 1985, t. B, pág. 120 y sigtes.

[5] Ver su trabajo en *J.A.*, del 6-04-88.

recho a la honra y a la dignidad. El inciso 2 establece que nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. El artículo 12, por su parte, garantiza la libertad de conciencia y de religión.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por nuestro país por ley 23.313, consagra también el derecho a la intimidad en su artículo 17, inciso 1, en términos similares.

Si bien nuestra Constitución Nacional, no menciona expresamente el derecho a la intimidad, de diversas disposiciones de la misma que contemplan aspectos parciales de aquel, puede inferirse certeramente que los redactores de aquella lo tuvieron presente. Así v.gr. el artículo 18 de las garantías, prevé algunas de sus aplicaciones más frecuentes: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, delegando en el Congreso, establecer "en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

Estas disposiciones están tomadas del derecho patrio, concretamente se encuentran en el Estatuto Provisional de 1815, y luego se reiteran en todos los ensayos constitucionales.

También se encuentra este derecho en la primera parte del artículo 19 de la Constitución, al que nos referiremos más abajo.

La intimidad personal y familiar, en el decir de Jesús González Pérez [6] es uno de los derechos más atacados, desde todos los campos, no sólo por los particulares (v.gr. en ejercicio de la prensa, o mediante registros informatizados), sino también por el propio estado (v.gr. llegándose a lesionar la intimidad con el objeto de evitar evasiones impositivas).

1.2. En relación al tema específico de este trabajo, esto es el *hábeas data,* comenzaremos expresando que ésta es una nueva garantía que ha sido incorporada en varias Constituciones contemporáneas, como veremos más adelante. Mediante este instrumento, todo individuo tiene derecho a solicitar judicialmente

[6] Ver *ob. cit.,* en nota 2, pág. 107.

la exhibición de los registros —públicos o privados— en los cuales se hayan incluido sus datos personales o los de su grupo familiar y a requerir la rectificación, o supresión de los datos inexactos u obsoletos.

Este instrumento tiende a proteger al individuo contra calificaciones sospechosas incluidas en registros (especialmente estatales, aunque existen también privados), que sin darle derecho de contradecirlas, pueden llegar a perjudicarle de cualquier modo (v.gr. la existencia de las llamadas "listas negras").

Esta garantía ha cobrado gran importancia en la actualidad, con el auge de los bancos informáticos de datos, a los cuales puede accederse fácilmente de diversos modos (v.gr. a través de una línea telefónica, incluso burlando las medidas de seguridad del propio banco de datos), lo cual multiplica en forma explosiva, la posibilidad de propagar datos personales, que de cualquier modo pudieran perjudicar a su titular, agraviando —más intensamente si cabe— su derecho a la intimidad.

Piénsese en el peligro cierto de lo que podría suceder, v.gr. si se informatizara la actividad judicial (como se ha hecho ya en otros países) y el contenido de los juicios de familia (v.gr.) quedaran registrados en los soportes magnéticos de las computadoras, a las cuales puede accederse —como he dicho— por vía telefónica. ¿Qué pasaría si cualquier persona, violando los recaudos de seguridad, pudiera registrar todos los incidentes ocurridos en un juicio de divorcio para divulgarlos luego, perjudicando así a sus protagonistas?

Este mismo peligro se da en relación a la intervención estatal en la vida privada de las personas, con fines fiscalistas, policiales o de otro tipo. Es común —como lo señala González Pérez, en su obra antes citada— que el Estado, en su afán (loable, por supuesto), de evitar la evasión fiscal, o de combatir el delito, llegue a tomar medidas que afectan directamente el derecho a la intimidad de las personas, pretendiendo obtener datos que lesionen la privacidad, que debe estar excluida de la autoridad estatal. Hemos visto —hace poco tiempo en nuestro país— ciertas medidas del órgano recaudador fiscal que pueden incluirse en este abuso de poder.

De igual manera, ciertos organismos burocráticos, exigen la mención de datos (v.gr. diagnósticos médicos) so pretexto de evitar defraudaciones en prestaciones públicas. En este sentido, podemos remitirnos a los excelentes trabajos de Bidart Campos [7] y de Bustamante Alsina [8].

1.3. La garantía del *hábeas data* está incluida en varias Constituciones actuales o recientes reformadas. No vamos a efectuar un prolijo inventario de éstas porque ello extendería en demasía este trabajo, sino que nos referiremos sólo a las más recientes.

1.3.1. Entre las extranjeras podemos citar a la Constitución de la república portuguesa, la cual en su artículo 35 expresamente prevé el derecho de los ciudadanos a tomar conocimiento de los registros informáticos de sus datos personales y a exigir la rectificación o actualización. Prohíbe también que se utilice la informática para el tratamiento de las convicciones filosóficas, políticas, religiosas, la vida privada, etcétera, salvo para el procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente [9].

La Constitución española de 1978, establece en su artículo 20 inciso 3, que las libertades que dicho artículo consagra (derecho a la información) "...tienen su límite en el respeto a... la intimidad...". Asimismo, en el artículo 18, se determina que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos [10]. Estas disposiciones están desarrolladas en la Ley Orgánica 1/1982 "de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", publicada en el Boletín Oficial

[7] Bidart Campos, G., *El secreto bancario, E.D.*, del 21 de junio de 1983.

[8] Bustamante Alsina, J., *La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del estado y las modernas técnicas de la información, E.D.*, del 15 de julio de 1986.

[9] *Constituiçao da República Portuguesa,* Primeira Revisão, 1982, Ed. Asamblea de la República, Lisboa, 1984, pág. 19.

[10] Sánchez Agesta, L., *Sistema Político de la Constitución Española de 1978,* Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 405.

del Estado el 14 de mayo de 1982 [11]. Dicha ley establece una serie de garantías con respecto a la utilización de los datos personales, y en su primera disposición transitoria, establece que:

> "En tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4 de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley".

En la Constitución del Brasil, se incluye en su artículo 153, el "derecho de certidumbre", que se otorga para comprobar ante terceros la existencia de actos o hechos de los que la administración pública tiene conocimiento en razón de sus funciones [12]. En la actual reforma de la Constitución de este país hermano, se ha incluido expresamente el *hábeas data*.

1.3.2. Entre las Constituciones Provinciales que fueron recientemente reformadas, podemos citar la Constitución de la Provincia de Córdoba, la cual en su artículo 50 establece que:

> "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulnere el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos" [13].

[11] Rubio Llorente, F., Aragón Reyes, M. y Blanco Canales, R., *Código de Leyes Políticas*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, págs. 133 y sigtes.

[12] Ribeiro Bastos, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, San Pablo, 1987, pág. 252.

[13] Edición oficial de la Constitución de la Provincia de Córdoba, Ed. por la H. Convención Constituyente, Córdoba, 1987, pág. 29. Al respecto es sumamente ilustrativa la exposición del miembro informante de la Comisión respectiva, Convencional Juan E. Arato, que efectúa una amplia reseña de los antecedentes nacionales y extranjeros sobre el tema. La misma se encuentra transcripta en las páginas 1617 a 1620 del Diario de Sesiones de la Honorable Convención Provincial Constituyente de la

También se ocupan del *hábeas data* las Constituciones —recientemente reformadas— de San Juan (art. 26), Santiago del Estero (art. 18) y La Rioja (art. 30).

1.4. Luego de este no tan breve —pero necesario— introito, corresponde que nos ocupemos del texto del artículo 1071 ter. del Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación. Antes de analizarlo, es menester mencionar que si bien el texto figura en el Proyecto presentado por la Comisión Asesora integrada por juristas de nota, el mismo fue eliminado en el proyecto que acompaña al dictamen de la Comisión Especial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por entender que el mismo se superpone con otro proyecto de ley de protección a los derechos personalísimos, el cual se encuentra en estado parlamentario.

Personalmente, no compartimos las razones del mencionado dictamen y sinceramente lamentamos la exclusión del citado artículo 1071 ter, y consideramos que debiera incluirse en el proyecto a ser analizado por el Congreso, ya que el otro, al que se hace referencia más arriba, no legisla específicamente sobre el *hábeas data*. Pero, cualquiera que sea la suerte que corra el texto en el Congreso Nacional, consideramos de extrema utilidad su análisis. El mismo expresa lo siguiente:

> "Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a los registros en bancos de datos. Quien tenga un motivo para suponer que está incluido en ellos podrá pedir que se le haga conocer toda la información que le concierne, y que se destruya la que se refiere a su fe religiosa, opiniones o afiliaciones políticas o sindicales, antecedentes penales, estado de salud y hábitos y relaciones personales, salvo que una disposición especial de la ley o razones de interés general lo justifiquen".

Provincia de Córdoba (Sesión del 21 de abril de 1987); t. II. Agradecemos por este medio a nuestro querido amigo el doctor Lorenzo Loustau Bidaut, Presidente de dicha Convención, su amable gesto de remitirnos los dos tomos del diario de sesiones.

La remisión que se hace al artículo anterior se refiere a las facultades del Juez para hacer cesar los actos dañosos, fijar una indemnización, e incluso ordenar la publicación de la sentencia.

Comparando los diversos textos citados, y otros que hemos omitido en honor a la brevedad, pensamos que el artículo 1071 ter proyectado, sigue los lineamientos generales mencionados más arriba, en especial los de la Constitución portuguesa, y que como ellos, constituye una garantía necesaria para la protección del derecho a la intimidad que —como expresáramos *ut supra*—, se ve atacado a diario por un sinnúmero de actos y hechos públicos y privados, a los cuales se han sumado ahora los bancos informáticos de datos, con su enorme poder de penetración en el ámbito de la privacidad personal.

2. *Normas constitucionales aplicables.*

Algo hemos dicho ya al comienzo de esta nota. Si bien nuestra Constitución no previó —ni podía hacerlo obviamente, dada la fecha de su sanción— la garantía que estamos analizando, ello no es óbice para que la existencia de la misma se infiera de los textos constitucionales a que haremos referencia en seguida.

2.1. Es aplicable en primer lugar, por analogía, la inviolabilidad de los papeles privados y de la correspondencia epistolar, consagrada en el ya citado artículo 18 de la Constitución Nacional.

2.2. En segundo término, debemos volver a mencionar al artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual —en su parte pertinente— dice: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.* Como expresáramos en una oportunidad anterior, este artículo es uno de los principales del texto constitucional, ya que en sus breves líneas encierra toda una filosofía política de la libertad [14]. En él se establecen los límites del *derecho a la intimidad* y —al mismo tiempo— se consagra la

[14] Ekmekdjián, M. A., *Análisis Pedagógico de la Constitución Nacional,* Ed. Depalma, 2ª ed., pág. 40.

inviolabilidad de uno de sus derechos derivados: la *libertad de conciencia.*

El derecho a la intimidad reconocido en dicho texto constitucional, tiene operatividad propia como para que cualquier habitante que vea su privacidad violada de cualquier manera, por un acto del estado o de particulares, pueda exigir, por las vías procesales más rápidas, la protección judicial del mismo. No corresponde aquí volver a la vieja discusión sobre la programaticidad o ejecutoriedad de las cláusulas constitucionales que reconocen derechos fundamentales [15], pero cualquiera que sea la postura que se adopte, es obvio que la reserva de la intimidad de cada individuo y de su familia, tiene en este texto un mandato ejecutorio indudable. Al decir de Ihering, *"Un derecho que no se realiza no es un derecho"* [16].

2.3. Como complemento del texto constitucional antes citado, el artículo 33 de la Constitución Nacional, reconoce todos los derechos y garantías que —no citados expresamente— surjan del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Así como en su momento, este artículo sirvió para fundamentar el juicio de amparo [17], es válido inferir también de él, el recurso del *hábeas data,* ya que la textura abierta de la cláusula en análisis, permite incluir todo derecho o garantía nuevos que se incorporen al plexo humanístico, sin necesidad de forzar una interpretación constitucional.

3. *Argumentos en contra de la conveniencia del "hábeas data".*

Son muy pocas las opiniones contrarias a esta nueva garan-

[15] Sobre el tema, ver nuestro libro *Temas Constitucionales,* Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, págs. 19 y sigtes. Ver también el fallo de la Corte en el conocido caso "Siri", en el cual, con cita de Joaquín V. González, nuestro más alto tribunal optó por un criterio amplio para reconocer ejecutividad a los derechos individuales.

[16] Ver los fallos de la C.S.J.N., in re: "Bazterrica" y "Capalbo", publicados en *L.L.*, 1986, t. D, pág. 547 y sigtes., con nota nuestra.

[17] Ver fallo citado en nota 15.

tía. Podemos reducir —simplificadamente— a dos los principales argumentos contrarios a ella:

3.1. En primer término, podría objetarse la intromisión de un tercero que pretenda acceder a un banco de datos, en contra de la voluntad del dueño de dicho banco. Sin entrar en honduras tratando de definir quién es el dueño de los datos incluidos en el banco, tema que es propio del derecho privado (no queremos invadir el *hinterland* de los civilistas), estimamos que las prescripciones constitucionales que hemos citado más arriba, dan respaldo más que suficiente para la procedencia de esta garantía.

Por otra parte, conforme a nuestra tesis relativa al orden jerárquico de los derechos individuales, es obvio que el derecho a la intimidad se encuentra en un nivel muy superior al derecho de propiedad [18], razón por la cual estimamos que este argumento es desechable fácilmente.

3.2. Otro argumento contrario a la garantía del ***hábeas data***, es el relativo a la necesidad de asegurar —en ciertos casos— la defensa nacional o la lucha contra la delincuencia.

Sin perjuicio de señalar que este argumento es de aplicación reducida a determinados casos (v.gr. a registros militares o policiales, únicamente), no puede negarse la seriedad del mismo. En la parte final del texto del artículo 1071 ter, propuesto por la Comisión Asesora, se prevé esta posibilidad dentro del concepto genérico de "razones de interés general". Así v.gr., como criterio general, no aceptamos el secreto de los registros policiales o de inteligencia para los interesados, salvo casos especialísimos en los que de accederse a la exhibición de los registros, pudiera malograrse una investigación en trámite, y sólo por el término necesario para cumplir la misma.

En suma, estimamos que el límite del *hábeas data* en tales casos debe ser delineado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con suma prudencia, teniendo en cuenta que se trate de casos en los cuales verdaderamente estén en juego inte-

[18] Sobre el orden jerárquico de los derechos individuales, ver nuestro libro *Temas Constitucionales*, ya citado, págs. 17, 23, y ccdtes.

reses superiores de la sociedad, y no de una mera pantalla para esconder actos arbitrarios de determinados tecnoburócratas.

4. *Conclusiones.*

A lo largo de este trabajo hemos ido desmenuzando los elementos de esta relativamente nueva garantía del *hábeas data;* la cual —como dijimos— se encuentra prevista expresamente en el artículo 1071 ter del Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en la versión primitiva, redactada por la comisión asesora.

Los fundamentos de tal garantía son innegables y se encuentran en la defensa del derecho a la intimidad individual y familiar de los habitantes. Más aún, pensamos que es un importante avance en la protección del derecho a la privacidad.

Como hemos visto en la apretada reseña efectuada más arriba, esta garantía aparece en las más modernas constituciones extranjeras e incluso en las provinciales recién reformadas.

Aún cuando no se sancionara el proyecto de ley de unificación, pensamos que igualmente tal garantía está vigente, por cuanto tiene sustento suficiente en los artículos 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional.

No obstante ello, sería muy oportuno su inclusión en el texto constitucional, en una futura reforma. En tal sentido, en un proyecto nuestro de constitución nacional, que próximamente se publicará, lo hemos incluido expresamente en el articulado relativo a los derechos y garantías.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO AL DESARROLLO SOSTENIBLE Y AMBIENTALMENTE ADECUADO

por Hortensia D. T. GUTIÉRREZ POSSE *

Introducción.

El derecho, concebido como un sistema de normas positivas, ordena las relaciones entre quienes considera sus sujetos en aquellas materias que presentan un interés jurídicamente relevante. En ese sentido, refleja realidades e intenta modificarlas, a la par que es impulsado por ellas. Es decir que es esencialmente dinámico, tanto en cuanto a los sujetos como en lo que hace al ámbito material de un determinado ordenamiento. El derecho internacional no es extraño a esta característica y, si bien tradicionalmente sus únicos sujetos eran los Estados y su ámbito material estaba reservado a aquellos temas que los países no consideraban de su jurisdicción exclusiva, a partir del siglo XX —y más precisamente a partir de 1945— presenciamos el reconocimiento de nuevas entidades como sujetos del orden jurídico internacional al mismo tiempo que se produce una ampliación de los tópicos que son regulados por este derecho. Ya no es adecuada la referencia a un dominio reservado de los Estados; éstos aceptan que sólo ciertos asuntos son esencialmente de su jurisdicción interna. Y si bien a ello se llega mediante un acto primero de expresión de la voluntad estadual, una vez manifestado el consentimiento surge una obligación internacional y su incumplimiento generará

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público, —U.B.A.—.

responsabilidad. El resultado de este fenómeno pone en evidencia una serie de temas que son normados concurrentemente por el orden jurídico internacional y por el orden interno de cada Estado. Así, el respeto al derecho a la vida; la necesidad de poner término a las situaciones coloniales; el derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado. Pero la dinámica del derecho da un paso más; no sólo presenciamos una concurrencia legislativa sino que también percibimos que al típico control interestadual del cumplimiento de la norma por la que el Estado se obliga, se suma ahora un control por órganos de la comunidad internacional organizada. Por cierto que también en este caso es necesario que el Estado soberanamente haya prestado su consentimiento, mas una vez que así lo hizo el incumplimiento de esta obligación también comprometerá su responsabilidad internacional.

Esta evolución del derecho ha tenido como centro a la Organización de las Naciones Unidas y se ha producido, fundamentalmente, a través de ciertas Declaraciones adoptadas por los Estados en el ámbito de la Asamblea General, las que —si bien en sí misma no son vinculantes— en su contenido han contribuido al desarrollo del derecho consuetudinario, y aún al convencional, consagrando ciertos principios generales que interesan no sólo a los Estados sino también a los individuos, a los pueblos y a la humanidad. El derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado configura uno de estos principios en cuanto tiene presente e intenta conciliar tanto la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales como el derecho de los hombres a un medio ambiente sano. El punto de partida de esta evolución se encuentra en la Declaración adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972. Desde esta Declaración hasta el presente han pasado casi veinte años en los que se fueron conformando normas y sistemas de control. El Estado argentino se encuentra vinculado por muchos de ellos.

I. *Los principios generales del derecho internacional*

La concurrencia legislativa y el control internacional del comportamiento estadual no es el único aspecto de la reciente

evolución del derecho internacional que presenta interés de ser considerado en nuestro ámbito interno. En efecto, cabe recordar que las normas jurídicas internacionales que vinculan al Estado argentino integran también su orden jurídico. Y ello sea que se trate de tratados, sea que se refiera a la costumbre internacional, encontrándose supeditados tan sólo a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional[2].

La costumbre internacional se genera a partir de un acto unilateral que recibe el consenso de la comunidad internacional. Es decir, que no han mediado objeciones formales a su juridicidad[3]. Este acto unilateral puede emanar de un Estado pero también de una organización internacional a través de una Resolución de un órgano competente. Las declaraciones sobre el Medio Humano, adoptadas en el ámbito de las Naciones Unidas, en Estocolmo (1972) y en Nairobi (1981), así como la Carta Mundial de la Naturaleza[4] o la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados[5] sientan las bases de un principio general del derecho internacional que consagra el derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado cuyo beneficiario es la humanidad y al menos de *lege ferenda* integraría un orden público internacional[6]. Los aspectos fundamentales de este principio puede in-

[1] *Constitución Nacional*, arts. 31 y 102.

[2] *Ibid.*, 27. Para el desarrollo de este tema véase, Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 2ª impresión, 1987, págs. 59/71.

[3] Véase Jiménez de Arechaga, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pág. 34 y sigtes.

[4] Resolución A. 37/7.

[5] Resolución A. 3281/XXIX.

[6] Véase, en este sentido, el Proyecto sobre la *Responsabilidad Internacional del Estado*, adoptado en primera lectura por la *Comisión de Derecho Internacional de la ONU* en el que se considera un crimen internacional distinguiendo de los *delitos* internacionales a las violaciones graves al derecho a un medio ambiente sano. La Asamblea General de la ONU, en la Resolución A. 37/219 expresó su convencimiento de que los principios de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano conservan hoy la misma validez que en 1972, y, junto con la Declaración de Nairobi, proporcionan una orientación básica para

terpretarse que no sólo vinculan al Estado argentino en el ámbito internacional sino que también integran su ordenamiento. En ese sentido cabe señalar que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho *transgeneracional,* puesto que es necesario proteger y mejorar el medio en beneficio tanto de las generaciones presentes como de las futuras. Es, también, un derecho *transfronterizo,* ya que las perturbaciones no se detienen en los límites jurídico-políticos de los Estados. La conservación de la naturaleza es inescindible de la *planificación del desarrollo* económico; de allí que una planificación racional constituya un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio. Si bien los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, han de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo *dentro de su jurisdicción o bajo su control* no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Todos estos preceptos estaban contenidos ya en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano como expresión de la *opinio iuris* de la comunidad internacional; su ulterior acogida en la práctica internacional conforma el derecho internacional general en esta materia. Desde un enfoque ius-filosófico podría encontrarse el fundamento de este derecho en la necesidad de conciliar el interés del Estado a definir las vías del propio desarrollo con el interés de la humanidad a un medio ambiente sano. La realidad que impone regular en esta materia está dada por la verificación de que los recursos naturales no son infinitos.

La interpretación de este derecho puede suscitar las controversias cuya solución ha de verse facilitada a su turno, por la aplicación de ciertos "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", en tanto que fuentes autónomas del derecho internacional. En efecto, la soberanía permanente de un Estado sobre un recurso puede impulsarlo a considerarse habili-

---

lograr un avance eficaz y sostenido en la protección y el mejoramiento del medio ambiente.

tado para gozar de éste sin considerar la eventualidad de que con ello se perjudica a otros Estados.

Frente al caso en especie, las normas contenidas en los principales sistemas jurídicos que velan por la *buena vecindad* y obstan *el ejercicio abusivo de los derechos* configuran una importante contribución para guiar los comportamientos estaduales. Cabe suponer que éstos aceptan conducirse en las relaciones internacionales del mismo modo que imponen hacerlo a través de su ordenamiento interno. Así, no ha de causarse *un perjuicio sensible*. Si dentro de la jurisdicción o bajo el control de un Estado se deteriora el medio se deberá pagar por el daño ocasionado. El principio *contaminador-pagador* es de toda pertinencia en la materia.

La cooperación, imprescindible para proteger el habitat, impone la obligación entre Estados soberanos iguales jurídicamente entre sí de dar aviso e intercambiar información científica y de experiencia sobre los problemas ambientales y los aprovechamientos de los recursos naturales que intenten emprender en gran escala.

Ello implica además usar un recurso compartido en modo *equitativo y razonable* [7]. Los Estados son, así, responsables por la contaminación u otros daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, independientemente de toda noción de culpa por impericia o negligencia. Sin embargo, el criterio que impone la *responsabilidad objetiva* se ve en la práctica morigerado por concepciones que, alegando un principio de solidaridad, entienden que ciertos aprovechamientos —sobre todo aquéllos que se realizan mediante tecnologías de punta— en definitiva benefician a la comunidad internacional y, si de ellos se derivasen perjuicios, el Estado de origen al igual que los Estados afectados no sería más que otra víctima de la era tecnológica, encontrándose todos vinculados en una comunidad de necesidades. De allí que cuando en tratados sobre la materia se consagra la responsabilidad objetiva ésta se encuentra tarifada, fijándose límites al monto de la indemniza-

[7] Barberis, Julio, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1979.

ción[8]. Frente a ello, la Asamblea General de la ONU, a través de la Carta Mundial de la Naturaleza[9], expresa estar firmemente convencida de la necesidad de adoptar medidas adecuadas a nivel nacional e internacional, individual y colectivo, público y privado, para proteger la naturaleza y promover la cooperación internacional en esta esfera. Y los Estados, que en ese ámbito la adoptaron, aceptan que los principios allí enunciados se incorporen según corresponda en el derecho y la práctica de cada uno de ellos y se adopten, también, a nivel internacional. Es decir que en virtud del derecho internacional general el Estado debe consagrar en su orden interno medidas de protección del medio tanto de carácter preventivo como correctivo; lo que equivale a sostener que ellas interesan el ámbito administrativo, el penal y —aún— el civil. Proteger el medio ambiente implica prevenir y evitar la contaminación así como realizar una explotación sostenida de los recursos naturales.

La Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo atribuye particular importancia a un proceso de desarrollo ecológicamente

[8] El accidente de *Tchernobyl* puso en evidencia la necesidad de internacionalizar la seguridad de las centrales nucleares mediante normas obligatorias a nivel mundial eficaz, quedando automáticamente comprometida la responsabilidad internacional del Estado ante la Comunidad. Sin embargo, Estados Unidos, Francia y Canadá objetaron una propuesta en ese sentido en la Reunión del Consejo de Gobernadores de la *A.I.E.A.*, celebrado el 19-II-1987 argumentando que ello no haría más que debilitar las previsiones porque sólo se trataría de un *mínimo* común denominador, ello, no obstante que en la Conferencia General de la *A.I.E.A.*, convocada en 1986 para examinar las características de ese accidente, se habían adoptado las *Convenciones* sobre la *notificación rápida de un accidente nuclear* y sobre *la asistencia en caso de accidente nuclear o de urgencia radiológica*, ambas en vigor. La URSS, inmediatamente después del accidente, emitió el 15-V-1986 un comunicado a través de la agencia TASS según el cual no admitía obligación internacional alguna relativa a la reparación de daños más allá de sus fronteras. La República Federal de Alemania, por su parte, invocó en la Conferencia de la A.I.E.A., la pertinencia del principio contaminador-pagador; véase, Handl, Günther, *Après Tchernobyl: quelques reflexions sur le programme législatif multilatéral á l'ordre du jour", R.G.D.I.P.*, (92), 1988-1, pp. 5-62.

[9] Anexo a la Resolución A. 37/7.

sostenible y a la necesidad de promover la cooperación internacional en la esfera del medio ambiente[10]. Una actitud inmovilista, tal como la pregonan algunos grupos ecologistas, tampoco ofrece marco adecuado al equilibrio de los intereses en juego, "conservar" no implica no usar, sino hacerlo racionalmente[11].

II. *Los Tratados Internacionales*

El derecho al desarrollo es un derecho de los Estados pero, en su ejercicio, éstos habrán de tener en cuenta la necesidad de proteger el medio natural —visto como un todo—, de conservar los recursos naturales y planificar su empleo; de considerar las necesidades de las generaciones futuras; de asegurar que no se acarren daños a los seres humanos[12]. El derecho al desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado, así concebido, no sólo integra el derecho internacional general sino que paulatinamente se va reflejando en tratados internacionales. Estos tratados, a la par que contienen una regulación para materias o ámbitos geográficos determinados, consagran mecanismos de coordinación o cooperación interestadual y —en algunos casos— de control del cumplimiento de las obligaciones en ellos establecidas. Estos mecanismos internacionales van del establecimiento de Secretarías Permanentes —con la única función de servir de enlace entre las

[10] Resolución A. 37/394.

[11] Ciertos grupos ecologistas proclaman la necesidad de no usar los recursos naturales desarrollando tecnologías, con el objeto de no perturbar el medio y de preservarlo para las generaciones futuras. Posiciones extremas tanto de los Estados como de estas organizaciones internacionales no gubernamentales, han ocasionado lamentables incidentes tales como el minado en el puerto de Aukland —Nueva Zelanda— por el servicio secreto francés de un buque civil perteneciente a Greenpeace International el 10-VII-1985, que pretendía iniciar una campaña de protesta por las explosiones nucleares francesas en el atolón de Muroroa; véase Apollis, Gilbert, *Le réglement de l'affaire du 'Rainbow Warrior'*, *R.G.D.I.P.* (91), 1987, 1, pp. 10-43.

[12] Nagendra Singh, *El derecho al medio y al desarrollo sostenido como principio del derecho internacional*, conf. en *Academia Nacional de Derecho*, 1987.

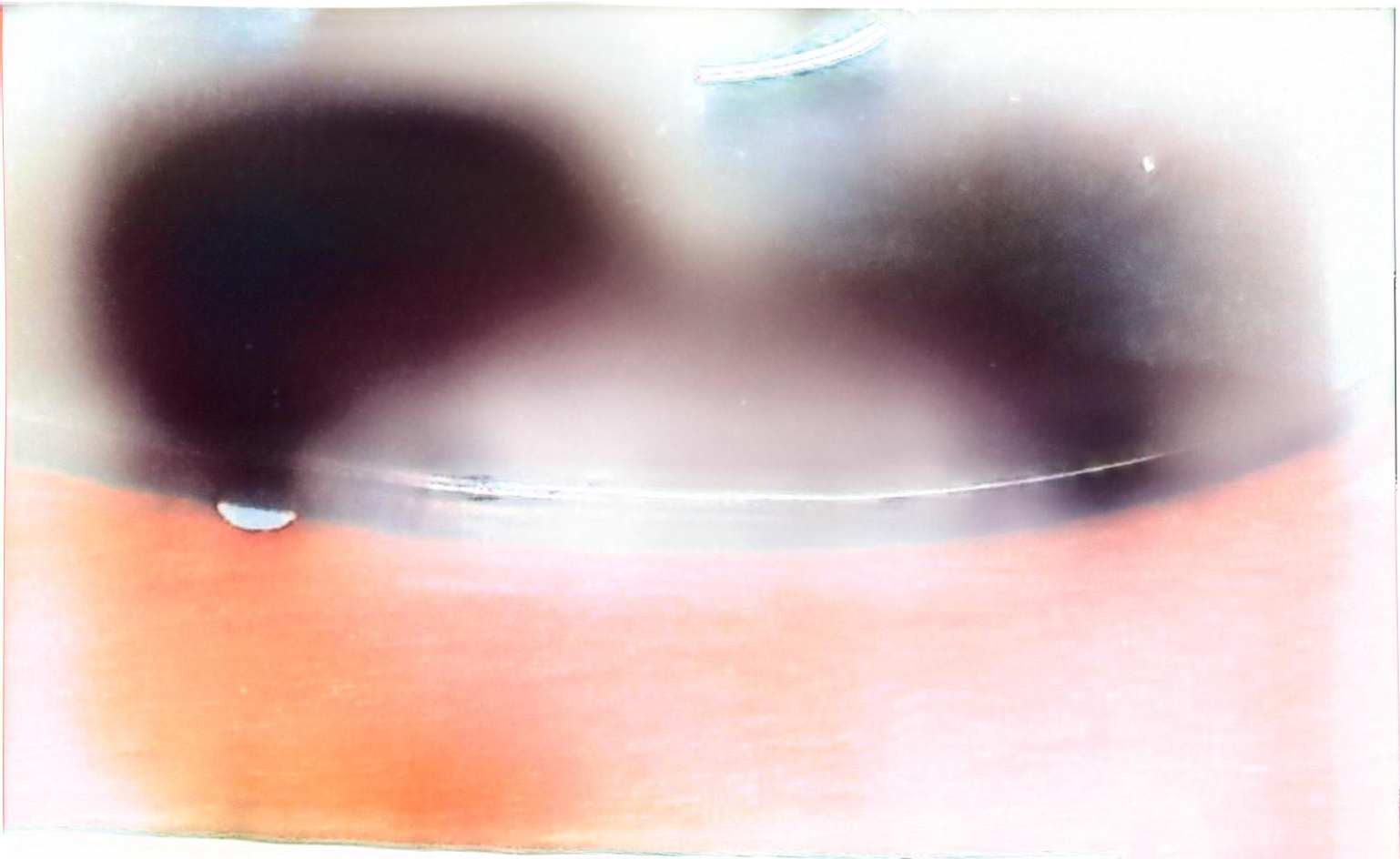
Partes para desarrollar la cooperación— hasta la creación de Comisiones con la facultad de dictar normas obligatorias y vigilar su aplicación. El fenómeno del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional se realiza una vez más. A partir de una Declaración de la comunidad internacional organizada se genera un principio general del derecho internacional y este principio luego se particulariza y se complementa a través de tratados para regular situaciones específicas. A instancias de la Organización de las Naciones Unidas se adoptan Convenciones que tienen por objeto la conservación de la naturaleza, procurando la protección de especies [13] y zonas naturales amenazadas; la protección de los trabajadores, contra los riesgos profesionales derivados de la contaminación; la preservación del medio marino, frente al peligro de la contaminación y aún el mantenimiento de la paz, procurándose la prohibición del empleo de armas y actividades que amenazan al medio [14]. La acción de la organización universal se complementa e integra con la emprendida en los ámbitos regionales.

Luego de la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano se realizó —ese mismo año de 1972— la Cumbre Europea de París en la que los Jefes de Estado y Gobierno reconocieron que el crecimiento económico —inspirado y fomentado por la Comunidad Europea— tenía que estar vinculado a mejorar el nivel de vida y su calidad y a proteger el Medio Ambiente y los recursos naturales.

Entre otros principios, determinaron que el costo de la prevención y de la eliminación de los perjuicios debe corresponder, en principio, al contaminador. Por otra parte, ha de procurarse que las actividades realizadas en un Estado no causen ninguna degradación al medio de otro Estado. La Comunidad y sus Estados

[13] La *Convención sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje*, de 1979, crea un sistema mundial para unificar los criterios de manejo internacional de especies migratorias tendiente a ser aplicada en acuerdos regionales y sub-regionales ulteriores que serían concluidos según los diversos corredores migratorios.

[14] En 1977 se adoptó en Ginebra la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles*, en vigor desde 1978.



n su política ambiental— debían
os países en desarrollo y, en par-
rcuciones que las medidas con-
liesen tener en el desarrollo eco-
r Programa Comunitario del Me-
eunión cumbre convocada por la
2 de noviembre de 1973. En ella
ción de elementos cuyas comple-
marco y las condiciones de vida,
rcibe, de los individuos y de la
del *Consejo de Europa*, se adop-
vación de la Vida Silvestre y del
gor desde 1982.
ervación de la flora y de la fauna
ene. En lo que hace a las espe-
ión de su valor recrea-
fico y cultural.
las obli-

Miembros consideraron que —en su política ambiental— debían tener en cuenta los intereses de los países en desarrollo y, en particular, examinar todas las repercuciones que las medidas contempladas en dicha política pudiesen tener en el desarrollo económico de esos países. El Primer Programa Comunitario del Medio Ambiente se adoptó en la reunión cumbre convocada por la Comisión de la Comunidad el 22 de noviembre de 1973. En ella se lo definió como "la combinación de elementos cuyas complejas interrelaciones establecen el marco y las condiciones de vida, tal como son o como se los percibe, de los individuos y de la sociedad". En 1979 en el ámbito del *Consejo de Europa*, se adoptó la *Convención sobre la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa,* en vigor desde 1982.

Este tratado procura la preservación de la flora y de la fauna así como del *habitat* que los sostiene. En lo que hace a las especies, contempla la conservación en función de su valor recreacional y económico a la par que ecológico, científico y cultural. Por otra parte, fija criterios precisos y detallados para las obligaciones que asumen los Estados en relación al grado de su protección, clasificándolas en apéndices a la Convención. En cuanto a la *conservación* de áreas naturales, el acuerdo tiene el carácter de programático y ha de integrarse con medidas que adoptan los Estados Parte. La aplicación del tratado está confiada a un *Comité Permanente* que se crea en la órbita del Secretario General del Consejo de Europa.

El Comité está facultado para hacer evaluaciones y recomendar comportamientos a los Estados y al Consejo; inclusive, con el objeto de suscribir nuevos acuerdos con terceros Estados. Cada Estado Parte tiene un voto y los no Parte pueden actuar como observadores.

En el ámbito de la *Organización de la Unidad Africana* se adoptó en 1968 la *Convención Africana para la Conservación de la Naturaleza y de sus Recursos Naturales.* Este tratado reconoce un viejo precedente; la *Convención Africana para la preservación de Animales, Aves y Peces de la Vida Silvestre* de 1900. Sin embargo, el objetivo es distinto. En tanto que el tratado de 1900 tenía un fin comercial —ya que instaba a proteger la oferta de

trofeos para cazadores a la par que a erradicar la fauna que se consideraba perjudicial— la Convención de 1968 persigue regular en la región la conservación, uso y desarrollo del suelo, el agua la flora y la fauna y la conservación de especies y áreas protegidas. A diferencia de la Convención Europea, no se establece ningún órgano particular de control de su aplicación; éste queda librado —entonces— a la típica verificación interestadual.

A instancias de la Unión Panamericana se adoptó en Washington, en 1940, la *Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América*, en vigor desde 1942.

Este tratado divide las áreas naturales protegidas en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y reservas de regiones vírgenes. En lo que hace a los parques nacionales, los Estados Parte se comprometen a no alterar sus deslindes, salvo por autoridad legislativa; a no explotar los recursos existentes en ellos con fines comerciales; a prohibir la caza, la matanza y la captura de especies de fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de flora a menos que se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de ellas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas. La *Organización de Estados Americanos* ha convocado varias reuniones para considerar su aplicación; así en Denver —Estados Unidos— en 1948; en Mar del Plata —Argentina— 1965, ocasión en que se celebró la Conferencia Especializada Interamericana para tratar "Problemas relacionados con la conservación de recursos naturales renovables del Continente", la que recomienda una serie de Principios vinculados a la Convención y la actualización cada tres años de las listas nacionales de especies en peligro. La Asamblea General de la O.E.A. adopta en la sesión de Santiago de Chile, 1976, la Resolución 218 encomendando a la Comisión Ejecutiva Permanente del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura evaluar la oportunidad de convocar a una conferencia a fin de profundizar vínculos de cooperación bi y multilateral en materia de conservación de la naturaleza. La Comisión, en 1977, autorizó la organización de cinco reuniones técnicas para identificar los problemas y preparar propuestas concretas tendien-

tes a la formulación de planes y programas en los que se prevea, entre otros, la protección y administración efectivas de las áreas naturales y de las especies silvestres de la flora y fauna y en los que se examinen otros problemas concernientes a la conservación de la naturaleza. En base a ellos, la Secretaría organizó cinco reuniones técnicas sobre conservación de mamíferos marinos y sus ecosistemas; conservación de los ecosistemas de mayor significación en el hemisferio occidental, educación y capacitación de recursos humanos para la administración de parques nacionales, reservas y otras áreas protegidas; conservación de especies migratorias y sus ecosistemas; y aspectos jurídicos relativos a la Convención de Washington. Cada una de ellas formuló recomendaciones a los gobiernos.

La Convención de Washington tiene por objeto proteger y conservar en su medio ambiente natural ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas incluyendo aves migratorias, en número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre. Persigue, también proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético, valor histórico o científico y los lugares donde existen condiciones primitivas dentro de los casos a los que se refiere la Convención.

El tratado dispone que las categorías de *áreas protegidas* deben ser reguladas por los derechos internos, teniendo en cuenta la intangibilidad de las *regiones vírgenes* y el uso económico restringido de las reservas nacionales. Su creación ha de ser notificada a la Secretaría de la OEA. Al regular los parques nacionales tiende a consolidar una noción no económica de ellos. En lo que hace a la *conservación de especies*, tiene en cuenta las que se encuentran en los parques nacionales; las que están fuera de las áreas protegidas; las aves migratorias; las de máxima protección posible, mencionadas en la lista anexa remitida por los Estados, porque se encuentran a juicio de cada uno de ellos en peligro de extinción. La Convención sólo se refiere a la protección en los parques nacionales; en lo demás, insta a los Estados Parte a adoptar medidas necesarias para la vigilancia y reglamentación de las

importaciones, exportaciones y tránsito de especies protegidas a través de un sistema de certificados de exportación o tránsito y de prohibiciones de importación sin los correspondientes permisos. El control del comercio se presenta como un modo novedoso de cooperación intergubernamental. Si bien el tratado insta a la cooperación necesaria para promover sus propósitos en el ámbito interamericano, su aplicación, al igual que en el caso africano, queda librada al honor y la buena fe de las Partes.

El Acuerdo del Asean para la Conservación de la Naturaleza y sus recursos naturales de 1985, plasma la filosofía y metodología de la Estrategia Mundial de Conservación adoptada en el ámbito de la ONU. Procura la preservación de la diversidad genética de especies y de los procesos ecológicos esenciales y su uso sostenido en función de las generaciones venideras. Cada Estado Parte debe elaborar estrategias nacionales de conservación. Se contempla el manejo integrado de los recursos naturales y de su ambiente, reconociendo las interdependencias existentes tanto en sus usos como en la misma naturaleza. Un capítulo del tratado está consagrado al control de las amenazas al ambiente; agroquímicos, promoción y desarrollo de procesos y productos industriales ambientalmente compatibles, control de contaminación y de sus efectos al ambiente y, en general, cualquier actividad capaz de incidir negativamente en los procesos ecológicos esenciales. Se señala la necesidad de evaluación previa del impacto ambiental en toda actividad que pueda afectar al ambiente natural, requiriéndose permanentemente evaluación del ambiente en los procesos de ordenamiento del territorio, en los de planificación del desarrollo. La cooperación intergubernamental en la conservación y en el manejo de los recursos naturales es una exigencia del tratado.

Sin embargo, sólo se establece una Secretaría Permanente que tiene como función asegurar el enlace entre las Partes.

En el marco *subregional* americano el *Tratado de la Cuenca del Plata*, Brasilia, 1969, o el *Tratado de Cooperación Amazónica* son acuerdos que tienen en miras la organización del manejo de recursos naturales, sea en función de su explotación económica, sea de su preservación [15].

[15] Con motivo del desarrollo de la política de Brasil en materia de

Ciertos tratados, como el *Convenio Internacional para la regulación de la caza de ballenas,* 1946, establecen órganos específicos con el carácter de oficinas permanentes de aplicación. En el marco del Sistema Antártico la *Convención para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos,* de 1980, define a la *conservación* como la *utilización racional* del recurso y, a la par que reconoce a las Partes Consultivas del Tratado Antártico —entre las que se cuenta la Argentina— la responsabilidad fundamental en materia de protección y preservación del Medio Ambiente antártico, crea una *Comisión* con personería jurídica propia que —decidiendo por consenso— está facultada para formular, adoptar y revisar medidas obligatorias para los Estados Parte. En el mismo sentido, la recientemente adoptada *Convención para la Reglamentación de las Actividades Sobre Recursos Minerales Antárticos,* de 1988, tiene particularmente en cuenta que las actividades sobre recursos minerales antárticos podrían afectar adversamente el medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes o asociados, de allí que se considera que una reglamentación efectiva sea del interés de la comunidad internacional en su conjunto, y —estableciéndose los órganos de aplicación del Tratado— se faculta a la Comisión a adoptar medidas para la protección del medio y para la promoción de técnicas de exploración y explotación seguras y efectivas.

---

represas hidroeléctricas en el Río Paraná se entabló una controversia con la Argentina cuyos ecos alcanzaron tanto a los órganos del Tratado de la Cuenca del Plata, como a la posición de uno y otro país en la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano o en la Conferencia Mundial sobre el agua, celebrada en Mar del Plata —Argentina— en 1977. En tanto Brasil sostenía que en materia de utilización de cursos de agua internacionales no existían normas del derecho internacional general, la Argentina entendía que las reglas según las cuales no se debía causar perjuicio sensible fuera del territorio del Estado y que el uso del recurso debía ser equitativo y razonable, eran de toda pertenencia, véase Barberis, Julio A., *L'exploitation hidro-eléctrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979, Annuaire, Annuarie Français de Droit International,* XXXII, 1986, pp. 779 y sigtes.; Martínez Adalid, Jorge O., *La controversia argentina-brasileña sobre el aprovechamiento hidroeléctrico del Río Paraná y el Acuerdo Tripartito de 1979; Prudentia Iuris,* nº XVII-XVIII, pp. 69-33.

En el ámbito bilateral, la República Argentina y la República Oriental del Uruguay concluyen en 1974 el *Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo*. Los capítulos IX y XVII del acuerdo reflejan la preocupación de ambos Estados en materia de contaminación en el Río y en el Frente Marítimo y se basan en los principios sentados en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano. A los fines del Tratado se entiende por contaminación la introducción directa o indirecta, por el hombre, en el medio acuático, de sustancias o energía de las que resulten efectos nocivos. El principio *contaminador-pagador*, la *cooperación en el intercambio de información*, la obligación de *no causar perjuicio sensible* al régimen del Río con las obras que se entiendan emprender, se codifican en los artículos 51, 50, 52 y 17 del Tratado. La *Comisión Administradora del Río* con personalidad jurídica propia, está facultada para dictar las normas reguladoras de la actividad de pesca en el Río en relación con la conservación y preservación de los recursos vivos. Cada vez que una Parte proyecta la realización de obras deberá comunicarlo a la Comisión Administradora, la que determinará sumariamente si el proyecto puede producir un perjuicio sensible. Si a raíz de ello surgiese una controversia, se prevé —como último recurso— la posibilidad de que cualquiera de las Partes la someta a la Corte Internacional de Justicia [16].

En el Frente Marítimo el tratado fija una amplia zona que abarca gran parte de ese Frente, en la que se prohíbe el vertimento de hidrocarburos provenientes del lavado de tanques, achique de sentinas y de lastre y, en general, cualquier otra acción capaz de tener efectos contaminantes. Pero las Partes no sólo asumen la obligación de dictar normas y adoptar medidas apropiadas para prevenir la contaminación en el Río de conformidad a los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinen-

[16] Basabe, Horacio, *La cuestión de la jurisdicción en el Río de la Plata, Prudentia Iuris*, nº XVII-XVIII, pp. 136-158; Armas Barea Calixto A., Lupinacci Julio C., en *El Río de la Plata: Análisis del Tratado sobre límites fluviales y frente marítimo en la perspectiva de Argentina y Uruguay*. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Serie de Publicaciones Especiales, nº 18, 1976, pp. 40-78 y 79-121.

te, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales, sino que —además— se comprometen a no disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos las exigencias en vigor para prevenir la contaminación de las aguas y la severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. En relación a esta norma, en un reciente dictamen de la Procuración General de la Nación se incluye la copia de una nota dirigida el 3 de julio de 1987 al Presidente de la Nación solicitando la derogación del Decreto 2125/78 por el que se establece un régimen de cuotas de resarcimiento aplicable a aquellos establecimientos industriales que produzcan un afluente que no se adecue a las reglamentaciones vigentes en la Empresa Obras Sanitarias de la Nación y —por tanto— causen la contaminación de las aguas. Al exponerse las razones que fundamentan el pedido se señala que a la fecha de sanción de este decreto se encontraba vigente el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo. En consecuencia, y en el criterio de la Procuración, resultaría evidente que se violó el compromiso de no disminuir las exigencias técnicas para prevenir la contaminación al admitir por vía reglamentaria un régimen de contaminación y pago *sine die,* cuando antes estaba —y sigue estando— expresamente prohibido por la ley [17]. En efecto, la ley 2797, de 1891, establece que las aguas cloacales de las po-

[17] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-XI-1987, *in re Incidente promovido por la querella sobre inconstitucionalidad del decreto 2125/78 del PEN,* publicado en *E.D.*, 2-III-1988, con nota de Germán J. Bidart Campos. "Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal". La cuestión se originó en una denuncia penal de vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista por contaminación de sus aguas a raíz de efluentes vertidos con daño para la salud pública. Se pide la inconstitucionalidad del decreto porque el sistema de cuotas de resarcimiento no comporta una aplicación del principio contaminador-pagador, sino que posibilita exonerarse de cumplir las normas protectoras con el solo pago del canon. A lo largo del proceso se acredita con informes técnicos que la cuenca del río Reconquista, los ríos Luján y Tigre —incluso— el Río de la Plata, se encuentran contaminados por efluentes arrojados por 141 establecimientos industriales que operan al amparo del Decreto 2125/78. Parecería que los industriales habrían preferido pagar las cuotas antes que encarar la corrección de las deficiencias.

blaciones y los residuos nocivos de los establecimientos industriales no podrán ser arrojados a los ríos de la República, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento eficaz de purificación. La ley 4198, de 1903, impone la obligación de depurar los efluentes industriales, veda la instalación futura de fábricas y talleres que carezcan de instalaciones depuradoras e impone al Poder Ejecutivo la inspección y vigilancia a través de sus organismos especializados, facultándolos para multar a los infractores y clausurar los establecimientos insalubres que no se ajusten a las condiciones reglamentarias. Por otra parte, se los autoriza a efectuar por cuenta de los interesados —cuando éstos se rehusaren a hacerlo— los trabajos u operaciones de saneamiento que se les ordenen. Por último, la ley 13.577, orgánica de Obras Sanitarias de la Nación, le confiere la facultad de adoptar las medidas necesarias para sanear los cursos de agua en caso de que pudieran afectar la salubridad de las ciudades o pueblos en que preste sus servicios, debiendo impedir la contaminación directa o indirecta de las fuentes de provisión de agua que utilice, pudiendo imponer clausuras.

El derecho internacional general y el derecho convencional por el que se obliga el Estado argentino en esta materia condiciona —a la par que integra— su derecho interno. El comportamiento de sus órganos no sólo puede llegar a comprometer la responsabilidad internacional en el marco de un orden normativo de coordinación sino que, también, en algunos supuestos puede hacerlo pasible del control y la sanción por órganos de la comunidad internacional organizada que con su voluntad contribuyó a crear. La nota de la Procuración General de la Nación, a la que se ha hecho referencia, evidencia una toma de conciencia y una preocupación de la interrelación del mundo contemporáneo, dignas de ser señaladas.

A modo de conclusión.

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano configuró el primer intento realizado a nivel global para establecer los principios y acuerdos de una nueva forma de cooperación

mundial, definiéndose lo que debería hacerse para conservar la tierra como un lugar apropiado y deseable para la vida humana.

Las dificultades para implementar a nivel internacional un programa sobre el medio ambiente son muchas. Sin embargo, los años pasados y aún las experiencias poco afortunadas a las que pueden dar lugar tanto expresiones de una mal comprendida soberanía nacional como el no aprovechamiento racional de los recursos, han conformado una realidad que impulsa el desarrollo y la codificación de un nuevo principio jurídico, originado en el ámbito de la comunidad internacional organizada. Así los recursos naturales son objeto de regulación tanto por el derecho interno como por el internacional cuando se trata de recursos compartidos entre varios países o cuando son patrimonio común de la humanidad. Una verdadera interacción entre ambos órdenes normativos en la que el derecho internacional condiciona el contenido del derecho interno. Paulatinamente se llega a comprender que una política activa del Medio Ambiente —basada en el principio de que la prevención de la contaminación es mejor que la eliminación de sus consecuencias— sólo puede redundar en beneficio de todos. Así, la planificación del desarrollo económico y social y la protección del medio pueden considerarse como dos elementos compatibles entre sí y que se refuerzan mutuamente. Si bien el Estado es soberano sobre sus recursos, el ejercicio abusivo de un derecho no puede tornar en lícito ningún acto. La obligación de prevenir y reparar daños transfronterizos compromete la responsabilidad del Estado de origen; y ello, como contrapartida de la aceptación por la comunidad internacional de la actividad que realiza en su beneficio aún cuando comparte riesgos a escala transnacional. La responsabilidad objetiva, en esta materia, expresa la equidad y el equilibrio de los intereses en juego actuando en ocasiones como correctivo esencial de una desigualdad socio-económica entre los Estados que llevan a cabo actividades riesgosas transnacionales y aquéllos que no lo hacen, a pesar de estar expuestos a los riesgos que los otros generan.

En una relación de coordinación, a los Estados les corresponde velar por el respeto del orden normativo que con sus comportamientos han contribuido a crear. Pero también, cuando así

se ha establecido en un tratado que los vincule, órganos de la comunidad internacional controlarán que el derecho al desarrollo se realice en un modo ambientalmente adecuado. A ellos les corresponde procurar que los recursos naturales de la tierra sean preservados en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

NO INTERVENCION Y DERECHOS HUMANOS

Mónica PINTO *

"No sabes que el milagro del hombre es la memoria...".
Ignacio Winizky, *Autobiografía Parcial*.

Introducción.

La sustracción de los derechos humanos al área de competencia exclusiva del Estado afecta y, por ende, modifica el concepto de soberanía si éste es definido en función del alcance del ámbito reservado.

Por el contrario, si la pauta de la soberanía pasa por el eje de la autonomía de decisión y el ejercicio de imperio en un contexto en el que coexisten múltiples Estados separados por profundas diferencias geológicas y de otra índole, pero vinculados por una serie de necesidades e aspiraciones que los tornan mutuamente interdependientes, la sustracción de temas al ámbito interno no lesiona la soberanía que es ejerciéndola como los temas trascienden al campo internacional.

Soberanía es una noción muy vasta que frecuentemente ha sido alegada en forma inescrupulosa para justificar excesos de poder y posiciones extremas.

La necesaria adaptación del derecho a los cambios contextuales alcanza también a la soberanía. Del enfoque de Jean Bodin poco queda hoy día. Permanece la sustancia pero los atributos que la calificaban como *condictio sine qua non* ha modificado su alcance.

* Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público —U.B.A.—.

La soberanía justificó la licitud de la intervención en un tiempo y espacio históricos. El modelo de Westfalia exigía la intervención para mantener la cohesión y la homogeneidad de la comunidad internacional —entonces sólo sociedad y, prácticamente, sólo europea.

También fue la soberanía el argumento para consagrar la no-intervención. El derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, acuñado en la Revolución Americana de 1776 y en la Francesa de 1789, exigía la no-intervención. Ella era la preservación de la soberanía en las decisiones que sólo afectaban al Estado, aquéllas inescindibles de él que sólo a él importaban.

El planteo que se nos efectúa hoy es el de la relación entre el principio de la no-intervención y la protección internacional de los derechos humanos a la luz del concepto de soberanía.

Los enfoques posibles son varios. Nuestra intención es la de precisar el alcance actual del principio de no-intervención, la situación jurídica de los derechos humanos, para analizar luego algunos episodios de la práctica internacional que nos permitan efectuar algunas inferencias a modo de conclusión.

1. *El principio de no-intervención en el derecho internacional contemporáneo.*

En realidad, el principio de no-intervención tal como resulta consagrado hoy por el derecho internacional es la cristalización de la reacción contra la política de intervención, dominante en los inicios del siglo XIX [1].

Trátase de una cuestión íntimamente vinculada al destino de las naciones americanas. La no-intervención fue no sólo un importante capítulo de sus políticas exteriores sino también el nú-

[1] Según McWhinney, *ab initio,* puede afirmarse que se trata de un principio del "nuevo" derecho internacional; con ello no se quiere expresar su desconocimiento por el derecho internacional clásico sino que en éste su ámbito y operatividad eran limitados. Cf. Edward McWhinney, *Friendly Relations and Co-Operation Among States (Co-Existence) and the Principle of Non Intervention,* en *The Legal Principles Governing Friendly Relations and Co-Operation Among States in the Spirit of the United Nations Charter* (Leyden, Sijthoff, 1966), 69-88.

cleo convocante del sistema interamericano, hoy centralizado en la O.E.A.

En los comienzos del siglo pasado, el hispanoamericanismo encuentra motivo para surgir a raíz de la eventual amenaza de intervención de Europa en América. El tema se transforma en el nexo aglutinante de los jóvenes estados latinoamericanos. Los acuerdos sobre el punto se incrementan, las doctrinas también.

Prácticamente todas las conferencias celebradas desde 1826 hasta la creación de la Organización de Estados Americanos en 1948 se han ocupado de esta cuestión [2]. También lo han hecho juristas como Carlos Calvo [3] y Luis María Drago [4] y ello sin olvidar el antecedente del discurso del Presidente Monroe en 1823.

Sin embargo, con el correr del tiempo, la verosimilitud de la convocatoria deviene cada día menos real. Ello repercute sobre la madurez del sistema interamericano y, al mismo tiempo, insinúa que la intervención tiene otras formas.

Con el crecimiento horizontal de la comunidad internacional, producto del proceso de descolonización de esta segunda mitad del siglo xx, el fantasma de la intervención comienza a resurgir.

A las normas consagradas en las Cartas de la O.E.A. (art. 18) y de la Liga de Estados Arabes (art. 18), se suman el texto de la Conferencia de Bandung de 1955, diversos pronunciamientos de las conferencias cumbres del Movimiento de No-Alineados, la Carta de la Organización de la Unidad Africana (art. III-2).

Este consenso regional plasma en un pronunciamiento universal, la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la "No-Intervención en los Asuntos Internos y Externos de los Estados" —que extiende consuetudinaria-

[2] Véase, v.gr., César Sepúlveda, *El Sistema Interamericano. Mudanza y Transición* (Valladolid, Cuadernos de la Cátedra "J. B. Scott", Universidad de Valladolid, 1973), 16-34.

[3] Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique* (4 ed., Paris, Guillaumin et Cie. et autres, 1887), t. I, 351.

[4] Luis María Drago, "State Loans in Their Relation to International Policy", en *International Law in the 20th. Century* (The American Society of International Law ed., Nueva York, Appleton-Century Crofts, 1969, 483-517).

mente el art. 2 (7) de la Carta— y es confirmado en la resolución 2625 (XXV), Declaración de Principios sobre la Amistad y la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Años más tarde, el Este y el Oeste lo reafirman como sexto principio en el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europeas, celebrada en Helsinki en 1974.

El contenido clásico del principio encerraba la proscripción de la intervención en tanto que uso de la fuerza armada. Tendencias postdescolonización apuntan a considerar que ella también puede ejecutarse por otros medios.

Señala al respecto Ian Brownlie que la intervención refiere a cualquier interferencia en los asuntos internos de un Estado aún cuando tal interferencia revista la forma de una protesta diplomática o de un comentario oficial [5].

En rigor, el empleo de la fuerza armada contra un Estado configura una agresión, figura autónoma y distinta de la intervención. Consecuentemente, lo relevante es distinguir cuándo la interferencia en los asuntos internos es reprochable jurídicamente y, por tanto, contraria al orden jurídico y cuándo ella forma parte del trámite ordinario de las relaciones interestaduales.

Es, pues, en este contexto en el que debe insertarse la armonización del principio de no-intervención con el de los derechos humanos.

2. *Los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo.*

Si bien es cierto que la existencia de normas jurídicas que protejan los derechos del hombre se verifica desde épocas hoy lejanas en años, ellas son sólo antecedentes —y no precedentes— de los derechos humanos.

El aporte del constitucionalismo clásico y del constitucionalismo social permitió consolidar la protección en los derechos internos pero, en razón de su misma naturaleza, no previó la posi-

[5] Ian Brownlie, "The Use of Force in Self-Defense", *British Yearbook of International Law*, 1961, 183 y sigtes.

bilidad de lograr la responsabilidad del Estado por las violaciones a tales derechos. En un contexto internacional en el que el individuo sólo era considerado en tanto que miembro de uno de los elementos constitutivos del Estado, su población, resultaba lógica y normativamente imposible la atribución de responsabilidad al Estado por el daño infligido a sus nacionales.

Recién cuando el hombre adquiere subjetividad internacional, el daño a él proferido es daño a otro sujeto de derecho internacional y da lugar a la responsabilidad del Estado. Ello resulta contemporáneo al surgimiento de los derechos humanos.

Este es un proceso que se inicia a partir de la conciencia del espanto experimentado como consecuencia de los hechos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial. Normativamente, su primera expresión es la Carta de las Naciones Unidas —instrumento vinculante por naturaleza que consagra el deber de los Estados miembros de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación. Continúa con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por aclamación en la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948, que enuncia los derechos y explicita su contenido. Una tercera etapa es la cristalización de los derechos humanos en tratados generales que los enuncian, describen su alcance, las limitaciones que legítimamente puede aportarse a ellos, su vigencia durante los estados de excepción y, además, establecen órganos internacionales de control.

Los derechos humanos no quedan, pues, limitados al ámbito doméstico sino que ingresan al campo de las relaciones que interesan a la comunidad internacional.

Más allá de marcos convencionales estrictos, los derechos humanos se han transformado en normas consuetudinarias internacionales, a cuya observancia están obligados todos los Estados. Más aún, algunos de ellos, los denominados derechos intangibles no son suspendibles ni durante la vigencia de los estados de excepción y se imponen *erga omnes* en tanto que expresión del orden público internacional. Revisten el carácter de normas de *jus cogens* [6].

[6] La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia es reve-

Esta creciente y constante incorporación de los derechos humanos al área de las relaciones internacionales no obsta a la existencia de ciertos aspectos que resguardan la soberanía del Estado.

3. *La subsidiariedad de la protección internacional de los derechos humanos.*

La protección internacional de los derechos humanos es subsidiaria de la protección nacional. El Estado es el principio y el fin de la ruta protectiva; es él quien debe garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Una manifestación de esta subsidiariedad es el requisito del agotamiento de los recursos internos con carácter previo a toda reclamación internacional.

El derecho internacional clásico consagra este requisito en el caso de daño a un extranjero a los fines de posibilitar la reparación.

---

ladora de esta sustracción de los derechos humanos al ámbito exclusivo del Estado, de su conceptuación como normas consuetudinarias internacionales e incluso en algunos casos como normas de *jus cogens*. Véase, v.gr., Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, para. 33-34:

> "Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernant tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soint protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droit fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel";

Esta regla sustantiva del derecho internacional general que "está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos con sus propios medios" [7] se traslada al derecho internacional de los derechos humanos como consecuencia de la consagración del derecho de petición individual [8].

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, *CIJ Recueil* 1971, para. 131:

> "Le fait d'établir et d'imposer, au contraire, des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte";

Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement 24 May 1980, *ICJ Reports* 1980, para. 91:

> "Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights";

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement 27 June 1986, *ICJ Reports* 1986 para. 267:

> "The Court also notes that Nicaragua is accussed by the 1985 finding of the United States Congress of violating human rights. This particular point requires to be studied independently of the question of the existence of a 'legal commitment' by Nicaragua towards the Organization of American States to respect these rights; the absense of such a commitent would not mean that Nicaragua could with impunity violate human rights".

[7] Corte I. D. H., Asunto de Viviana Gallardo y otras nº G 101/81, Serie A, para. 26.

[8] Véase, A. A. Cançado Trindade, *El agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional de los derechos humanos*. IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 18-30, de agosto de 1986.

Consecuentemente, la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales estipula, en su artículo 26, que "la Comisión no podrá ser requerida más que después del agotamiento de los recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos...". Igualmente, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige, en su artículo 2, el agotamiento de todos los recursos internos disponibles, pero señala que "no se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente" (art. 5 (2) (b) *in fine*).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no difiere demasiado en su letra de lo antes reseñado. Se exige como principio básico "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos" al tiempo que se establecen como excepciones los casos en los que "no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos" [9].

La observancia de la regla en cuestión se impone a los órganos internacionales de control pues ella forma parte de un sistema que "representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse" y por ello corresponde a aquéllos "garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados" [10].

Al respecto ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

[9] *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art 46 (1) (a) y 46 (2).

[10] *Supra*, 7, para. 16.

"De los principios de derecho internacional, generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla... En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado..." [11].

Sin perjuicio de lo expuesto, la regla responde también al interés de las víctimas "de que se les proteja y asegure el pleno goce de los derechos que tienen según la Convención" [12] por ello "tanto la Corte como la Comisión, deben preservar para las víctimas de violaciones de los derechos humanos la totalidad de los recursos que la Convención otorga para su protección" [13].

Resulta, pues, que los Estados tienen el deber jurídico de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, los que deben ser sustanciados de conformidad con la regla del debido proceso legal, "todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción" [14].

Por imperio de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos internos deben ser adecuados y eficaces, esto es que su función debe ser idónea para proteger la situación jurídica infringida y deben ser capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos [15].

El Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su

[11] Corte I. D. H., Caso Velásquez Rodríguez Excepciones Preliminares (sentencia de 26 de junio de 1987), para. 87.

[12] *Supra 7*, para. 13.

[13] *Ibídem*, para. 15.

[14] *Ibídem*, para. 90.

[15] Corte I. D. H., Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, para. 64, 66.

efectividad [16]; sin embargo, "corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46(2)" [17].

En todo caso debe tenerse presente que en el derecho internacional de los derechos humanos, al igual que en el derecho internacional clásico [18], la regla del agotamiento de los recursos internos posee también naturaleza consuetudinaria. De esta suerte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [19], al tratar las peticiones referentes a los Estados que no sean partes en la Convención Americana remite a los requisitos de admisibilidad previstos en ésta, entre los que se cuenta el agotamiento de los recursos internos [20].

La praxis de la Comisión revela, empero, una situación en la cual el requisito de que aquí se trata no se aplica. Trátase de los denominados "casos generales", esto es violaciones tan generalizadas que resulta inconcebible considerar la eficacia de los recursos internos [21].

La pauta para conceptuar los casos generales es asimilable a la que habilita a considerar las comunicaciones en virtud de la resolución 1503 (XLVIII) adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 27 de mayo de 1970. Esta reso-

[16] *Supra 11,* para. 87.

[17] *Supra 15,* para. 60.

[18] Affaire de l'Interhandel, arrêt 21 mars 1959 (exceptions préliminaires), *CIJ Recueil* 1959,:

> "La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier pour que l'Etat où la lésion a pu être commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne".

[19] O. E. A., *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (Actualizado el 1º de marzo de 1988), OEA/Ser.L.V/II.71 doc. 6 rev. 1, 69.

[20] *Ibidem,* Reglamento CIDH, art. 52, 37.

[21] A. A. Cançado Trindade, "A aplicaçao da regra do esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteçao dos direitos humanos", en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches* (C.I.D.H. ed., Washington, 1984), 217-229, en 220-221.

lución refiere a las comunicaciones "que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Su tratamiento no exige por parte de los Estados la aceptación de ningún tipo de competencia por órgano internacional alguno. Es el interés de la comunidad internacional institucionalizada en las Naciones Unidas el que allí se manifiesta.

4. *Los derechos humanos y la política exterior.*

La sustracción de los derechos humanos al ámbito reservado de los Estados no ha comportado su automática inclusión en el diseño de la política exterior de éstos.

De esta suerte, por ejemplo, los Estados Unidos y otros Estados occidentales consideran especialmente este tema en la elaboración de su política de relaciones internacionales, en tanto que ni el Segundo ni el Tercer Mundos hacen lo propio aún cuando el recurso al lenguaje de los derechos humanos sea más frecuente en éstos que en aquéllos.

El rol de los derechos humanos en las relaciones exteriores se evidencia cuando ellos son tenidos en cuenta a los fines de la adopción de decisiones y, más aún, cuando su propio peso específico conduce a un gobierno a ejercer su influencia sobre otro con miras a la observancia de estos derechos [21 bis].

Ello es particularmente observable respecto de los Estados Unidos y es especialmente importante en esa suerte de diálogo desequilibrado en que a veces suele convertirse la relación entre ese país y el resto de América en el sistema interamericano.

La conceptuación de los derechos humanos como un "issue" en la política exterior de la Administración de Washington co-

[21 bis] Shimon Shetreet, "Limits and Promises of International Norms and Procedures: The Transnational Protection of Human Rights", General Report en *Israeli Reports to the XIIth. International Congress of Comparative Law*, (Jerusalem, 1986), 1-103, en 83.

mienza a inicios de la década del '70 [22]. El tema es presentado como una necesidad por el Departamento de Estado [23].

Una de sus primeras manifestaciones concretas es la legislación sobre la vinculación entre los derechos humanos y la ayuda militar ensayada a partir de 1973 [24], año en que se produce la caída del gobierno de Salvador Allende en Chile y en que se insinúa el fenómeno de la desaparición forzada de personas en el continente [25].

Contemporáneamente, la Cámara de Representantes recibe un proyecto de ley, introducido por Donald Fraser, para crear en el ámbito del Departamento de Estado una Oficina de Asuntos Humanitarios [26], que se logra finalmente, en 1977 [27].

Un informe de la Subcomisión sobre Organizaciones y Movimientos Internacionales de la Cámara de Representantes, presidida por Fraser, señala que los Estados Unidos no sólo están obligados a respetar los derechos humanos en los ámbitos sometidos a su jurisdicción sino que también deben evitar el apoyo a gobiernos involucrados en violaciones y formula una dura crítica:

[22] George Lister, *Good News: Our Human Rights Policy,* Current Policy nº 1125, United States Department of State, Bureau of Public Affairs, Washington D. C. nov. 1988, 1.

[23] Department of State, Memorandum of Law: U.S. Government's obligations regarding human rights of individuals outside the United States, August 23, 1972, en doc. H 381-26, *International Protection of Human Rights, The Work of International Organizations and the Role of U. S. Foreign-Policy: Hearing Before the Subcommission on International Organizations and Movements of the House Commission on Foreign Affairs,* 93d. Congress, 1st. session (1974), 67-68, en 68.

[24] Sthepen B. Conen, "Conditioning U. S. Security Assistance on Human Rights Practices", 76 *The American Journal of International Law,* 1982, 246-279, en 249.

[25] Véase, C. I. D. H., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile,* 1974, OEA/Ser.L/V/II.34 doc. 21.

[26] *A bill introduced by Donald Fraser to establish within the Department of State a Bureau of Humanitarian Affairs and for other purposes,* H. R. 10.455, 93d. Congress, 1st. session, Sept. 20, 1973.

[27] *Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Year 1978,* § 109 (1977); 22 U.S.C., § 2384.

> "The human rights factor is not accorded the high priority it deserves in our country's foreign policy. Unfortunately the prevailing attitude has led the Unites States into embracing governments which practice torture and unabashedly violate almost every human rights guarantee pronounced by the world community..." [28].

El diseño de una política exterior en la que los derechos humanos ocupen un lugar preponderante es una tarea compleja y delicada.

Resulta claro que las consideraciones políticas no pueden ser evitadas porque ellas son un componente esencial de las relaciones internacionales pero debe pensarse también que su sobrevaloración erosiona la confianza en la política de derechos humanos de un país.

El riesgo reside en que, en ocasiones, esta política encubre finalidades que exceden sus objetivos ostensibles y encubren otros intereses; en otras, se manifiesta con criterios discriminatorios.

La vinculación entre los principios de no-intervención y de protección internacional de los derechos humanos es claramente evidente para todos los que tratan el tema. Al respecto, en 1973, el Departamento de Estado sostiene que:

> "Reflective of the recent growth of international human rights law is general agreement within the international legal community that transgresions of human rights are not matters within a state's exclusive domestic jurisdiction and accordingly, that the principle of non-intervention in internal affairs does not bar one state from taking action designed to promote respect for human rights in another ..." [29].

Por otro lado, en un ensayo publicado en Buenos Aires en 1984 se postula que:

[28] *Subcommission on International Organizations and Movement of the House Commission on Foreign Affairs, Human Rights in the World Community: A Call for U.S. Leadership,* 93d. Congress, 2d. session (Fraser Report).

[29] *Supra,* 23, 68.

"...en un país de las características de la Argentina, las violaciones a los derechos individuales conducen casi inevitablemente al intervencionismo en nuestros asuntos internos por parte de las grandes potencias y a violaciones de nuestra soberanía política, prácticamente destruyendo nuestra política exterior, restándole toda eficacia..." [30].

Esta visión prácticamente antitética de un mismo fenómeno permite nuestra reflexión sobre la eventual tipificación como intervención de los actos de un gobierno encaminados a presionar a otro para que respete los derechos humanos.

5. *La práctica internacional. Casos selectos.*

El análisis de la práctica internacional que sintéticamente nos proponemos llevar a cabo, sólo comprenderá algunas manifestaciones de las conductas estaduales y tomará en cuenta el criterio adoptado respecto de la violación a los derechos humanos.

a) *Los informes sobre la situación de los derechos humanos realizados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos.*

En la década del '70, el Congreso de los Estados Unidos solicitó al Departamento de Estado la confección de informes anuales sobre la práctica de los derechos humanos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas [31]. Esta decisión se extendió también al examen de la situación en los países aspirantes a ser beneficiarios de la asistencia del gobierno de Washington [32].

Previamente a la institucionalización de esta política es posible verificar informes que perfilan los criterios que posterior-

[30] Carlos Escudé, "Derechos Humanos y soberanía política" en *La Argentina: ¿Paria Internacional?* (Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1984), 15.

[31] *Supra* 22, 1.

[32] *Country Reports on Human Rights Practices for 1987;* Annual State Department report to Congress, also prepared for the Senate Foreign Relations Committee, reviewing human rights practices in countries proposed for U. S. foreign assistance and in additional United Nations member and non-member countries. Doc. H 382-2.

mente servirán para evaluar la situación imperante en los países en materia de derechos humanos y la respuesta del gobierno de los Estados Unidos. De esta suerte, por ejemplo, un informe sobre el Brasil de inicios de los años '70 señala:

> "The first official acknowledgement that excesses were being engaged in by law enforcement agencies in Brazil was made in December 1970 when Minister of Education Jarbas Passarinho publicly denounced torture and blamed overzealous police officers who went beyond the bounds of official policy..." [33];

y en relación con la política de los Estados Unidos manifiesta:

> "Although there are some very important issues of contention between the two countries, the U. S. Government regards Brazil as one of its closest and important friends, as President Nixon stated during President Medici's visit to Washington in December 1971. It was during that visit that President Nixon stated '...as Brazil goes, so will go the rest of Latin American continent..." [34].

El criterio de las circunstancias extraordinarias y del interés de los Estados Unidos resultantes en la abstención de una política severa de condena queda ya delineado con claridad [35].

Las discrepancias sobre la eventual implementación de un curso de acción en consonancia con las conclusiones de un informe se han instalado también en el seno de la propia administración de Washington. Así, no obstante la opinión de la Oficina para Latino-América, para la cual la relación con el gobierno del hoy derrocado presidente Stroessner era importante a los fines de la lucha contra el comunismo, el Departamento de Estado mantuvo sus informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en el Paraguay con singular dureza [36].

[33] Barry Sklar, "Infringement of human rights in Brazil and the U.S. and O.A.S. response", en *supra* 23, 897-912, en 907.

[34] *Ibid*, 909.

[35] Véase *infra*.

[36] *Supra*, 24.

Lo relevante del caso es que, aún cuando tales informes arrojaran resultados objetivamente negativos respecto de la observancia de derechos esenciales, cuya veracidad no era cuestionada en el país objeto de estudio, su divulgación encendía la polémica de la intervención [37].

El seguimiento de las prácticas relativas a los derechos humanos se efectúa también a través de estudios e informes sobre el estado de democratización de un país [38].

En todo caso, una de las más importantes funciones de estos informes es la de servir de presentación de los países que aspiran a la asistencia del gobierno de los Estados Unidos.

b) *La suspensión de la ayuda.*

La principal pieza legislativa de los Estados Unidos respecto del condicionamiento impuesto por los derechos humanos a la concesión de ayuda militar es la sección 502B del Acta de Ayuda Extranjera de 1961, modificada en los años '70.

Se señala allí que el objetivo principal de la política exterior de los Estados Unidos es promover el fomento de la observancia por todos los países de los derechos humanos internacionalmente reconocidos [39]. Por ello, los programas de asistencia internacional en materia de seguridad deben ser conducidos de modo consistente con el objetivo señalado, a los fines de evitar la identificación de los Estados Unidos con gobiernos que niegan a sus pueblos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, en violación del derecho internacional y contraviniendo la política de los Estados Unidos [40].

[37] José Félix Fernández Estigarribia, "El principio de la no intervención y el derecho internacional actual", 12 *Estudios Paraguayos,* 1984, 9-19.

[38] *Human Rights and the Prospects for Democracy in Chile, Report of a Staff Study Mission to Chile, November 28-December 7, 1987, to the Committee on Foreign Affairs,* U.S. House of Representatives, 100 th Congress, 2d. session, July 1988, H 382-29.

[39] *Foreign Assistance Act of 1961, as amended,* Sec. 502B; 22 U.S.C. § 2304 (a) (1).

[40] *Ibídem,* § 2304 (a) (3).

En este orden de ideas, se prohíbe la prestación de ayuda en materia de seguridad a los países cuyos gobiernos se encuentren comprometidos en un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales [41].

La ley dispone que el Departamento de Estado debe presentar anualmente informes respecto de las prácticas en materia de derechos humanos en los países solicitantes [42].

En relación con los Estados que ya gozan de asistencia, el procedimiento previsto incluye la solicitud al Departamento de Estado de un informe, a ser presentado dentro de los treinta días, con detalle de toda la información relativa a la observancia de los derechos humanos, la política implementada por los Estados Unidos y la opinión del organismo sobre la eventual ocurrencia de circunstancias extraordinarias que requieran la continuación de la ayuda y de los casos en los cuales tal ayuda sea en el interés de los Estados Unidos [43]. Al cabo de ello, una resolución conjunta dispone la terminación, restricción o continuación de la ayuda [44].

Un proyecto considerado en junio de 1989 por la Cámara de Representantes a los fines de modificar esta ley dispone:

> "U. S. economic assistance programs and policies while encompassing due respect for differences in cultural values and national histories, should reflect the U. S. commitment, in keeping with its constitutional heritage and traditions and in accordance with its international obligations as set forth in the Charter of the United Nations, to promote and encourage increased respect for human rights and fundamental freedoms (as set forth in the Universal Declaration of Human Rights) throughout the world without regard to sex, race, language, religion, or social status" [45].

[41] *Ibídem,* § 2304 (a) (2).

[42] *Ibídem,* § 2304 (b).

[43] *Ibídem,* § 2304 (c) (1).

[44] *Ibídem,* § 2304 (c) (4).

[45] *A bill to amend the Foreign Assistance Act of 1961 to rewrite the authorities of that Act in order to establish more effective assistance programs and eliminate obsolete and inconsistent provisions, to amend the Arms Export Control Act and redesignate that Act as the Defense Trade and Export Control Act, to authorize appropiations for foreign assistence*

Las medidas legislativas adoptadas al promediar la década pasada devinieron prontamente efectivas ya que de inmediato se decidió la limitación o suspensión, según el caso, de la ayuda militar y de las ventas de armas a distintos países, entre ellos Chile [46], Corea del Sur [47], Uruguay [48], Brasil, El Salvador, Guatemala [49].

El criterio de las "circunstancias extraordinarias" condujo, empero, al mantenimiento de la asistencia respecto de varios Estados inicialmente comprendidos en la letra de la ley [50].

El caso argentino es particularmente revelador de esta política. La República Argentina fue suspendida durante el ejercicio fiscal 1978 [51]; ese mismo año se suspendieron los suministros de uranio enriquecido en virtud de un contrato en vigor [52]; en 1979 el embargo fue dispuesto *sine die* [53] y, finalmente, fue levantado parcialmente hacia fines de 1981 [54].

c) *La presión política.*

Es indudable que las ocasiones y los medios para ejercer presión sobre un gobierno que viola sistemáticamente los derechos humanos son numerosas. Nuestra historia reciente es un ejemplo significativo.

---

programs for fiscal years 1990 and 1991, and for other purposes. H. R. 2655 (Report nº 101-90), 101st. Congress, 1st. session, June 15, 1989.

[46] *Foreign Assistance Act of 1974,* § 25 (establece la prohibición para el ejercicio fiscal 1975); *International Security Assistance And Arms Export Control Act of 1976,* § 406 (dispone un embargo *sine die*).

[47] *Foreign Assistance Act of 1974,* § 26 (a).

[48] Public Law 94-441 (para el ejercicio fiscal 1977).

[49] Public Law 95-148, § 503 (para el ejercicio fiscal 1978).

[50] *Supra, 24,* 270-271; *United States Foreign Policy and Human Rights. Principles. Priorities. Practice.* A Report of the National Policy Panel of the United Nations Association of the USA., December 1979, 23.

[51] Public Law, 95-148, § 503.

[52] *Boletín Semanal de Economía,* X, nº 520, 28 de noviembre de 1983, 3049-3052.

[53] *International Security Assistance Act of 1977,* § XI *as amended by International Security Assistance Act of 1978, § 12 (c) (1).*

[54] *International Security Development Cooperation Act of 1981,* § 725.

La administración demócrata del Presidente Carter desplegó un arsenal de variantes dirigidas a presionar abiertamente a las sucesivas Juntas de gobierno del denominado Proceso de Reorganización Nacional, esencialmente a la primera.

En su testimonio ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la causa 13/84 en la que se juzgó a los ex comandantes, la Secretario de Estado Adjunto para Derechos Humanos y Asuntos Humanitarios, Señora Patricia Derian, declaró que la información sobre la situación de los derechos humanos en Argentina era recibida por el Departamento de Estado a través de la Embajada de los Estados Unidos en Buenos Aires, los servicios de inteligencia, las propias víctimas, ex desaparecidos, sus familiares, detenidos políticos y las organizaciones no gubernamentales. En ese contexto se confeccionó una lista incluyendo algunos miles de nombres y fue ofrecida al Secretario de Estado Cyrus Vance para su viaje a la Argentina en 1977 [55].

De la visita resultó un Comunicado Conjunto, de 21 de noviembre de 1977, que demuestra acabadamente que el tema fue objeto de profundo debate:

> "12. El tema de los derechos humanos se trató extensamente. Ambas partes acordaron que la protección y el fortalecimiento de los derechos humanos constituye una responsabilidad principal de todos los gobiernos que se han adherido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Afirmaron que el respeto a la integridad individual de las personas y a las leyes es esencial para que los Gobiernos puedan asegurar a sus pueblos el pleno goce de sus derechos humanos.
>
> 13. Evaluaron también el impacto causado por los últimos brotes de terrorismo internacional en distintas partes del globo. Ambos compartieron el más firme repudio a las acciones del terrorismo y coincidieron en la necesidad de una colaboración multilateral en la materia.
>
> 14. Al respecto acordaron otorgar su más amplio respaldo, cooperación y beneplácito a la importante labor que

[55] *Diario del Juicio*, nº 9, versión taquigráfica del 13 al 14 de junio de 1985, 192.

> desempeña la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tomando nota de la conveniencia de que dicha labor se vea fortalecida con la efectiva aplicación de las resoluciones aprobadas por la reciente Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Grenada. Ambas partes confían en que las organizaciones internacionales tomarán en cuenta, al efectuar la evaluación de las condiciones de los derechos humanos, la influencia que el terrorismo y las injusticias sociales, económicas y culturales tienen en el total goce de los Derechos Humanos en un país" [56].

La prensa extranjera se hizo eco de la visita de Vance poniendo de manifiesto que los dos temas centrales de sus entrevistas con las autoridades locales concernían a los derechos humanos y la cuestión nuclear. Respecto del primero, las declaraciones del Secretario de Estado indicaban su estimación de que para fines de ese año se adoptarían importantes medidas, incluyendo la publicación de la nómina completa de las personas detenidas en virtud de las leyes de seguridad. En la misma nota se de cuenta de las entrevistas mantenidas con los representantes de distintos organismos de derechos humanos [57].

Se estima también que fue en ocasión de la presencia del entonces Presidente Videla en Washington, con motivo de la firma de los Tratados Torrijos-Carter sobre el Canal de Panamá, que se aceptó la visita al país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [58].

Sin perjuicio de lo hasta aquí reseñado, cabe recordar que las presiones provinieron también de otros países. El conflicto anglo-argentino de 1982 sobre el Atlántico Sur permitió transmitir ciertos reclamos.

De esta suerte, Gran Bretaña invocó el artículo 85 del Tercer Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de

[56] *Comunicado Conjunto de la República Argentina y de los Estados Unidos de América,* Buenos Aires, 21 de noviembre de 1977, División Tratados, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

[57] "Vance Wins Argentine Pledge on Nuclear Arms", *The New York Times, November* 22, 1977.

[58] *The New York Times,* September 7, 1977, A-14.

los prisioneros de guerra a los fines de retener a un prisionero argentino en relación con su actuación anterior en la represión de la subversión.

La mencionada disposición establece que "los prisioneros de guerra acusados en virtud de la legislación de la Potencia en cuyo poder se encuentren, por actos cometidos antes de haber caído prisioneros, gozarán aunque sean condenados, de los beneficios del presente Convenio".

La retención obedecía a la intención de las Cancillerías de Suecia y Francia de interrogarlo por la desaparición de la joven Dagmar Hagelin y las religiosas Alice Domon y Léonie Duquet.

En rigor, el artículo 85 del Tercer Convenio no fue invocado en la especie con sustento en argumentos jurídicos aunque sí respondió a elementales dictados de humanidad y a una ostensible actitud de presión [59]. Por otra parte, la connotación política del problema quedó evidenciada con la solución de igual carácter de que fue objeto y que permitió la liberación, vía Río de Janeiro, antes de que finalizaran las hostilidades. El objetivo fue logrado, la opinión pública se enteró de los episodios cuestionados durante la vigencia del régimen.

[59] Para que procediera la invocación del artículo 85 del Tercer Convenio resultaría necesario que el derecho vigente en Gran Bretaña contemplara el caso en análisis. Sucede que tratándose de un acto delictivo independiente del "estado de guerra", es imprescindible tal tipificación del delito en el derecho interno del Estado en cuyo poder se encuentra el prisionero en la época en que fue cometido, que ella se mantuviera vigente y que los tribunales de tal Estado fueran competentes para conocer del caso. Aunque los derechos vigentes de Suecia y Francia previeran el tipo penal y establecieran la competencia de sus tribunales, la norma no sería aplicable por no tratarse de "la legislación de la potencia en cuyo poder se encuentran". Por otra parte, los tratados internacionales que vinculan a estos Estados y la Gran Bretaña en materia de derechos humanos —la Convención de Roma de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966— restringen su ámbito de validez a los individuos bajo la jursdicción de los Estados Partes y ello no cubre a sus nacionales en el territorio de un tercer Estado. Discutible resultaría también la hipótesis de una extradición. Ergo, no es en virtud de las normas mencionadas que el artículo 85 puede ser invocado con éxito.

d) *Los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales.*

El carácter de foro de los organismos internacionales y el papel de grupo de presión de las organizaciones no gubernamentales coadyuvaron para que ambos jugaran un rol en la experiencia argentina.

En la Asamblea General de la O.E.A., celebrada en Grenada en 1977, la Argentina presentó un proyecto de resolución en el que se establecía que la violación a los derechos humanos por gobiernos embarcados en la supresión del terrorismo era justificada. El proyecto fue rechazado tras un debate en el que los delegados de México y Venezuela sostuvieron que la libertad política era la solución para el problema del terrorismo y recordaron la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según la cual nada justifica que el Estado adopte los métodos de los terroristas [60].

La visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la publicación del Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina [61] fueron dos importantes medidas internacionales conducentes a detener el fenómeno de las masivas desapariciones forzadas de personas en el país. Empero, ambos eventos fueron relativizados por la mayor parte de la prensa local, en la época bajo severo control estatal.

También, como consecuencia de la práctica institucionalizada de desapariciones forzadas de personas en la Argentina, la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estableció un grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas para recibir información y tomar contacto con familiares y gobiernos [62].

[60] Bryce Wood, "Human Rights in the Inter-American System", en *The Future of the Inter-American System* (Tom J. Farer ed., Nueva York, Praeger, 1979, 119-141), 135-136.

[61] OEA/Ser.L/V/II.49 doc, 20.

[62] Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 20 (XXXVI).

En este mismo orden de ideas, la tarea de los organismos de derechos humanos —nacionales e internacionales— fue fecunda. Ellos concientizaron la opinión pública y activaron mecanismos de resistencia. Efectuaron presentaciones judiciales e internacionales. Organizaron la búsqueda de los desaparecidos. Concentraron la información y la divulgaron *urbi et orbi*.

Conclusiones.

El surgimiento de los derechos humanos corresponde a una larga lucha del hombre por librarse de formas despóticas y arbitrarias del poder. Su desarrollo encuentra motivo como reacción a los horrores del régimen nazi y de sus políticas genocidas que resultaron en el asesinato masivo de millones de individuos en Europa [63]. Su consagración normativa conduce al reconocimiento de la personalidad internacional del individuo y a la consiguiente responsabilidad internacional del Estado por el daño a él infligido. Este proceso se traduce en la sustracción del tema al ámbito reservado del Estado para ubicarlo entre aquéllos que interesan a la comunidad internacional. Por ello, "todo gobierno pierde su legitimidad moral si infringe sistemáticamente los derechos fundamentales del hombre, ya que la justificación básica de los gobiernos reside precisamente en la preservación de tales derechos" [64].

Es, pues, a partir de la constatación de que la preservación de los derechos humanos excede el marco de la soberanía y de los poderes del Estado, concerniendo también a la comunidad internacional, que resulta necesario trazar el límite entre la acción legítima y legal conducente a la protección de tales derechos y la intervención en los asuntos internos y externos de los Estados.

En este orden de ideas, la relevancia del contexto es indudable. Debe distinguirse el cuadro persistente de violaciones siste-

[63] *Supra 21*, 1.

[64] Discurso pronunciado por el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Licenciado Dante Caputo, ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, el 27 de febrero de 1984, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Prensa.

máticas y masivas a los derechos humanos de la violación ocasional.

Ante la práctica institucional de violación a los derechos humanos, conductas tales como la suspensión de la ayuda, la presión política, la acción llevada a cabo en o por las organizaciones internacionales y las nogubernamentales no importan una intervención. Trátase en todos los casos de acciones que tienen en mira formar la opinión pública en el tema, conformar una conciencia internacional sobre la situación de los derechos humanos en un determinado país.

La Argentina es, entre los países latinoamericanos, un significativo ejemplo de la forma en que la conciencia internacional colmó la laguna dejada por la pérdida de la conciencia jurídica nacional.

Por el contrario, cuando se trata de violaciones ocasionales a los derechos humanos, la prudencia se impone con mayor rigor. Este tipo de violaciones es, aún hoy, la moneda corriente. Un Estado respetuoso de los derechos humanos no es aquél en el que no se verifican violaciones sino aquél en el que ante una violación existe un mecanismo que se activa para reparar la situación. La historia de los pueblos respetuosos de los derechos humanos la escriben también los organismos internacionales de control. Casi un centenar de fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos permite corroborarlo.

Todas las medidas hasta aquí reseñadas son coyunturales. Existen otras, de carácter estructural, cuya adopción o fortalecimiento debería estar en relación inversamente proporcional a las primeras. La adopción de nuevas y mejores normas internacionales, que logren el consenso de los distintos grupos de estados que coexisten en la comunidad internacional, debería traducirse en un incremento de la efectividad. Ellas deberían contemplar un mecanismo de prevención, aún no logrado, sin que ello implique menoscabo ni cercenamiento de las soberanías nacionales.

En todo caso, el tema trasciende lo estrictamente normativo. Las consideraciones relativas a los derechos humanos deberían formar parte de las políticas exteriores de los Estados, especial-

mente del Segundo y Tercer Mundos. En este sentido, la educación en los derechos humanos es un imperativo.

La educación es la mejor defensa contra la violación y contra la intervención. Es uno de los grandes desafíos de nuestros países en estos tiempos. Su suerte probablemente determine cuán lejos o cerca estemos del momento en que el hombre no sea más el mejor enemigo del hombre.

EL ESTADO Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL CON PARTICULARES

por Horacio A. GRIGERA NAON *

Durante los últimos años, una copiosa literatura jurídica y algunos sonados casos arbitrales han reavivado el interés profesional y académico en el arbitraje internacional entre Estados y particulares.

El marco fáctico al cual se ajustan buena parte de las situaciones consideradas por la doctrina o la práctica consiste en concesiones o contratos a largo término —generalmente vinculados a la explotación de recursos naturales— que contienen cláusulas de selección del derecho aplicable por las que se atenúa o excluye la aplicación del derecho del Estado parte en la contratación en beneficio de la aplicación de principios generales del derecho o del derecho internacional público. En ocasiones, tales contratos también incluyen cláusulas por las cuales se impide al Estado alterar —aún mediante el ejercicio de facultades soberanas, tales como las de emitir actos administrativos o introducir cambios en la legislación— el contrato y las bases económico-financieras sobre las que se celebró la contratación. Para cerrar toda posibilidad de intervención de órganos estatales que pudieren coartar la plena vigencia y efectos de la cláusula de selección del derecho aplicable o modificar el contenido substancial del contrato, se incluye en éste una cláusula arbitral por la que se confía la solución de todo litigio o controversia a un tribunal arbitral ubicado fuera

* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, —U.B.A.—.

del Estado parte, cuyo funcionamiento y facultades se rigen por reglas desvinculadas de todo ordenamiento jurídico nacional que son establecidas *ad hoc* por las partes o por instituciones arbitrales internacionales seleccionadas por aquéllas.

El arbitraje internacional es en realidad la pieza indispensable para asegurar la desnacionalización y "aislamiento de sus jueces naturales" de estas contrataciones [1], ya que permitiría inmunizarlas frente a toda interferencia estatal que inutilice en todo o en parte el espacio normativo internacional o transnacional que les ha sido reservado.

Diversas teorías han sido ensayadas para justificar la creación de un régimen jurídico específico anacional o supranacional para esas contrataciones que las ponga a resguardo de todo acto soberano —particularmente del Estado parte— susceptible de afectar su validez, contenido y efectos. La mayoría de ellas intenta regir la capacidad para contratar por el mismo derecho aplicable al contrato [2], que al ser por definición "internacional", "transnacional" o "anacional", excluye la consideración de falencias en la forma, causa o finalidad de los actos administrativos referentes a contratos del Estado o en la competencia para realizarlos o de la carencia de capacidad o facultades por parte del Estado para celebrar la contratación bajo su derecho público, que es el que normalmente rige esos aspectos referentes a los contratos administrativos o de la administración del Estado o de ciertos entes estatales [3]. Según estas teorías, entonces, la facultad y poderes para contratar no quedan subsumidos dentro del

[1] Ph. Leboulanger, *Les Contrats entre Etats et Enterprises Etrangeres,* 237 (1985).

[2] Sobre este problema, K. H. Bockstiegel, *The Legal Rules applicable to International Commercial Arbitration involving States or State-controlled Enterprises,* en "60 Years of ICC Arbitration, a look at the future", 142 y sigtes. (1984).

[3] Al menos, según el derecho administrativo argentino respecto de actos y contratos administrativos: Artículos 3 y 7, Ley 19.459; J. C. Cassagne, *El Acto Administrativo,* 181 y sigtes. (1981); H. G. Escola, I Tratado Integral de los Contratos Administrativos, 187 y sigtes. (1977); M. A. Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos.* 257 y sigtes., (1980).

estatuto personal —que conduce a la aplicación del derecho público del Estado parte— sino que se rigen por la ley contractual "desnacionalizada".

Además, no sólo el contrato en sus restantes aspectos, sino usualmente también la cláusula arbitral referida al mismo, quedan sometidos al mismo régimen "desnacionalizado" o "supranacional", con lo cual normalmente aquélla estará tan inmunizada de la influencia del derecho nacional en cuanto a capacidad del Estado para celebrarla, validez y efectos, como el contrato al que está vinculada [4]. La cláusula arbitral contribuye al proceso de desnacionalización en la medida que ella misma y la instancia jurisdiccional a la que da origen puedan ser consideradas como desligadas de la supervisión y control de toda jurisdicción o autoridad nacional.

En definitiva, todas estas teorías tienen puntos de contacto entre sí, ya que su finalidad expresa es la misma: "deslocalizar" o "desnacionalizar" el contrato entre el Estado y el particular con el objetivo de que no sea regido por el derecho de ningún Estado y, particularmente, del Estado que es parte en la contratación.

Por ese motivo, frecuentemente hay superposiciones entre las diversas teorías que intentan extraer de todas las fuentes del derecho disponibles elementos que mejor permitan alcanzar el objetivo de desnacionalización perseguido: así, quienes sostienen que estos contratos están sometidos al derecho internacional público para determinar su validez y fuerza imperativa, no vacilan en recurrir a la lex mercatoria o a principios generales del derecho abstraídos a partir de la comparación de sistemas jurídicos nacionales de derecho privado para determinar el régimen jurídico de las obligaciones contractuales y de la cláusula y proceso arbitral relacionados con aquéllas con independencia de cualquier ordenamiento jurídico específico [5]; algunos de los que entienden

[4] En general, J. P. Regli, *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées,* pág. 36 y sigtes. (1983). Laudo Arbitral "Ad-hoc", "Elf-Aquitaine vs. NIOC", XI Yearbook Commercial Arbitration, pág. 97 y sigtes (1986). *Contra,* P. Mayer, en *Les Etats et l'Arbitrage International,* Journées du Comité Francais de l'Arbitrage, Paris, 11 Octobre 1985, 4 Revue de l'Arbitrage, pág. 591 y sigtes. (1985).

[5] Ph. Lobeulanger, *supra,* nota 1, 219 y sigtes.

que esas cláusulas y contratos están regidos por un "tercer derecho", el derecho transnacional, incluyen dentro de sus fuentes al derecho internacional público y los principios jurídicos de derecho nacional "especialmente adaptados a las relaciones jurídicas transnacionales" [6], de manera que este último esquema conceptual ofrece ya desde su punto de partida un marco híbrido con flexibilidad suficiente para alcanzar mediante la combinación de normas de diversa fuente normativa el objetivo de desnacionalización deseado.

Como sería largo referirse a todas las teorías que se han esbozado respecto de los contratos entre Estados y particulares, sólo describiremos suscintamente aquí las dos que hemos mencionado hasta ahora: la que pretende someterlos al derecho internacional público y la que los encuadra dentro del derecho transnacional, aunque en realidad, lo único relevante para nuestro análisis, más allá de conceptualizaciones abstractas, es que todas intentan en mayor o menor medida aislar al contrato entre Estados y particulares de otro país de la esfera de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Como ya se ha dicho, la primera de ellas sostiene que estas contrataciones están directamente regidas por el derecho internacional público. Para algunos, la localización en la esfera del derecho internacional público es posible solamente cuando las partes expresa o tácitamente sitúan la contratación en el derecho internacional público [7]. Ello importa partir de la premisa de que el derecho internacional público se encuentra dispuesto a aceptar la inserción del contrato entre el Estado y el particular dentro de su ámbito y de que cuenta con normas adecuadas para regirlo [8].

La inserción expresa está dada por la selección del derecho internacional público como *proper law* (mediante una cláusula de elección del derecho aplicable) de la contratación; la inserción tácita se deriva de la introducción de ciertas cláusulas contrac-

[6] P. Jessup, *The Recent State of Transnational Law* en "The Present State of International Law", 339 y sigtes. (1973).

[7] F. A. Mann, *Studies in International Law,* 225 y sigtes., 231/232 (1973).

[8] *Id.,* 140 y sigtes.

tuales que denotan la voluntad de las partes de rehuir la aplicación del derecho nacional y de "internacionalizar" la contratación. Esas cláusulas son, entre otras, justamente la que refiere la solución de controversias al arbitraje internacional, la que establece que el contrato deberá regirse por principios generales del derecho y las que excluyen la posibilidad de modificar el contenido o efectos de algunas o todas las cláusulas contractuales por actos soberanos del Estado parte [9]. Hay quienes sostienen que los contratos entre Estados y particulares pueden quedar "objetivamente" (aún contra la voluntad de las partes) localizados en el ámbito del derecho internacional público si algunas de esas cláusulas se encuentran presentes en contratos de "desarrollo económico", en los que por razones de poderío económico, técnico o tecnológico, la parte privada se iguala a la parte estatal que contrata con ella, hasta el punto de que el régimen de aprobación formal de la contratación por el Estado parte es igual o se aproxima al que observaría si estuviera concluyendo un tratado internacional [10].

El incumplimiento contractual por parte del Estado que participa en el contrato internacionalizado —o al menos, de las cláusulas que lo sustraerían del imperio de las autoridades judiciales y administrativas nacionales y de la legislación estatal— está regido, para esta teoría, por el derecho internacional público. El cumplimiento se asemeja a un ilícito internacional que, como en el caso de violación de un tratado, da lugar a la responsabilidad internacional del Estado infractor. La sanción puede ser la *restitutio in integrum* (volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el Estado perpetrara el ilícito) y, subsidiariamente, el resarcimiento pleno e integral de todos los daños y perjuicios ocasionados a la parte privada [11].

[9] *Id.*, 232, 191/192.

[10] K. H. Bockstiegel, *ob. cit., supra,* nota 2, págs. 167/168; K. Simmonds, *International Arbitration between States and Corporate Entities: a Cautionary Note,* en "Contemporary Problems of International Arbitration", (J. Lew., Gen. Ed.), 277 (1986).

[11] Laudo Arbitral de R. J. Dupuy del 19 de enero de 1977, "Texaco Overseas Petroleum Co. y California Asiatic Oil Co. v. Libia", IV Yearbook Commercial Arbitration, 177 y sigtes. (1979); la Section 712 (2) of the Revised Restatement of Foreign Relations Law of the United States of

Otra corriente de opinión sostiene que los contratos entre Estados y particulares no se encuentran regidos enteramente por el derecho internacional público porque éste está destinado esencialmente a regular las relaciones entre los Estados como sujetos originarios de esa rama del derecho. Se hace eco de críticas que señalan que el derecho internacional público no contiene normas que permitan regular adecuadamente el contenido, extensión y efectos de las obligaciones contractuales, que están referidas a prestaciones comerciales o económicas, propias del derecho general de las obligaciones y de los contratos, respecto de las cuales existe un vacío normativo en el derecho internacional público [12].

No obstante, quienes así piensan parten del postulado de que tampoco el derecho nacional del Estado parte o de la parte contratante privada ofrece garantías suficientes de imparcialiadd, seguridad y previsibilidad a la otra parte ni, en razón de estar orientados esencialmente a la solución de casos locales, se encuentran en condiciones de regular adecuadamente relaciones jurídicas internacionales [13].

America sugiere que puede haber responsabilidad internacional por incumplimiento contractual de un State Contract aunque éste no esté específicamente sometido al derecho internacional público; K. Simmonds, *ob. cit., supra,* en nota 10, pág. 275. Algunos partidarios de estas teorías asimilan al contrato entre el Estado y el particular a un tratado. Esto significa que le serían aplicables los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según los cuales (i) una parte no puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado (ii) un Estado, salvo casos de violación manifiesta, no puede invocar su derecho interno para argumentar que el tratado no fue celebrado por órgano competente. En consecuencia, el árbitro debería desestimar la alegación del Estado de que el contrato internacionalizado (o la cláusula arbitral respectiva) fue celebrado en violación de su derecho, incluidas normas constitucionales o de derecho público, y decidir que la negativa del Estado a cumplir con sus obligaciones contractuales dentro de ese marco determina la responsabilidad internacional del Estado.

[12] M. Sornarajah, *The Myth of International Contract Law,* 15 J. World Trade L., 187 y sigtes. (1981).

[13] A. H. Hermann, *Disputes between States and Foreign Companies,* en "Contemporary Problems in International Arbitration", 250/251 (1986); J. F. Lalive, *Contrats entre Etats et personnes Privées,* 1981-III, Recueil des Cours, 197 (1983).

Como consecuencia, estas relaciones jurídicas —incluida la cláusula arbitral referida a un contrato entre un Estado y un particular de otro país— quedarían regidas por un grupo de principios y normas que no pertenecen exclusivamente ni al derecho internacional público ni a los derechos privados nacionales, pero que se adaptan mejor a las especiales características de los contratos internacionales en los que participan Estados y particulares. Este conjunto de normas y principios —al que sus más entusiastas sostenedores le asignan la entidad y características de sistema jurídico independiente— se denominaría "derecho transnacional" [14].

Su sustancia estaría dada para algunos por los principios generales del derecho generalmente reconocidos por "las naciones civilizadas" que conformarían un sustrato común de conceptos jurídicos aptos para regir los contratos en los que el Estado es parte. Estos principios incluyen el de *pacta sunt servanda* y de buena fe en el respeto y ejecución de los contratos, de donde se deduciría la imposibilidad para el Estado parte de modificar unilateralmente —especialmente a través de actos soberanos— el régimen jurídico o el contenido de esos contratos internacionales con particulares y de las cláusulas arbitrales referidas a éstos. El derecho transnacional también incorpora normas de derecho internacional público que por sus características se consideren adaptadas a los contratos de esta naturaleza, no tanto para determinar su contenido como para asegurar su validez, estabilidad y la validez de la cláusula de elección del derecho aplicable que puedan contener. Esas normas fundamentales consagran, por ser dichos contratos equiparados o considerados próximos a los tratados internacionales, los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe contractual [15]. Los partidarios de esta postura no vaci-

[14] J. F. Lalive, *ob. cit., supra,* nota 13, 47/48.

[15] Ph. Leboulanger, *ob. cit., supra,* nota 3, 200/204. Se distingue así entre "Grundlegung" o régimen jurídico del que depende la validez del contrato y la facultad de seleccionar el derecho aplicable a aquél, y este último o *proper law,* que en definitiva rige la sustancia y efectos del contrato: J. P. Regli, *ob. cit., supra,* nota 4, 115/117. Para un análisis crítico de la noción de "Grundlegung": P. Mayer, *Le mythe de l'ordre juridique de Base (ou Grundlegung)* en "Etudes Offertes a Berthold Goldman", 199 y sigtes. (1982).

lan en incluir entre las fuentes del derecho transnacional a los usos y costumbres derivados del comercio internacional *(lex mercatoria)* que se aplican entonces a los contratos entre Estados y particulares sin importar su origen anacional ni que su contenido dependa en buena medida del accionar de los agentes privados que predominan en el comercio internacional [16].

El derecho transnacional permitiría así combinar todo lo que diversas fuentes del derecho pueden ofrecer para atenuar el ejercicio de facultades soberanas por parte del Estado que participa de una contratación sin necesariamente retener lo que dichas fuentes puedan ofrecer en favor del principio de la soberanía estatal. El derecho internacional público sería relevante para determinar la inviolabilidad y permanencia del vínculo contractual contraído —incluida la respectiva cláusula arbitral— más allá de toda actuación contraria del Estado. Los principios generales del derecho basados en el derecho comparado y en la *lex mercatoria* rigen la extensión y substancia de las obligaciones contractuales asumidas por las partes, supliendo de esa manera las carencias del derecho internacional público al respecto. En caso de incumplimiento contractual, serán esos principios generales —y nunca exclusivamente un derecho nacional— los que establecerán o participarán decisivamente en la determinación de las consecuencias del incumplimiento, y se estima que aquéllos habrán de conducir por lo menos al resarcimiento total del perjuicio sufrido por la parte privada, lucro cesante incluido, aunque no necesariamente a la *restitutio in integrum* [17].

[16] J. F. Lalive, *ob. cit., supra,* nota 13, págs. 26/27. P. Mayer, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matiére de contrats d'Etat,* 113 Clunet, 5-78 (1986).

[17] Ver las distintas soluciones a este respecto en los arbitrajes "Topec/Calasiatic v. Lybia" (*supra,* nota 11); "BP v. Lybia" y "Liamco v. Lybia" [análisis comparativo de A. van den Berg de las dos primeras en V Yearbook Commercial Arbitration, 161 y sigtes. (1980) la última en VI Yearbook Commercial Arbitration, 89 y sigtes. (1981)]. En el arbitraje "Kuwait v. Aminoil" [IX Yearbook Commercial Arbitration, 71 y sigtes. (1984)], se fijó la extensión de la indemnización teniendo en cuenta las "legítimas expectativas de las partes" e incluyó el lucro cesante.

Estas concepciones han sido objeto de diversas críticas, y aún sus sostenedores no están totalmente de acuerdo acerca de su contenido y métodos.

Se ha señalado que insertar una contratación en la que el Estado y un particular son parte dentro del marco del derecho internacional público importa o bien conferirle a éste último la calidad de sujeto de derecho internacional público o bien poner directamente a su disposición una serie de derechos y medios coercitivos propios de los sujetos originarios del derecho internacional público, es decir, los Estados [18]. Se afirma que lo primero no es admisible en tanto y en cuanto un Estado no puede conferir unilateralmente la calidad de sujeto de derecho internacional público a quien no lo era originariamente, pues esa es una facultad privativa de la comunidad de los Estados nacionales; además, no parecería lógico que un particular participe del mismo acto normativo (el contrato entre el Estado y el particular) del cual recibe la calidad de sujeto de derecho internacional público y, de esa manera, se coloque a sí mismo en un rango que lo arranca de su esfera privada normal para acceder a una situación privilegiada que pone a su alcance facultades y poderes normalmente reservados a los Estados cuando han sufrido un desmerecimiento en sus derechos [19].

En cuanto a lo segundo, se destaca que al colocarse el sujeto privado en una esfera "internacionalizada" o "transnacional", se acrecientan notablemente sus poderes frente al Estado al adquirir facultades para mantener la estabilidad o rigidez del contrato que son propias de las relaciones de Estado a Estado. Paradójicamente, ello significa que al "publicizarse" la situación del particular ante el Estado mediante su encuadre directo o indirecto dentro de la esfera del derecho internacional público se "privatiza" la situación del Estado ante el particular [20]. En otras pala-

[18] W. Wengler, *Les accords entre Etats et Entreprises sont-ils des traités de Droit International?*, 76 Rev. Gen. de Droit International Public, 313 y sigtes. (1972).

[19] F. Rigaux, *Des Dieux et des Héros*, 47 Rev. Crit. Droit Internat'l Privé, 435 y sigtes (1978).

[20] A. Fatouros, *International Law and the Internationalized Contract*, 74 A.J.I.L., 134 y sigtes. (1980).

bras, el acceso del particular al ejercicio de facultades soberanas propias de los sujetos originarios del derecho internacional público tiene como corolario la asimilación del Estado a un sujeto de derecho privado, en principio antitética con el rol reservado a éste —sin perjuicio de la reciente evolución en materia de inmunidades soberanas del Estado ante los tribunales nacionales de otros Estados—[21], por el mismo derecho internacional público.

Si la internacionalización así operada fuera real, deberían imponerse correlativamente obligaciones a nivel del derecho internacional público sobre el contratante particular y los países donde se sitúa su centro de decisiones o donde se irrogan los beneficios de su actividad económica. Así se ha sostenido, por ejemplo, que la "internacionalización" o "transnacionalización" del contrato entre Estado y particular debería crear obligaciones de derecho internacional público en tales países para, por ejemplo, forzarles dentro de su territorio a hacer efectivas las condenas contra el contratante privado por su incumplimiento contractual y a reconocer la extensión de responsabilidad del contratante privado a sus controlantes situados fuera del territorio del Estado parte en caso de actuación fraudulenta o ilícita de aquél dentro o fuera del marco de un proceso concursal[22]; obsérvese al respecto que los deseos de los países más débiles de que se introduzcan códigos de conducta que los países exportadores de servicios, capitales o conocimientos habrían de hacer cumplir imperativamente a las *parent companies* radicadas en esos países —lo que sería compatible con la creación de una obligación internacional del país de origen del inversor de hacer cumplir esas normas, cuya infracción originaría una responsabilidad internacional por parte de éste ante el país receptor que ha sufrido perjuicios porque el país de origen no las hizo aplicar— no ha tenido éxito

[21] H. Grigera Naón, *Nuevas Orientaciones en Materia de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados*, 1 Anuario de Derecho Internacional Público, 41 y sigtes. (1981).

[22] C. F. Amerasinghe, *State Responsability for Injuries to Aliens*. 96 (1967); W. Wengler, *Nouveaux Aspects de la Problématique des Contrats entre Etats et Personnes Privées*, 14 Rev. Belge de Droit Internat'l, 415 y sigtes. (1978/1979).

hasta ahora. Esto sugiere pues que una internacionalización que sólo beneficiara unilateralmente a una de las partes en juego no sería equitativa [23].

Estos y otros reparos han conducido a sectores importantes de la doctrina partidarios de la internacionalización o transnacionalización de los contratos entre Estados y particulares a tratar de atenuar algunos de sus aspectos más limitativos de las facultades soberanas del Estado parte. Partiendo de la base de que esa internacionalización o transnacionalización no puede ignorar la circunstancia de que el Estado persigue finalidades de bienestar general inherentes a sus funciones públicas en razón de las cuales en ciertas situaciones debe permitírsele salir de sus compromisos contractuales, algunos autores afirman que tanto el derecho internacional público cuanto el derecho transnacional someten los contratos internacionales entre Estado y particular a un conjunto de principios generales del derecho público que recogen la concepción del contrato administrativo consagrada por numerosos sistemas jurídicos nacionales, particularmente por el francés [24].

La consecuencia de este enfoque sería que el Estado en ciertos casos tendría *derecho* a dejar lícitamente sin efecto o modificar unilateralmente por motivos de bien común, un contrato internacionalizado o transnacionalizado (con lo cual el remedio de *restitutio in integrum* no podrá ser invocado por el particular ante el Estado), pero a cambio el Estado deberá resarcir al par-

[23] A. Fatouros, *supra,* en nota 20; H. Beade: *The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises* en "Legal Problem of Codes of Conduct for Multinational Enterprises", (N. Horn E.), 3 y sigtes. (1980).

[24] A. Fatouros, *The Administrative Contract in Transnational Transactions: Reflection on the Uses of Comparison,* Ius Privatum Gentium, Festschrift fur Max-Rheinstein, 259 y sigtes. (1969); P. Weil, *Problemes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier.* 128 Recueil, 101 y sigtes. (1969); Ph. Leboulanger *ob. cit., supra,* nota 1, 254 y sigtes.; otros autores entienden que deben crearse "reglas específicas" a través de la jurisprudencia arbitral que reconozca el ejercicio de ciertas facultades soberanas del Estado acompañadas de una adecuada protección del contratante privado: J. Verhoeven: *Arbitrage entre Etats et Entreprises Etrangeres: des Regles Spécifiques?,* 4 Revue de l'Arbitrage, 609 y sigtes. (1985).

ticular el daño sufrido en razón de la rescisión contractual. El mérito de esta concepción es que en vez de privatizar arbitrariamente la relación contractual respecto del Estado al aplicarle exclusivamente principios generales del derecho derivados del derecho privado, permite tener en cuenta principios generales de derecho público que autorizarían en determinadas situaciones a dejar de lado el principio *pacta sunt servanda* [25].

No obstante, en la práctica esta concepción no ha sido receptada por decisiones arbitrales referentes a este tipo de contratos [26]. Por otra parte, admitir que el régimen de los contratos administrativos es aceptado globalmente, no importa necesariamente una uniformidad de soluciones en todos los países en cuestiones claves tales como definir los contratos que habrán de acceder a este régimen especial de derecho público, las hipótesis en que la nulidad o anulación, revocación o modificación unilateral de tales contratos debe considerarse lícitamente permitida, los criterios para juzgar si las razones de utilidad pública para ejercer facultades exorbitantes del derecho común se encuentran presentes, el régimen que regula tales situaciones y la extensión, medida o forma de calcular y pagar el ajuste o la indemnización en caso de rescisión, modificación o revocación [27]. Pueden existir entonces poderosas razones

[25] La teoría francesa del contrato administrativo permite bajo ciertas reglas al Estado dejar sin efecto lícitamente el acuerdo contractual o modificarlo por vía unilateral contra el pago de indemnización o con la carga de mantener la ecuación económico-financiera: A. Laubadere-F. Moderne-P. Delvolvé, I y II Traité des Contrats Administratifs (1983-1984).

[26] Los casos Topco/Calasiatic y Kuwait/Aminoil (*supra,* nota 17) claramente rechazan la aplicación de esta doctrina. La teoría del contrato administrativo no es aceptada por los Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, la República Federal de Alemania e Italia; H. Mairal, *La Teoría del Contrato Administrativo y los Contratos Petroleros,* Conferencia pronunciada en el Seminario sobre Contratos de Explotación y Producción de Petróleo en Argentina, Mar del Plata, 4 de abril de 1987. Esto torna cuestionable la aceptación de la teoría del contrato administrativo como principio general del derecho desde la óptica del derecho internacional público o del derecho transnacional.

[27] Por ejemplo, a diferencia de Francia, el derecho administrativo argentino autoriza aún la modificación unilateral por el Estado de las cláusulas financieras del contrato administrativo. H. Mairal, *ob. cit., supra,*

de derecho constitucional y de derecho público que impidan a un Estado, aún si se le garantiza la aplicación de principios generales de derecho público, la "transnacionalización" o "internacionalización" de su contratación con el particular de otro país [28].

Además, queda siempre pendiente la cuestión de resolver cuál es el derecho aplicable para determinar la invalidez o nulidad de los actos administrativos a través de los cuales los Estados ejercen sus potestades para contratar con los particulares o aprobar dichas contrataciones: una posibilidad es tener en cuenta el derecho público, administrativo y constitucional del Estado parte (la capacidad o competencia se rigen por la ley personal), el que también regularía tanto el régimen de invalidación de los actos administrativos ilegítimos por los cuales se hubiera aprobado la contratación o las potestades para celebrar un contrato administrativo o de la administración, así como las consecuencias de tal invalidación, cuanto la revocación por motivo de oportunidad o conveniencia de actos o contratos administrativos legítimos. Pero también podría pensarse —lo que posiblemente suscitará conflictos con el derecho constitucional y el derecho público general del estado parte— que estas cuestiones son parte de la ley contractual, por lo cual están regidas por los "principios generales del derecho administrativo" aplicables a los contratos internacionalizados aunque su contenido no coincida en esas materias con el derecho administrativo del Estado parte.

Esta concepción tampoco resuelve el problema de la asimetría entre las obligaciones derivadas de la internacionalización o transnacionalización a cargo del Estado parte y las que corresponda imponer a los Estados donde se encuentra el contratista privado o su controlante y, fundamentalmente, deja abierto el inte-

---

nota 26. Acerca de la ausencia de reglas precisas en el derecho internacional público sobre otras cuestiones próximas, tales como expropiaciones, nacionalizaciones e indemnización compensatoria, ver I. Shihata, MIGA and Foreign Investment (1988), 217-249.

[28] M. Sornarajah, *Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts*, 5 Journal of International Arbitration, 97-114, 99 (1988). Nota: General Principles of Law in International Commercial Arbitration, Harv. Rev. (1988), 1816-1834, 1819, 1823.

rrogante de si se puede someter al Estado parte a un régimen "abstracto" de principios generales que si bien serían propios de la teoría general de los contratos administrativos, en razón de su misma abstracción pueden ser inidóneos para alcanzar los fines de bienestar general concretos de ese mismo Estado con la eficacia permitida por su propio derecho administrativo. Obsérvese que en estas materias que afectan el ejercicio de facultades soberanas, existen normas de policía o de raigambre constitucional de ese Estado que pueden recoger la teoría del contrato administrativo aunque adaptada a sus particulares ideas y necesidades políticas, institucionales y económicas [29]. Parece contradictorio pretender introducir un esquema aparentemente destinado a lograr un régimen funcionalmente más adecuado para los contratos entre Estados y particulares en razón de la naturaleza "administrativa" de aquéllos, pero neutralizar simultáneamente, merced a una definición abstracta y general de dichos principios, el régimen concreto referente a los contratos administrativos observado por dicho Estado, que supuestamente encarna acabadamente su noción del interés general. Por otra parte, con insistencia se ha destacado la imprecisión de principios generales del derecho, de difícil determinación o predicción al momento de contratar y, por ende, recién conocidos *ex post facto* al ser revelados por el árbitro al pronunciar su laudo respectivo [30].

Con gran sentido práctico, sin embargo, los abogados que redactan contratos entre Estados y particulares han ideado cláusulas que permitan mantener o equilibrar la aplicación de principios o reglas de fuente extranacional. Un ejemplo interesante es un contrato de concesión petrolífera entre un grupo de compañías privadas extranjeras, la compañía estatal Siria de Petróleo [*Syrian Petroleum Company*] y el Gobierno de Siria [31].

[29] Particularmente en cuanto a la validez, forma, contenido y régimen de terminación contractuales, incluida la indemnización, Ph. Leboulanger, *ob. cit., supra,* nota 1, pág. 205.

[30] Acerca de la abstracción antifuncional de los principios generales del derecho para regir contratos entre Estados y Particulares, ver J. Stöll, *Vereinbarungen zwischen Staat und auslandischen Investor,* (1982).

[31] Contrato de Exploración, Desarrollo y Producción de Petróleo en-

En el contrato se distinguen las relaciones entre el gobierno sirio y las restantes partes, y la *Syrian Petroleum Company* y estas últimas. Las compañías privadas se someten al derecho sirio en la medida en que no sea incompatible con el contrato [32]. Este dispone, por ejemplo, su sumisión a las leyes fiscales sirias, sin perjuicio de cristalizar algunas de sus disposiciones a la fecha del contrato (tal como la tasa máxima de impuesto a las ganancias aplicable) [33]. Simultáneamente se establece que la ejecución por los contratistas privados de sus obligaciones se rige por los principios de soberanía y seguridad nacionales de Siria tal como se encuentran establecidos por las leyes, normas y reglamentos de ese país [34]. El gobierno sirio no asume responsabilidad alguna si el contrato se incumple en caso de fuerza mayor salvo que ésta haya sido causada u ordenada por el gobierno sirio [35]. Sin embargo, todas las controversias entre los contratistas privados y el gobierno sirio —incluídas las concernientes a la existencia de fuerza mayor y fijación de la indemnización en este último caso— se someten a la jurisdicción de los tribunales estatales de Siria [36].

En cambio, toda desaveniencia entre la *Syrian Petroleum Company* y dichos contratistas deberá ser resuelta por medio de arbitraje en París bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional. En esa exclusiva hipótesis, el contrato será interpretado conforme a los principios comunes de los derechos de Siria y de los países de los contratantes privados (Estados Unidos de Norteamérica, Países Bajos, Gran Bretaña y la República Federal de Alemania). En ausencia de esos principios comunes, se aplicarán "...los principios de derecho reconocidos por las naciones civilizadas en general, incluidos los aplicados

---

tre la República Arabe Siria, Syrian Petroleum Co., Pecten Ash Sham Company, Syria Shell Development B.V., Déminex Petroleum Syria GMBH [26 I.L.M. 1186 (1987].

[32] Art. XVIII (1), pág. 1208.

[33] Art. XVIII (2) [4], pág. 1208.

[34] Art. XVIII (6), pág. 1210.

[35] Art. XXII (B) y (C), pág. 1212.

[36] Art. XXIII (A), pág. 1213.

por Tribunales Internacionales" [37]. Este aspecto es interesante pues la relación contractual se desarrolla esencialmente entre la compañía petrolífera siria y los contratantes privados, mientras que el Estado sirio participa fundamentalmente como otorgante de la concesión petrolífera a todas ellas y perceptor del canon respectivo [38].

De todas maneras, las indefiniciones anteriormente señaladas, unidas a los inconvenientes que plantea el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados contra Estados en razón de contrataciones e instancias arbitrales desnacionalizadas y a la incertidumbre sobre las bases en que tales instancias fundarán sus decisiones [39], hacen aconsejable preguntarse si no es más conveniente partir del principio de que salvo la existencia de tratados internacionales no incompatibles con el *ius cogens* que autoricen lo contrario, los contratos internacionales entre Estados y particulares y los límites dentro de los que la decisión de controversias derivadas de éstos pueden ser sometidas al arbitraje, se encuentran regidos por el derecho internacional privado, que normalmente remitirá en muchas de las materias pertinentes, al derecho del Estado parte en la contratación, donde se encuentra localizado el "centro de gravedad" del contrato [40].

Si tomáramos como ejemplo el derecho internacional privado argentino, observaríamos que la capacidad para contratar del Estado Argentino —incluida su capacidad y competencia para cele-

[37] XXIII, pág. 1213.

[38] Arts. III, VII, págs. 1193-1194; 1199-1203.

[39] Ver artículos de G. Delaume y H. Fox en *Contemporary Problems of International Arbitration* (J. Lew, Gen. Ed.), 313 y sigtes.; y 29 y sigtes. (1986); ídem, G. Bernini y A. J. Van den Berg: *The enforcement of arbitral wards against a State: the problem of immunity from execution,* 359 y sigtes. Sin embargo, ver Cour d'Appel de Rouen, "Societé Europeénne d'Etudes et d'Entreprises c/ Republique de Yugoslavie", 74 Rev. Crit. Droit Internat'l Privé, 659 y sigtes. (1985) (Nota Mayer); Cour de Cassation "Etat Francais et autre c/ Soc. Europeénne d'Etudes et d'Entreprises et autre", 76 Rev. Crit. Droit International Privé, 786 y sigtes., (1987) (Nota Mayer).

[40] B. Goldman, *Le Droit applicable selon la Convention BIRD,* en "Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées, 134 (1969).

brar un acuerdo arbitral— se encuentra regida por la ley de la Argentina, donde debe reputarse domiciliado [41].

En materia de sometimiento al arbitraje, la doctrina y jurisprudencia argentinas han distinguido tradicionalmente entre aquellos casos en los que el Estado argentino actúa como simple persona jurídica de derecho privado, y aquéllos donde su actuación es propia del derecho público. En la primera situación, el Estado o sus entidades autárquicas y sociedades del Estado negocian y contratan colocándose en el mismo nivel y sometiéndose a las mismas reglas que rigen a los particulares con los cuales se relacionan. El Estado es un comerciante o un sujeto de derecho privado más, y por ende, no podría recurrir a facultades exorbitantes del derecho común para modificar las obligaciones contractuales o eludir su cumplimiento [42]. Si incumple, puede ser en principio obligado a cumplir en especie su obligación, y si no fuera ello posible, deberá resarcir totalmente los daños y perjuicios causados a la parte privada, incluidos el daño emergente, lucro cesante y daño moral, si lo hubiere [43]. En estos casos, existe consenso —si no mediara ley especial que indique lo contrario—

[41] Los artículos 6 y 7 del Código Civil Argentino rigen la capacidad de hecho y de derecho de las personas físicas y jurídicas por la ley de su domicilio. El Estado se encuentra en principio domiciliado en su propio territorio: E. Busso, *I Código Civil Anotado,* 540 (1958). Dentro de éste, el Estado Argentino tiene su domicilio en la sede de su administración central (ídem, pág. 539), que no es otra que la Casa de Gobierno. También consagran el principio de que la capacidad del Estado se rige por la ley personal: Tribunal Federal Suizo. "Societé des Grands Travaux de Marseille v. People's Republic of Bangladesh et alia", Mayo 5, 1976. V Yearbook Commercial Arbitration, 217 y sigtes. (1980). ICC Award 1526, 101 Clunet, 915 (1974). Ver también Art. V 1 (a) de la Convención de New York de 1958.

[42] M. Marienhoff, III-A, *Tratado de Derecho Administrativo,* 88/89 (1983); N. Matienzo, *II Cuestiones de Derecho Público Argentino,* 7 (1925); A. Fahri, *El Arbitraje en los Contratos de Obras Públicas.* 28, *L.L.,* 922 y sigtes. (1942).

[43] Arts. 505 y concordantes, Código Civil Argentino. La ejecución en especie no es posible en materia de contratos administrativos. E. Guastavino, *Indemnizaciones por la Actividad Lícita Lesiva del Estado,* 118, *E.D.,* 192; Idem; A. Laubadere-F. Moderne-P. Devolvé, *ob. cit., supra,* nota 25, Vol. I, 778/779.

de que el Estado puede pactar el arbitraje con la misma extensión y límites que cualquier particular [44]. Es decir, mientras que el objeto litigioso pueda ser susceptible de transacción y se encuentre en el comercio [45]. Ello no importa sustraer del arbitraje en que el Estado es parte toda cuestión que afecte la aplicación del orden público o de normas imperativas, sino tan sólo aquella que pueda encontrarse específicamente excluida del arbitraje por el orden público [46]. Así, el Estado no podría someter al arbitraje la determinación de la validez o invalidez de sus atribuciones o potestades soberanas o de su ejercicio, la decisión de si las cláusulas que importen restricciones a tales potestades han sido legalmente acordadas [47] ni, en general, aquellas cuestiones que afecten al Estado como poder público.

[44] M. Marienhoff, *of. cit., supra,* nota 34, 597/598; C. Zavalía, I, Derecho Federal, 413-418, (1941); C. S. Fallos, "Mihanovich", 166-133, "Puerto de Rosario", 173-221; 152-347; "Cayetano Paino", 235-94.

[45] Artículo 737, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Artículos 19, 21, 844 Código Civil Argentino. Cabe observar sin embargo, que por un viejo decreto del 15 de diciembre de 1933, se prohíbe a las reparticiones nacionales estipular el juicio de árbitros o amigables componedores para resolver controversias referentes a los contratos que concierten con los particulares: 44 *J.A.* (Legisl.), 56.

[46] H. Grigera Naón, *El Arbitraje comercial en América Latina,* 4, Revista del Derecho Industrial, 1 y sigtes., 8 (1980). Debe descartarse la postura de cierta jurisprudencia por la cual se excluye de la decisión de los árbitros cuestiones que importen la aplicación o interpretación de normas jurídicas imperativas o de puro derecho (ver fallos de la Corte Suprema citados en nota 49 *infra*), Sin embargo, esta postura no ha sido siempre compartida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal: "Volonté c/ Volonté", *L.L.*, 1978, nº 44, marzo 2 de 1979, pág. 3; "Anduiza c/ Goyenechea", 127, *L.L.*, pág. 117 y sigtes.; "Lago c/ Rodríguez", 128, *L.L.*, pág. 132.

[47] El arbitraje será posible siempre que no se afecte el "orden o sistema constitucional, ni implique un agravio o razonamiento a la autoridad del Estado, ni a su soberanía", M. Marienhoff, *ob. cit., supra,* nota 42, pág. 602. "Cuando una de las partes es el Estado, tampoco pueden ser sometidas al fallo de árbitros, con prescindencia de los jueces, las cuestiones que lo afectan como poder público o las atribuciones de la soberanía", C. S., "Cía. Italo-Argentina de Electricidad", Fallos, 293-178; R. Bullrich, "La Naturaleza Jurídica de la Concesión de Servicios Públicos y la Jurisdicción Competente para interpretar sus Cláusulas", 51, *J.A.*, 1935,

De forma tal que si bien un árbitro que debe entender en un litigio referido a una contratación en la que el Estado interviene como persona de derecho privado no puede decidir acerca de la procedencia, validez o invalidez del ejercicio de potestades soberanas, sí tendrá potestad suficiente para fijar el resarcimiento (incluido daño emergente, lucro cesante y daño moral) debido al particular bajo la legislación aplicable en caso de incumplimiento por el Estado [48]. Si el litigio involucrase una contratación en la que una sociedad del Estado o un ente autárquico es parte, el árbitro probablemente tendría facultades suficientes para determinar si el acto soberano de la administración central que se invoca

---

22, 23, 41/42. La jurisprudencia ha decidido que "...cuando en litigio se debate la actuación administrativa de los poderes de gobierno en cumplimiento de funciones privativas que hacen a la gestión pública que se le ha confiado, no es admisible librar a la resolución de árbitros o arbitradores, el juzgamiento de la actuación de dichos poderes..." (Primera Instancia); no pueden someterse a los árbitros "...las cuestiones que afectan el orden público o social..." (Segunda Instancia): Cámara Federal de la Capital, "Cía. del Dock Sud de Bs. As. v. Gobierno Nacional", *J.A.*, 1943, t. IV, págs. 606-608. En este orden de ideas, se ha decidido que las cuestiones suscitadas entre el Estado y los particulares a raíz de una expropiación por razones de utilidad pública no pueden ser sometidas a arbitraje: Cámara Federal de la Capital "Gobierno Nacional v. Puerto de San Nicolás (S. A.)", *J.A.*, 1946, t. II, págs. 154-155. También, que los árbitros carecen de competencia para pronunciarse acerca de la validez de un contrato celebrado por una provincia cuando aquélla depende del pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la ley provincial que autorizó la celebración de dicho contrato: "Schmidt, F. H. (S. A.) [empresa constructora] v. Prov. de S. Juan", *J.A.*, 1938, t. 63. págs. 368-374. En realidad, estas restricciones a las facultades de los árbitros son también aplicables cuando se trata de controversias entre partes exclusivamente privadas cuando el ejercicio de potestades públicas está en juego, desde que las potestades soberanas no son susceptibles de transacción (art. 737, CP), y por ende, no son arbitrales.

[48] Estas serían cuestiones "financiero-patrimoniales" susceptibles de arbitraje: M. Marienhoff, *ob. cit., supra,* en nota 42, pág. 603; R. Bielsa, *La Decisión Arbitral cuando el Estado es parte; J.A.*, 1937, t. 59, págs. 365-369, 365, 367, 368.

para justificar el incumplimiento contractual debe ser considerado fuerza mayor o no [49].

Lo precedente, que se aplica a los arbitrajes desarrollados en la Argentina (aunque se trate de una contratación internacional entre el Estado y un particular extranjero), debe considerarse también en gran parte relevante cuando se somete al arbitraje fuera del país la decisión de controversias emergentes de un contrato entre el Estado argentino actuando como persona de derecho privado y un particular. La prórroga de jurisdicción en favor de árbitros que actúan fuera de la República tiene en esos casos la misma extensión y límites que la que podría tener idéntica prórroga convenida en un contrato entre particulares. Es decir, la prórroga será posible si está referida a un contrato internacional, no existe jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos para decidir la controversia, el litigio versa sobre cuestiones patrimoniales y no hay ley especial que prohíba dicha prórroga [50].

La internacionalidad de la relación jurídica estará dada para la opinión preponderante cuando los elementos esenciales del contrato (lugares de celebración, de ejecución y domicilio de las partes al momento de la celebración del contrato) se encuentran repartidos en más de un país. Es posible además que ante determinadas circunstancias los jueces argentinos entiendan que un contrato es internacional en razón de su conexidad con el comercio internacional aunque todos sus elementos constitutivos se encuentren localizados en la Argentina [51].

[49] Salvo las limitaciones apuntadas no hay límites para que los árbitros puedan entender y pronunciarse sobre cuestiones o temas jurídicos: C.S., Fallos, 173-221, "Puerto del Rosario", esp. 238/243; 152-347, "Puerto del Rosario"; esp. 352/354; M. Marienhoff, *ob. cit., supra,* en nota 42, 603/604.

[50] Artículo 1, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, H. Grigera Naón, Argentina (National Report) en International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement III, 1 y sigtes. (1985).

[51] H. Grigera Naón, *El Arbitraje Comercial Internacional en la Argentina,* 435 *Pensamiento Económico,* 79 y sig. (1986); Cám. nac. civil, sala "C", "Banco Ganadero Argentino c/ Municipalidad de la Capital", *L.L.,* 3, Diario del 23 de mayo de 1986. W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado,* 393 (1982). La sola vinculación económica entre un contacto totalmente localizado en la Argentina y un contrato internacional no autoriza

Más complejo es dilucidar cuándo existe jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos que impida la prórroga de jurisdicción en favor de árbitros o tribunales estatales extranjeros (trátese de casos en los que el Estado sea parte o no). Parece arduo establecer una lista de las hipótesis posibles, y la solución parece depender, en gran medida, del análisis concreto en cada caso por el tribunal interviniente. Corresponde señalar, sin embargo, que los tribunales argentinos pueden estimarse con jurisdicción exclusiva para decidir un litigio sometido al arbitraje extranjero si tienen motivo para creer que éste es parte de una maniobra destinada a evadir la aplicación del derecho internacional privado argentino.

Esto ocurrirá si el arbitraje, en conjunción con algún otro elemento del contrato —por ejemplo, la cláusula de selección del derecho aplicable— apunta a evadir la aplicación de normas substantivas o principios jurídicos nacionales de naturaleza imperativa que por su contenido o finalidad desean proyectar su aplicación a casos internacionales cualquiera sea la voluntad de las partes [52]. Ello es posible cuando tales normas son leyes de policía o de aplicación inmediata, cuando el centro de gravedad de la contratación se encuentra ubicado en la Argentina, o cuando existiendo un contacto argentino, el orden público internacional argentino es de preponderante relevancia para decidir el caso [53].

---

a considerar a este último como contrato internacional y regirlo en todo o en parte por normativa del foro [por ejemplo, reglas cambiarias] reservadas para operaciones con el exterior, salvo que las partes hubieren estipulado lo contrario o el principio de buena fe exigiera una solución distinta. [Cám. nac. com., sala "D"; abril 19-1988; "Banco Comercial del Norte c. Estancia La Limpia S.R.L."; *E.D.*, nº 7036, Julio 25, 1988, 1-4]. Parecidos principios son aplicables para determinar si en similares circunstancias a la contratación localizada en la Argentina puede pactarse la aplicación de derecho extranjero cuando existe esa vinculación.

[52] H. Grigera Naón: "Public Policy and International Commercial Arbitration: the Argentine Perspective", 3 J. Internat'l Arbitration, 7 y sig. (1986).

[53] H.Grigera Naón: "International Contract Law, "lois de police" and self-applicating rules: an Argentine Outlook', 19 Vortrage, Reden und Berichte aus dem Europa Institut, Universitat des Saarlandes, (1983).

Más complejo es dilucidar cuándo existe jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos que impida la prórroga de jurisdicción en favor de árbitros o tribunales estatales extranjeros (trátese de casos en los que el Estado sea parte o no). Parece arduo establecer una lista de las hipótesis posibles, y la solución parece depender, en gran medida, del análisis concreto en cada caso por el tribunal interviniente. Corresponde señalar, sin embargo, que los tribunales argentinos pueden estimarse con jurisdicción exclusiva para decidir un litigio sometido al arbitraje extranjero si tienen motivo para creer que éste es parte de una maniobra destinada a evadir la aplicación del derecho internacional privado argentino.

Esto ocurrirá si el arbitraje, en conjunción con algún otro elemento del contrato —por ejemplo, la cláusula de selección del derecho aplicable— apunta a evadir la aplicación de normas substantivas o principios jurídicos nacionales de naturaleza imperativa que por su contenido o finalidad desean proyectar su aplicación a casos internacionales cualquiera sea la voluntad de las partes [52]. Ello es posible cuando tales normas son leyes de policía o de aplicación inmediata, cuando el centro de gravedad de la contratación se encuentra ubicado en la Argentina, o cuando existiendo un contacto argentino, el orden público internacional argentino es de preponderante relevancia para decidir el caso [53].

---

a considerar a este último como contrato internacional y regirlo en todo o en parte por normativa del foro [por ejemplo, reglas cambiarias] reservadas para operaciones con el exterior, salvo que las partes hubieren estipulado lo contrario o el principio de buena fe exigiera una solución distinta. [Cám. nac. com., sala "D"; abril 19-1988; "Banco Comercial del Norte c. Estancia La Limpia S.R.L."; *E.D.*, nº 7036, Julio 25, 1988, 1-4]. Parecidos principios son aplicables para determinar si en similares circunstancias a la contratación localizada en la Argentina puede pactarse la aplicación de derecho extranjero cuando existe esa vinculación.

[52] H. Grigera Naón: "Public Policy and International Commercial Arbitration: the Argentine Perspective", 3 J. Internat'l Arbitration, 7 y sig. (1986).

[53] H.Grigera Naón: "International Contract Law, "lois de police" and self-applicating rules: an Argentine Outlook', 19 Vortrage, Reden und Berichte aus dem Europa Institut, Universitat des Saarlandes, (1983).

Debe destacarse sin embargo que serán muy raras las veces en las que, tratándose de contrataciones de derecho privado, la prórroga de jurisdicción en favor de árbitros extranjeros podrá ser cuestionada basándose en este tipo de argumentación. En realidad, los controles a los que se ha hecho referencia son los que determinarán si el laudo pronunciado en el extranjero puede o no ser reconocido y ejecutado en la Argentina. Salvo el caso en que la validez de la prórroga de jurisdicción sea considerada una vez que el laudo haya sido emitido y su reconocimiento o ejecución se requiera en la Argentina [54], cualquier pronunciamiento respecto de la validez de la prórroga sólo podrá plantearse en caso de solicitarse ante los tribunales argentinos una sentencia declarativa que determine antes de suscitarse un litigio si la prórroga pactada (y la cláusula arbitral sobre la que ésta se basa) es válida o no, o bien, si ya alguna de las partes ha iniciado una acción ante tales tribunales desconociendo la existencia de la cláusula arbitral, cuando la parte demandada interpone una excepción de incompetencia fundada justamente en la presencia de dicha cláusula.

En tales casos, el juez se encuentra obligado a anticipar cuál será el laudo que eventualmente emitiría el tribunal arbitral si el procedimiento arbitral no fuera interrumpido, con el objeto de predecir si ese laudo será incompatible o no con el derecho internacional privado argentino hasta el extremo de que haya que descontar que su reconocimiento o ejecución en la Argentina sería rechazado. En la mayoría de las veces, alcanzar ese grado de certeza cuando el procedimiento arbitral ni siquiera ha sido iniciado o se encuentra lejano de su culminación será una posibilidad remota, y creo que puede asegurarse que muy rara vez —posiblemente tan sólo cuando la norma de policía o el orden público internacional rechacen *ab initio* el arbitraje extranjero— podrá afirmarse la jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos, excluyente del arbitraje fuera del país, sentada sobre esa base.

Idem, *El Arbitraje Comercial en el Derecho Argentino Interno e Internacional Privado*, 163 Revista de Derecho Mercantil, 115 y sig. (1982).

[54] Arts. 517 y 519 bis, CP.

Cabe interrogarse, no obstante, si la presencia del Estado en la contratación no puede significar *per se* una hipótesis de jurisdicción exclusiva que impida la prórroga de jurisdicción, —aún tratándose de contratos internacionales de derecho privado o en los que el Estado interviene como "persona jurídica"—, en favor de árbitros extranjeros.

Los que así argumentan se basan en una interpretación textual del artículo 100 de la Constitución Nacional que somete la decisión de las causas en las que la Nación es parte [55] a los tribunales federales [56]. En el ámbito del arbitraje interno, la jurisprudencia ha dejado de lado esta postura tratándose de contratos privados en la medida en que, como hemos visto, no se someta a la decisión de los árbitros la validez o ejercicio de potestades soberanas o de derechos públicos del Estado o actos administrativos que afecten a tales contratos. Pero si bien el procedimiento y laudo arbitrales se encuentran sometidos, cuando el arbitraje es interno, a las facultades de revisión y control reservadas a las autoridades estatales argentinas con jurisdicción en el lugar donde se desarrolla el arbitraje, incluidos, si fuera apropiado, los tribunales federales, no sucede lo mismo cuando la decisión de la controversia se confía a árbitros que se desempeñan fuera del país, pues la prórroga de jurisdicción importa en este caso excluir totalmente el ejercicio de cualquier poder jurisdiccional de todo y cualquier tribunal argentino para supervisar o controlar el arbi-

[55] "Nación" incluye no sólo al Estado sino también a las entidades autárquicas y sociedades del Estado que pueden comprometer la eventual responsabilidad del Estado: G. Bidart Campos, *La Jurisdicción Federal*, 18, *E.D.*, 511, esp. pág. 524.

[56] Cámara Federal de la Capital, "Unión Fabricantes de Tejidos de Yute de España v. La Nación", con nota "La Nación y el Arbitraje" de C. Zavalía, *J.A.*, 1932, pág. 366 y sigtes. Opinión del Procurador del Tesoro de la Nación, del 25 de julio de 1973 en el caso "Dirección General de Fabricaciones Militares c/Eximbank y otro", II-4, *Dictámenes*, 152 y sigtes. (1973). Esta opinión fue dejada de lado en el mismo caso por una nueva opinión contraria (de fecha 14 de agosto de 1973), II-4, *Dictámenes*, pág. 162 y sigtes. (1973). D. Vilaseca de Palacio, *Algunos Aspectos del Derecho Internacional Procesal de la Jurisprudencia Administrativa*, 39 Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 309 y sigtes (1974).

traje y su resultado (mientras no se persiga, en relación con este último, la ejecución o reconocimiento del laudo extranjero en la Argentina).

Sin embargo —como ya adelantáramos —la doctrina y la legislación vigentes [57] rechazan también en términos generales que la mera presencia del Estado en una contratación internacional impida pactar la intervención de árbitros extranjeros para la decisión de controversias salvo cuando el ejercicio de atribuciones soberanas o derechos públicos del Estado se vean comprometidos. Se afirma, además, que esa prórroga no será posible cuando la acción o litigio está basado directamente en un reclamo inmediatamente originado en una disposición de la Constitución Nacional, tratados internacionales o leyes federales [58]. Otra opinión

[57] El mismo artículo 765 Código Procesal admite la posibilidad de que el Estado nacional o provincial sea parte en un proceso arbitral al disponer que los jueces o funcionarios del poder judicial *sólo* pueden ser árbitros en litigios en que el Estado sea parte. La reciente ratificación de la Convención de Nueva York de 1958 acerca del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros [Ratificada por ley 23.196 del 28 de setiembre de 1988 y promulgada por Decreto 1524/88 (Boletín Oficial nº 26.501, 4-11-88, págs. 1/3)] confirma esta circunstancia. El artículo 1 (1) de esta Convención, al establecer que es aplicable a personas jurídicas, alude también a las personas jurídicas estatales en su actuación comercial en sentido amplio: A. J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (1981), 279.

[58] J. M. Gondra, *Jurisdicción Federal,* 25-30, (1944) [basándose en que la expresión "...todas las causas..." contenida en el artículo 100 de la Constitución Nacional y en su fuente, el artículo 3[2] de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica con relación a esos casos, excluye imperativamente toda posibilidad de exclusión o prórroga de la justicia federal en esas cuestiones]. G. Bidart Campos. *ob. cit., supra,* nota 55, 511, 524/525; 531/532. No obstante, el árbitro no se encuentra automáticamente descalificado en un arbitraje donde el Estado es parte (y, en general, en cualquier arbitraje) para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de leyes o disposiciones para aplicar leyes nacionales [Fallos, 173-221, esp. pág. 242]. Sólo queda excluida la jurisdicción arbitral cuando las cuestiones constitucionales o de interpretación aparecen "... como parte central y principal del pleito" [J. M. Gronda, *ob. cit.,* 145]; es decir, que la Constitución, las leyes nacionales o los tratados constituyen "...el fundamento de la acción que se ejercita". D. Lascano: Ju-

entiende que en esos casos, sólo la jurisdicción apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede ser desplazada por ley o acuerdo de partes. La efectividad de dicha jurisdicción quedaría frustrada si la decisión eventualmente impugnable —el laudo arbitral— se dicta fuera del país [59].

Entonces, conforme a la posición preponderante, ni la jurisdicción federal de los tribunales inferiores ni la jurisdicción apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrán ser apartadas mediante el arbitraje en el extranjero cuando haya que juzgar la validez, renunciabilidad o ejercicio de prerrogativas o potestades soberanas, derechos públicos o actos administrativos del Estado que afecten a la contratación privada, aún si ésta ha

---

risdicción y Competencia, 353-356, (1941). Fuera de esos casos, la prórroga sería posible si mediare decreto del poder ejecutivo nacional autorizándola en el caso específico o autorización genérica por ley del Congreso: Id., 525. Ver también Bidart Campos, II *El Derecho Constitucional del Poder,* 365/367 (1967). Como se discute si un mero decreto del poder ejecutivo es suficiente a ese efecto si no media ley previa que autorice la prórroga en materia determinada, lo que dificulta concertar esta última respecto de préstamos internacionales en los que el Estado argentino es parte, se modificó el Artículo 48 de la ley 16.432 a través del Art. 7º de la ley 20.548, que permite genéricamente al Estado nacional prorrogar la jurisdicción en favor de tribunales o árbitros extranjeros en contratos de préstamo: C. Onetto, *Actual Concepto de Inmunidad Soberana, E.D.,* 93, nº 52-31, 22 de mayo de 1981, 1 y sigtes., R. Ramayo: *El artículo 100 de la Constitución Nacional o la Nación como parte ante los tribunales de otro país, L.L.,* del 16-6-1976, Año XLI, nº 115, 1-4. Distintos entes o compañías estatales argentinos desempeñándose como contratistas privados han pactado el arbitraje comercial internacional en relación con una amplia gama de operaciones, tales como reaseguros, adquisición de barcos y aviones, compras de gas, construcción de gasoductos: H. A. Grigera Naón-J. Samtleben: *Schiedsgerichtsbarkeit in Argentinien,* 10 RIW, (1983), 721-731.

[59] Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Y. P. F. y Sargo S. A.", *L.L.,* 1975, t. A, *L.L.,* págs. 540-552; se refiere tanto a la jurisdicción apelada ordinaria [art. 3, Ley 4055; Dto. Ley 1285/58, art. 24(2), (3), (6)], art. 101 Const. Nac.], cuanto a la extraordinaria [art. 14, ley 48].

sido genéricamente sometida al arbitraje [60], o cuando la soberanía se considera vitalmente afectada porque el litigio en que el Estado es parte se origina en la Constitución Nacional, leyes nacionales o tratados con las Naciones extranjeras [61]. Con excepción de esas cuestiones, aunque el Estado sea parte, el árbitro situado en el extranjero podrá juzgar e interpretar el contrato, el cumplimiento o incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones contractuales y las consecuencias de dicho incumplimiento conforme

[60] A. G. Spota, *La cláusula compromisoria en el derecho administrativo,* nota al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Simonini v. Gobierno Nacional", *J.A.*, 1943, t. I, pág. 604 y sigtes.; C. S., "Cía. Italo Argentina de Electricidad v. Gobierno Nacional", y la nota de R. Bielsa, *La Decisión Arbitral cuando el Estado es Parte, J.A.*, 1937-59, pág. 365 y sigtes. En el Protocolo suscripto el 5 de junio de 1963 por Estados Unidos de Norteamérica y la Argentina (I. L. M., II, 1963, 776), referente al acuerdo acerca de garantía a la inversión extranjera suscripto por ambos países [Ley 15.803, ADLA, 1961, XXI-A, 15-17] se excluye del arbitraje entre ambos países todo reclamo contra la Argentina por el cual el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica actúa como subrogado en los derechos de un inversor extranjero, si versa sobre cuestiones que conciernen esencialmente a la jurisdicción interna de un Estado soberano. Se enumeran, entre tales cuestiones, toda cuestión contemplada en la Constitución Argentina o en las leyes argentinas en relación con los motivos, ocasión o legitimidad de una expropiación y toda sentencia final pronunciada por los tribunales argentinos sobre cualquier cuestión contemplada en las leyes de la Argentina o en su Constitución (art. 3 [b]). Al ratificar la Convención Interamericana de Costa Rica de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, el gobierno argentino formuló una reserva acerca del alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por aquélla. Luego de señalar que el Gobierno Argentino interpretará la Convención a la luz de los principios y cláusulas de la Constitución Nacional, se declara en un Anexo que el artículo 21 (2) de la Convención, que establece que nadie puede ser privado de su propiedad sin compensación justa y sin razones fundadas en la utilidad pública o el interés social, no puede ser interpretada como permitiendo la revisión por un tribunal internacional de cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno o decisiones de los tribunales argentinos acerca del significado o contenido de "utilidad pública", "interés social" o "indemnización justa" [Reserva de Agosto, 14, 1984]. Ver E. J. Hardoy, *El tratado de San José de Costa Rica*, 48 Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 93-103, (1988).

[61] J. M. Gondra, *supra,* nota 58, 28.

al derecho común —nacional o extranjero— que sea aplicable conforme a las reglas de derecho internacional privado tenidas en cuenta por el árbitro.

Estas serían, pues, hipótesis de jurisdicción exclusiva de los tribunales federales argentinos que excluyen el arbitraje extranjero respecto de esas cuestiones (art. 1, Cód. Proc.).

Independientemente de ello, la capacidad o competencia del Estado para celebrar el contrato internacional con el particular de otro Estado o la legitimidad de la concertación de ese acto jurídico por el Estado —incluida la cláusula arbitral— estarán regidos por el derecho público argentino, que es aplicable conforme al derecho internacional privado general, ya sea porque se las considere dentro del ámbito de aplicación de la ley personal o porque determinándose la competencia y facultades de los órganos del Estado por normas del derecho público propio, aquéllas se encuentran regidas por normas propias de policía o son materias referentes al poder de autoorganización del Estado que caen exclusivamente dentro del ámbito de su competencia legislativa, y que el árbitro extranjero deberá aplicar y respetar [62].

Similares problemas se plantean respecto de la arbitrabilidad en materia de contratos administrativos. Para algunos son contratos administrativos aquéllos en los que el Estado participa y que se refieren a la consecución de un fin público o propio de la administración, o los que confieren a la administración facultades o derechos en su favor exorbitantes del derecho común. Habría pues contratos administrativos por razón del objeto (en cuyo caso, la administración gozaría implícitamente de ciertas facultades exorbitantes del derecho común) y contratos considerados admi-

[62] En consecuencia, desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho público argentinos los árbitros no podrían ejercer al respecto su "Kompetenz-Kompetenz" y corresponderá a los tribunales federales decidir si el Estado se sometió al arbitraje extranjero a través de los funcionarios, órganos y procedimientos legitimados para hacerlo. Spota, *II Tratado de Locación de Obra,* págs. 444/469 (1976). P. Mayer, *Droit International Privé et Droit International Public sous l'angle de la notion de compétence,* 68 Rev. Crit. Dr. Int'l Privé, 349-388 [1979]; del mismo autor, *Les Lois de Police Etrangerés,* 108 Journal du Droit International (Clunet, 276-345; 302-303, [1981]).

nistrativos porque sus cláusulas concretamente confieren a la administración tales facultades [63]. Sin embargo, la definición de qué es contrato administrativo en el actual estado de derecho argentino parece ser considerablemente laxa y de límites no bien definidos, pese a tener la trascendente consecuencia de someter a la contratación así calificada a un régimen preponderante y especial de derecho público [64].

Ese régimen de derecho público importa que el contrato administrativo debe haber sido concluido conforme a las reglas de competencia o capacidad, causa, finalidad y forma [65] previstas al respecto por el derecho público argentino. Éste disciplina aspectos específicos de su régimen general, tales como la capacidad o competencia para celebrar el contrato administrativo, el régimen de validez y de vicios del consentimiento, las facultades o prerrogativas de las que el Estado goza unilateralmente respecto de

[63] Sobre los distintos criterios para determinar la existencia de un contrato administrativo bajo el derecho argentino, M. Marienhoff, III-A, *Tratado de Derecho Administrativo,* pág. 36 y sigtes. (1983); H. G. Escola, *ob. cit., supra,* nota 3, I, pág. 85 y sigtes.; M. A. Bercaitz, *ob. cit., supra,* nota 3, 219 y sigtes.; esp. 246. J. C. Casagne, *Cuestiones de Derecho Administrativo,* 71 y sigtes. (1987). Las facultades exorbitantes pueden no estar previstas en el contrato pero nacer de la legislación específicamente aplicable a éste o pueden en principio proceder por ser calificable el contrato como administrativo en razón de haber sido celebrado por el Estado persiguiendo directamente fines de bien común (potestades exorbitantes implícitas). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que contrataciones en las que un ente estatal es parte y que están sometidas a través de condiciones generales que regulan las contrataciones que contrae a un régimen general de derecho público, conjuntamente con los objetivos de carácter público perseguidos por dicho ente, deben ser consideradas contrato administrativo: C. S. Abril 26, 1984. "Ferrocarriles Argentinos (EFA) c. Papadopulos, J.", *E.D.,* (110), 1985, 614-616; C. S. Abril 26-1984, "Gas del Estado, Sociedad del Estado c. International Sales Division General Electric Co.", *E.D.,* (110), 1985, 610-613, con nota de J. C. Cassagne, "Naturaleza Administrativa de Ciertos Contratos celebrados por Empresas Estatales", R. Coviello, *El Criterio de Contrato Administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E.D.*

[64] M. A. Bercaitz, págs. 242/243; H. G. Escola, I, págs. 262/263.

[65] M. A. Bercaitz, 257/300; H. G. Escola, I, 252 y sigtes.

dicho contrato, incluido el régimen que regula el ejercicio de facultades exorbitantes de derecho común, la nulidad del contrato o su revocación por razones de oportunidad o conveniencia, y sus consecuencias [66]. Lo mismo puede decirse respecto de los actos administrativos que el Estado emita respecto de un contrato administrativo.

El arbitraje no podría ser un mecanismo para sustraer implícitamente al contrato administrativo del régimen de derecho público que le es propio. Por otra parte, ciertas cuestiones esenciales, como las referentes a la competencia o capacidad del Estado parte, no son arbitrables [67]. Por ello, sólo un cuidadoso examen frente a cada tipo de contrato administrativo concreto permitirá determinar qué materias son susceptibles de arbitraje o no, Los árbitros podrán fijar, por ejemplo, la indemnización que deberá abonar el Estado al particular por rescisión unilateral del contrato en ejercicio de sus facultades exorbitantes del derecho común, pero no podrán apartarse del régimen de derecho público que fija las bases sobre las que deben calcularse la indemnización y su extensión cuando estos aspectos están vinculados, por ejemplo, al ejercicio de facultades exorbitantes de derecho común o de potestades soberanas. La práctica respecto de tales contratos indica, de todos modos, que el arbitraje se conviene preponderantemente con referencia a cuestiones más bien de naturaleza fáctica o técnica que de índole estrictamente jurídica, a pesar de que estas últimas no deben ser consideradas necesariamente excluidas [68].

Luego de idas y venidas, la jurisprudencia argentina y la doctrina han admitido que los contratos administrativos pueden en principio ser sometidos al arbitraje en la Argentina [69]. Hay

[66] A. G. Spota, (*supra,* n. 60), [605-609]. R. Bullrich *supra,* nota 39, 17 y sigtes., 21. M. A. Berçaitz, pág. 498. R. Bielsa, *La Administración Pública y el Compromiso Arbitral - Observaciones Críticas,* 45, *J.A.,* 22 y sigtes.; ver también R. Bielsa, *I Estudios de Derecho Público,* 283-310 (1950).

[67] A. G. Spota, (*supra,* n. 66), *loc. cit.,* M. Marienhoff, III-A, 602/603.

[68] F. Mó, *Régimen Legal de las Obras Públicas,* 424 (1977).

[69] H. G. Escola, I-493 y sigtes.; M. Marienhoff, III-A, 602 y sigtes.;

también textos legislativos en ese sentido [70]. Sin embargo, tal como ocurre con los contratos de derecho privado suscriptos por el Estado, ni el ejercicio de potestades soberanas respecto de tales contratos [toda actuación del Estado que signifique el ejercicio de un poder de autoridad o imperio o del poder de policía], ni la decisión de causas referentes a ellos directamente originadas en la Constitución, leyes nacionales o tratados pueden ser sometidos a la decisión de árbitros [71]. Estos tampoco podrían pronunciarse acerca de la validez o invalidez [72] del contrato administrativo, incluida la cláusula arbitral inserta en o referida a éste.

Aunque lo expresado precedentemente se refiere a contratos administrativos locales, también es relevante para determinar la posibilidad de pactar el arbitraje extranjero en relación con un contrato administrativo con elementos internacionales. En consecuencia, también quedaría excluido el arbitraje fuera de la Argentina respecto de un contrato administrativo en que el Estado argentino y un particular son parte [73] en relación con las materias indicadas en el párrafo anterior.

Hasta aquí se han considerado razones esencialmente de naturaleza constitucional que en ciertos casos y en relación con determinados aspectos excluyen el arbitraje respecto de contratos administrativos con o sin elementos internacionales. Sin embargo, tratándose de contratos administrativos internacionales en los que el Estado argentino es parte, pueden existir razones exclusivamente basadas en la metodología del derecho internacional privado que importen la no arbitrabilidad en el extranjero de ciertas cuestiones. La presencia del Estado argentino en un contrato administrativo con un particular torna necesariamente relevante al derecho público argentino para determinar su régimen

---

A. G. Spota, *ob. cit., supra,* n. 66, *loc. cit.,* F. Mó (*supra,* n. 60), 417 y siguientes.

[70] Artículo 55, Ley 13.064 de Obras Públicas.

[71] M. Marienhoff, III-A, 602 y sigtes.

[72] A. G. Spota, (*supra,* n. 60), 609.

[73] H. G. Escola, I, págs. 496/497.

general [74]. Ese régimen de derecho público ciertamente contendrá normas de policía destinadas a garantizar y proteger la consecución por la administración de los fines públicos que le son propios. También existen seguramente principios de orden público internacional argentino dentro de ese régimen de derecho público [75].

[74] En Francia, si no existe texto legislativo expreso que lo autorice, es "muy dudoso" que el Estado o una entidad pública puedan recurrir al arbitraje en contratos administrativos de naturaleza internacional: A. Laubadere-F. Moderne-P. Delvolvé, *ob. cit., supra,* nota 25, II, 955. Aún en casos en que esos decretos han sido dictados, no siempre es fácil interpretar que permiten la realización del arbitraje en el extranjero respecto de un contrato administrativo aunque sea celebrado entre el Estado Francés y personas de derecho privado extranjeras. Puede citarse como ejemplo la ley del 14 de agosto de 1986 cuyo Artículo 9, en derogación del Artículo 2060 del Código Civil, permite al Estado, colectividades territoriales y establecimientos públicos que celebran conjuntamente contratos con sociedades extranjeras para la realización de operaciones de interés general, a convenir el arbitraje. Esta disposición —por varios motivos de radio de aplicación muy restringido— fue dictada para permitir la inserción de una cláusula arbitral en el contrato entre Walt Disney Productions, el Estado Francés, la Region de l'Ille de France y otras colectividades públicas de ese país con el objeto de crear y explotar en el territorio francés un parque de atracciones denominado "Eurodisneyland". Sin embargo, el Consejo de Estado había opinado con fecha 6 de marzo de 1986 que ese contrato era de derecho interno francés —es decir, no internacional— calificación no necesariamente derogada por la disposición legislativa citada. M. de Boisséson, "Intérrogations et Doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi du 19 aout 1986", 1 Revue de l'Arbitrage, 3 y sigtes. (1987). Esto último no sólo parece impedir que ese contrato, indudablemente administrativo a los ojos del derecho francés, pueda estar regido por una ley distinta a la francesa, sino que por ese motivo torna además cuestionable que las controversias que aquél pueda suscitar sean sometidas a una instancia arbitral que no asegure la aplicación de derecho público francés.

[75] Las normas de policía según la moderna metodología del derecho internacional privado, son normas substantivas de derecho nacional que se aplican unilateralmente a contratos internacionales cualquiera que sea el centro de gravedad del contrato o el derecho elegido por las partes. Su ámbito espacial de aplicación depende de la intensidad de los intereses y políticas legislativas ("policies") que tutelan —apreciados por el juez— y de su eventual frustración si su aplicación no se extendiera a casos inter-

Aún si un árbitro que decide en el extranjero —y cuyo procedimiento y laudo pueden ser en principio supervisados por los tribunales del país donde el arbitraje se desarrolla por más desnacionalizado que se pretenda éste —estuviera dispuesto a aplicar derecho público argentino a estas cuestiones [76], es de pre-

---

nacionales. Dicha aplicación no depende, en consecuencia, de la operación de un punto de conexión tradicional. Generalmente, las normas de policía son normas de derecho "público": H. A. Grigera Naón, (*supra*, n. 52), 7-27.

[76] Según las cortes de algunos países, los árbitros deben considerarse justificados en no aplicar ciertas normas prohibitivas del ordenamiento jurídico del Estado parte —aunque sean de derecho público— cuando se trata de contrataciones internacionales y a pesar de que esas normas debieron haber sido aplicadas conforme al derecho internacional privado por ser determinante de la capacidad o competencia del Estado parte. Así, la jurisprudencia francesa deja de lado la aplicación de la legislación interna que prohíbe al Estado comprometer en árbitros cuando se trata de un contrato internacional por considerarla meramente de orden público interno: Cour de Cassation Civ., Ch. 1ere, "Galakis", Rev. Crit. Dr. Internat'l Privé, 615 (1963). Sin embargo, esta jurisprudencia sólo es aplicable a los *contratos de la administración* y no a los *contratos administrativos*: Laudabere-Moderne-Delvolvé, *ob. cit., supra*, nota 25, II, 954. La jurisprudencia arbitral también ha admitido esa posibilidad: "Benteler v. Belgian State", Noviembre 18, 1983; X Yearbook Commercial Arbitration, 37 (1985); se ha sostenido que aún cuando las alegadas violaciones del derecho público del Estado parte afecten la regularidad en el ejercicio de la competencia para celebrar el contrato y la cláusula arbitral respectiva, debe mantenerse, la jurisdicción de los árbitros para decidir el litigio si el Estado dio principio de ejecución al contrato y no advirtió a la otra parte la existencia de esas irregularidades (Estoppel). Laudo "Framatome et al. c/Atomic Energy Organization of Irán", del 30 de abril de 1982, 111 Clunet, 58 y sigtes., (1984) y Oppetit, *Arbitrage et Contrats d'Etat*", Id., pág. 37 y sigtes. E. Gaillard: *L'interdiction de se contredire au detriment d'autrui comme principe general du droit du commerce international,* 2 Revue de l'Arbitrage, 241 y sigtes. (1985). El artículo 177(2), Capítulo 12 de la Nueva Ley Suiza de Derecho Internacional Privado [27 I.L.M. 37 (1988) con nota introductoria de Ch. Poncet y E. Gaillard] rotundamente rechaza la posibilidad de que un Estado o un ente estatal pueda invocar su falta de capacidad para celebrar un acuerdo arbitral o la no arbitrabilidad del litigio basada en la violación de su propio derecho dentro del marco de un arbitraje internacional. En términos estrictos,

guntarse si hay garantía suficiente de que se encontrará en condiciones de interpretar y aplicar debidamente ese derecho [77].

---

el Estado no podría siquiera alegar una violación manifiesta de su derecho constitucional o la falta de arbitrabilidad del litigio según por ejemplo, su derecho público, o que el acuerdo arbitral fue celebrado como resultado de la conducta finalmente punible de un funcionario público. Esta solución es demasiado terminante y ciertamente cuestionable. El Estado debería sólo quedar excepcionalmente atado a la cláusula arbitral concluida en infracción del derecho público argentino, si luego de un análisis funcional del caso se concluye, a través de la doctrina de los actos propios o del *estoppel*, que el Estado queda obligado a respetarla: H. Mairal: *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, 52-61; 77-82 (1988).

[77] Se interpreta tanto en la Argentina como en el extranjero, —aunque dista de ser criterio unánime [P. Bourel, *Aspects récents de l'inmunité d'exécution des Etats et services publics etrangers*, Travaux du Comités Français de Droit International Privé (1986), 133-161]— que la suscripción por el Estado de una cláusula arbitral importa la renuncia a la inmunidad de jurisdicción: Goldschmidt, *La Procuración del Tesoro de la Nación y los Préstamos y Garantías Internacionales*, 96, *E.D.*. nº 5346, noviembre 4-1981, pág. 1 y sigtes., aunque se discute con qué alcances: H. Fox, *ob. cit., supra*, nota 39. Si no existe garantía de que los tribunales extranjeros reconocerán la invalidez del acuerdo arbitral respecto de contratos administrativos en caso de infringir el derecho público argentino, el Estado argentino corre el riesgo, por el simple hecho de haber pactado el arbitraje, de no poder invocar exitosamente su inmunidad de jurisdicción ante los tribunales extranjeros que supervisen el arbitraje o ante los cuales pretenda ejecutarse el laudo arbitral: G. Delaume: *Sovereign Inmunity and Transnational Arbitration*, en *Contemporary Problems in International Arbitration* (J. Lew, Editor), 314/316 (1986). Aún en casos de naturaleza extracontractual y no comercial y donde no existe cláusula arbitral o de prórroga de jurisdicción la Argentina tiene dificultades en hacer reconocer su inmunidad jurisdiccional: U. S. Court of Appels, 2nd. Circuit, Amerada Hess Shipping Corporation and United Carriers Inc. v. Argentine Republic, 26 I.L.M. 1374 (1987); F. L. Kirgis Jr.; Alien Tort Claims, Sovereign Inmunity and International Law in U.S. Courts, Am. J. Int'l. L. 82 (1988), 323-330. También es posible que el Estado argentino corra el riesgo, a pesar de las contradicciones de la jurisprudencia al respecto, de que no le sea reconocida en el extranjero su inmunidad de ejecución cuando allí se persigue la ejecución del laudo arbitral y no se reconoce la invalidez del acuerdo arbitral pactado por violación del derecho público argentino. Es de destacar que la inmunidad de ejecución del Estado dista de ser un principio absoluto en derecho comparado: United

Una forma de resolver el problema sin excluir el arbitraje extranjero al respecto sería reservar aún para laudos dictados en el exterior concernientes a contratos administrativos internacionales en los que el Estado argentino y un particular extranjero sean partes, la posibilidad de recurrir ante la justicia federal argentina por vía de apelación, sin que el laudo pueda ser considerado firme y ejecutable antes de que el plazo para interponer el recurso haya expirado o el tribunal que corresponda se haya pronunciado de manera definitiva al respecto si se recurrió en término[78].

Siempre subsistirá, sin embargo, el inconveniente de que ese mismo laudo puede ser considerado ejecutable contra el Estado argentino fuera de la Argentina, ya que es improbable que tribunales extranjeros estén dispuestos a posponer la imperatividad o ejecutividad de un laudo emitido fuera de la Argentina hasta tanto la justicia federal argentina se haya pronunciado o haya expirado el plazo procesal para requerir su pronunciamiento. Esto torna necesario evaluar si es conveniente o lícito para el Estado argentino pactar un arbitraje extranjero si se corre el riesgo de frustrar la aplicación de normas de policía o de principios de orden público internacional mediante el simple expediente de pactar el arbitraje extranjero. Tratándose de aquélla parte del régimen de derecho público del contrato administrativo integrada

---

States Sovereign Immunities Act de 1976 y United Kingdom State Inmunity Act de 1978. Cour de Cassation, 1ere. Ch. Civile, "Eurodif", 111 Clunet, 598 y sigtes., (1984), con nota de B. Oppetit, "Sté. Sonatrach", 113 Clunet, 170 y sigtes. (1986) con nota de B. Oppetit; H. Synvet, "Quelques reflexions sur l'immunité d'execution de l'Etat étranger", 112 Clunet, 865 y sigtes. (1985).

[78] La doctrina y legislación comparadas aceptan la posibilidad de introducir apelaciones o recursos ante los tribunales de un país respecto de laudos arbitrales pronunciados en el extranjero: P. Lalive. "Enforcing Awards", en "60 Years of ICC Arbitration. A look at the future", 332, (1984). La jurisprudencia francesa ha rechazado sin embargo, esa posibilidad aún tratándose de un arbitraje internacional: *Cour d'Appel de Paris* (1ere. Ch. suppl.). "G. Aita y A. Ojjeh", 4 Revue de l'Arbitrage, 583 y sigtes., (1986).

por normas de policía, hasta sería concebible que las cuestiones que éstas regulan no sean arbitrables en materia internacional [79]. El derecho aplicable regiría en estos casos la jurisdicción competente al excluir del arbitraje extranjero ciertas cuestiones regidas por leyes de policía de derecho público.

No obstante ello, como ya lo señaláramos anteriormente en relación con los contratos de la administración, las normas de policía —o los principios de orden público internacional argentino— normalmente excluirán *ab initio* la validez de una cláusula de arbitraje extranjero insertada en un contrato administrativo con elementos internacionales, sólo cuando la única conclusión posible es que la cláusula arbitral en sí misma contraría tales normas o principios. Fuera de esos casos, sólo operarán como barrera de contención al reconocimiento o ejecución del laudo extranjero en el territorio nacional.

Las circunstancias apuntadas, sin embargo, pueden conducir a la parte privada extranjera en un contrato administrativo

[79] En doctrina se ha afirmado que la presencia de una ley de policía importa la jurisdicción imperativa y exclusiva de los tribunales del país que las emitió: D. Holleaux, *Competence du Juge Etranger et Reconnaissance des Jugement,* 352-356, 384-386 (1970). Esta es también la postura de la jurisprudencia de ciertos países, como Gran Bretaña: *"The Hollandia"*, 1983, A. C. 565; Dicey & Morris (L. Collings Sp. Ed.) *I The Conflict of Laws* (1987), 413. Esto se ve subrayado por la negativa de algunos ordenamientos jurídicos a aplicar leyes extranjeras de policía. Así, por ejemplo, la Ley de la República Federal Alemania de revisión del derecho internacional privado [I. L. M., 1 (1988)] sólo prevé —en su artículo 34— la aplicación de sus propias normas de policía. Ese país, además, ha efectuado reserva al artículo 7 de la Convención Europea de 1980, sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, que autoriza la aplicación de normas de policía extranjeras. Ante ese tipo de actitud, es lógica la reacción adversa a la prórroga de jurisdicción que opere como *forum shopping* en favor de jurisdicciones extranjeras no dispuestas a aplicar las normas de policía del foro excluido. Si el foro elegido es arbitral, es necesario destacar que este tipo de reserva perderá vigencia si se acentúa la creciente tendencia que favorece la aplicación de oficio por los árbitros de normas de policía de origen nacional: H. A. Grigera Naón, *Arbitraje Comercial Internacional. Solución de Controversias en Materia de Inversiones Extranjeras,* 48 Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 39-43 (1988).

internacional a considerar seriamente someterse a la jurisdicción de tribunales argentinos o de árbitros que sesionen dentro de la República Argentina. La moderna tendencia tanto de la doctrina cuanto de la jurisprudencia argentina es firmemente favorable —partiendo de la interpretación de la legislación vigente, incluida la Constitución Nacional— a conceder resarcimiento pleno, comprensivo del daño emergente y del lucro cesante, al particular que ha sufrido un perjuicio tanto en razón de la actuación lícita [80] como por motivo de la conducta ilícita [81] de la Administración Pública. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establece la obligación del Estado de indemnizar cuando revoca un acto administrativo por razones de oportunidad o conveniencia [82], principio también en vigencia respecto de la revocación de un contrato administrativo por la parte estatal [83]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido recientemente que esa indemnización debe cubrir el daño emergente y el lucro cesante [84]; es decir, que la indemnización de la que puede beneficiarse la parte privada en esa hipótesis es superior a la obtenible en caso de expropiación [85]. El derecho administrativo argenti-

[80] M. Morello, *Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito,* 119, *E.D.,* octubre 7, 1986, 1 y sigtes.

[81] R. Barra, *Responsabilidad del Estado por Revocación Unilateral de sus actos y contratos,* 121, *E.D.,* nº 6668, pág. 1 y sigtes. (2 de febrero de 1987); P. Aberastury (h.), "El Problema de la Responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia a la del «Estado Legislador» ". 1985, Revista Jurídica de Buenos Aires, 229 y sigtes.

[82] Artículo 18, Ley 19.579. Los derechos contractuales están comprendidos dentro de la garantía de la propiedad bajo el artículo 17 de la Constitución Nacional. C. S. "Bourdieu", Fallos, 307-145.

[83] M. A. Berçaitz, *ob. cit., supra,* nota 3, pág. 487 y sigtes.

[84] C. S., setiembre 20, 1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S. A. c/ Dirección Nacional de Vialidad", 111 *E.D.,* 551 y sigtes., con nota de Bianchi, *Nuevos Alcances de la Responsabilidad Contractual del Estado.*

[85] Ver, sin embargo, M. Marienhoff, *El Lucro Cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado,* 114, *E.D.,* 949 y sigtes., J. R. de Estrada, *Responsabilidad del Estado por Actos Legislativos y Discrecionales, E.D.,* (102), 839-846.

no permite a la parte privada obtener el restablecimiento de las bases económicas de la contratación (teoría de la imprevisión) y reconoce su derecho de ser resarcida integralmente por todos los daños sufridos en razón del hecho del Príncipe [86].

Cabe concluir pues que no siempre la internacionalización o transnacionalización de los contratos administrativos entre Estados y particulares combinada con la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros extranjeros es indispensable para mejorar las condiciones de seguridad jurídica buscadas.

Frecuentemente, un mejor y detenido análisis del derecho del Estado parte revelará que someterse a la justicia estatal o al arbitraje en ese país dentro de los límites allí permitidos, particularmente cuando se trate de contratos administrativos, será la actitud más lógica y segura. En todo caso en que existan fundadas sospechas acerca de la licitud bajo el derecho público o constitucional o el derecho internacional privado del Estado parte de la prórroga en favor de árbitros que sesionen fuera del país, la firma de la cláusula arbitral respectiva —como la de cualquier otro acto administrativo o de la administración— por el funcionario de turno no será garantía suficiente de la validez de ésta ni siempre será pretexto adecuado para reclamar resarcimientos contra el Estado parte si ulteriormente éste declara o persigue la revocación de dicha cláusula o de sus efectos en razón de su ilegitimidad [87].

[86] M. Marienhoff, H. G. Escola, M. A. Berçaitz, *ob. cit., supra.*

[87] N. Matienzo, *ob. cit., supra,* nota 42, págs. 517/519; 520/522; 526; 547; 553; 556; 61. La Administración puede legalmente (y debe) revocar los actos o contratos administrativos nulos de nulidad absoluta e insanable sin necesidad de declaración judicial previa (aunque ello por supuesto no impedirá a la parte privada alzarse contra esa revocación por ante los tribunales judiciales); arts. 14 y 17, ley 19.549; M. A. Berçaitz, *ob. cit., supra,* nota 3, 526, 529, 531/535. En cambio, si el acto o contrato administrativo es meramente anulable, el Estado deberá recurrir a los estrados judiciales para lograr que se decrete su anulación: art. 15, ley 19.519; M. A. Berçaitz, 535. Tratándose de actos administrativos aún nulos de nulidad absoluta, también será necesario que el Estado recurra a los tribunales judiciales para obtener su revocación si estuvieren firmes o consentidos y hubieren generado derechos subjetivos que se es-

GUSTAVO RADBRUCH Y LA NATURALEZA DE LA COSA

MARTÍN LACLAU *

El escrito de Radbruch sobre la naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento, aparecido en 1948 en un volumen de homenaje a Rudolf Laun, estaba destinado a ejercer una profunda influencia sobre la filosofía jurídica alemana posterior a la segunda guerra mundial [1]. En el mismo, Radbruch no deja de observar que la fórmula "naturaleza de la cosa" es empleada en forma usual, como locución cuyo sentido resulta evidente para la generalidad de las personas, razón por la cual parecería, a primera vista, no necesitar de mayor esclarecimiento. No obstante ello, considera que la teoría jurídica no puede dejar de intentar desentrañar el sentido lógico de la expresión, con lo cual resultaría visible la vinculación existente entre ser y juicio de valor. Para ello, sostiene que debe esclarecerse, en primer lugar, qué significa *cosa,* luego analizar qué entendemos por *naturaleza* y,

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho

[1] Cfr. Gustavo Radbruch, "Die Natur der Sache als juristische Denkform", en *Festschrift zu Ehren von Prof. jur. Rudolf Laun. Anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres am l. Januar 1947.* Hamburg, J. P. Toth Verlag, 1948, págs. 157-176. Anteriormente, una versión reducida de este trabajo se había publicado en italiano bajo el título "La natura della cosa come forma giuridica del pensiero", en la *Revista Internazionale di Filosofía del Diritto,* Roma, Anno XXI, Serie II, Maggio-Giugno, 1941, págs. 145-156.

una vez clarificados ambos términos, recién estaremos en condiciones de preguntarnos por la fuente de obligatoriedad de esta *naturaleza de la cosa,* esto es, por la necesaria vinculación entre la "constatación del ser" *(Seinsfeststellung)* y los "juicios de valor" *(Wertbeurteilun)* [2].

Por *cosa* ha de entenderse la sustancia, la materia a la que el derecho tiene que dar forma. Ahora bien, dentro de esta categoría de materia hállanse comprendidos los diversos "hechos naturales" *(Naturtatsachen),* tales como la caída de una manzana en una medianera, de singular relevancia en el campo de los derechos reales, o las rotaciones de nuestro planeta, merced a las cuales podemos calcular el transcurso de los plazos judiciales. Claro está que, para Radbruch, estos hechos naturales no influyen directamente sobre el derecho: no se trata de una materia prima natural, sino que la materia del derecho es una realidad conceptual ya preformada. Así, en el caso de la mediación jurídica de los plazos temporales, las rotaciones del planeta no influyen en forma directa, sino a través de una regulación convencional que da origen al calendario.

También el hombre, en cuanto a realidad corporal y espiritual, puede ser considerado *cosa* en la medida en que sea objeto de una regulación jurídica. La misma actividad humana va dando origen a nuevos progresos técnicos, creadores de nuevas materias que serán objeto de planteos jurídicos inéditos; así, nuestro autor se pregunta si un contrato celebrado telefónicamente ha de ser considerado como contrato entre presentes o entre ausentes. Además, dentro de estos hechos naturales, Radbruch ubica los hechos y relaciones humanas originarias, tales como el nacimiento, la muerte, la relación sexual, la procreación, la infancia, la adolescencia, la vejez. Consecuente con su teoría, nos advertirá, sin embargo, que el derecho no descansa en forma directa sobre estas relaciones naturales, sino sobre estructuras sociales basadas en ellas, tales como la monogamia y la poligamia, el patriarcado y el matriarcado. Al igual que en el caso de la medición jurídica

[2] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.,* pág. 159.

del tiempo, aquí también la materia regulada por el derecho ya se encuentra preformada [3].

Aparte de estos elementos materiales a los cuales Radbruch denomina, según vimos, *hechos naturales*, se encuentran las llamadas "formas previas de las relaciones jurídicas" *(Vorformen der Rechtsverhältnisse)*. Trátase de una materia constituida por relaciones que ya se encuentran reguladas merced a la costumbre, la tradición, el uso, la ética. Todas ellas se nos exhiben como base de una futura regulación jurídica [4]. A diferencia de los hechos naturales, son prescripciones reguladoras del comportamiento humano, esto es, señalan una conducta debida.

Finalmente, se destaca un tercer tipo de *cosas*: las "relaciones vitales jurídicamente reguladas" *(rechtlich geregelte Lebensverhältnisse)*. Aquí ya nos hallamos en el campo propiamente jurídico. Para Radbruch, existen derechos de segundo grado, como el derecho internacional o el derecho procesal, cuya materia se encuentra constituida por otros derechos, los cuales, en ese caso, funcionan como cosa respecto a los primeros [5]. Al igual que con las formas previas de las relaciones jurídicas, nos hallamos en el nivel del deber ser; pero, en este caso, la regulación material ya es una regulación jurídica.

Una vez aclarado el significado del término *cosa*, hemos de indagar qué es lo que se entiende por *naturaleza* de esa cosa. Radbruch no asimila esta naturaleza a un ente, no emplea la expresión en sentido naturalista; muy por el contrario, por *naturaleza* de la cosa entiende la esencia de ésta, su sentido. Este sentido se obtiene de las características de las relaciones vitales. Recordando una frase de Savigny, quien dijo, en cierta oportunidad, que el derecho es la misma vida de los hombres encarada desde una perspectiva específica [6]. Radbruch sostiene que el sentido jurídico

[3] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 160.

[4] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, págs. 160-161.

[5] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 161.

[6] El pasaje citado por Radbruch es extraído del capítulo IV de *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, donde Savigny, al analizar los principios generales del derecho romano, expresa: "Das Recht nämlich hat kein Daseyn für sich, sein Wesen vielmehr ist

de una cosa surge de la selección de ciertas características que ella presenta. Estas características se reúnen bajo una idea de derecho que, en la mayoría de los casos, se exhibe como una estructura de medios y fines jurídicos, presentando un carácter teleológico. De esta suerte, merced a un proceso al que Radbruch denomina construcción jurídica *(juristische Konstruktion)*, la relación vital *(Lebensverhälnis)* se transforma en relación jurídica *(Rechtsverhältnis)* y ésta en institución jurídica *(Rechtsinstitut)*, bajo la forma de un tipo ideal [7].

La construcción implica reconstruir un todo a partir de los elementos que previamente han sido separados merced al análisis. Los distintos pasos consisten en transformar una relación vital en una relación jurídica y luego convertir esta relación jurídica en un instituto jurídico. Esta progresión se va realizando por la interpretación de sentido referida a ideas [8]. Ahora bien, ¿qué entiende Radbruch por sentido de un hecho? En un pasaje esclarecedor, manifiesta que el sentido es el deber ser realizado en el ser, o, en otros términos, el valor que se exhibe en la realidad. De esta suerte, partiendo del mundo empírico, real, se ingresa al mundo de los valores, donde ha de hallarse la idea que otorgue su sentido al fenómeno empírico [9]. Como vemos, la *construcción* nos permite elaborar el sentido de una determinada relación jurídica. Este sentido no es algo dado empíricamente, sino que se obtiene merced a una elaboración conceptual, que posibilita la referencia de los hechos a la idea del derecho. Según Radbruch, esta idea de derecho, que da forma al instituto jurídico, asume, en la mayoría de los

das Leben der Menschen selbst, von einer besondern Seite angesehen". (Cfr. Tribaut und Savigny, *Ihre programmatischen Schriften*, München, Verlag Franz Vahlen, 1973, págs. 114-115).

[7] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, págs. 171-173.

[8] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 162.

[9] "Der Sinngehalt eines Faktums kann nur im Zusammenhang mit einer Idee herausgearbeitet werden: Sinn ist das am Sein verwirklichte Sollen, der in der Wirklichkeit erscheinende Wert. Zum Zwecke der Erforschung des Sinns einer empirischen Erscheinung muß man aus der Welt der Wirkllichkeit in der Welt der Werte hinübertasten, um in ihr die sinngebende Idee für diese empirische Erscheinung zu finden". Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 172.

casos, un claro sentido teleológico; pero la idea no se agota en la finalidad, sino que también aparece vinculada a la seguridad y a la justicia. Así, se dan construcciones carentes de carácter teleológico, como ser la construcción de la vigencia del derecho, vinculada con la seguridad, o la construcción de la igualdad de los derechos electorales, que se orienta hacia la justicia. En ambos casos, la idea de finalidad se encuentra ausente [10].

Hemos visto cómo, partiendo de las relaciones individuales, se llega, a través de la construcción, al tipo ideal del instituto jurídico. Ahora bien, este camino que nos ha conducido de lo que es singular a lo que es total, nos permite volver de lo total a lo singular, mediante la presentación de los resultados del tipo obtenido por construcción. Del instituto jurídico puede ir derivándose una pluralidad de proposiciones jurídicas, cuya falta de contradicción pueda exhibirse como prueba de la perfección del instituto jurídico al que se arribara. Aún más, en caso de existir lagunas, ellas pueden ser salvadas deduciendo las proposiciones faltantes de la esencia del instituto. Al respecto, Radbruch nos aclara que esto no implica la aparición de proposiciones arbitrarias, sacadas de la nada, sino que se trata, tan sólo, de una explicitación de algo que ya se encontraba contenido en la esencia del instituto en cuestión. De esta suerte, la construcción sería una garantía de que los nuevos preceptos sean complementarios de las normas elaboradas por el legislador, a las que no contradecirían [11].

— — — — — —

Si, como vimos, la construcción da origen al instituto jurídico, el cual es presentado como un tipo ideal, es preciso clarificar qué entiende Radbruch por tipo ideal. Al respecto, nuestro autor reconoce la importancia que, para la formación de la teoría de los tipos ideales, tuvieron los estudios llevados a cabo por Georg Jellinek y Max Weber. Su teoría, según veremos, se aparta del tipo ideal considerado por Jellinek y reconoce explícitamente su deuda con Weber [12].

[10] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 172.
[11] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 173.
[12] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*. pág. 172.

En su *Teoría General del Estado,* Jellinek, destacando la diversa metodología empleada por las ciencias sociales respecto de las ciencias naturales, expresaba que en "los fenómenos de orden natural el interés que prevalece para el científico es el de los elementos idénticos; pero en los fenómenos sociales no existe lo idéntico, sino lo análogo. La explicación de la ciencia natural puede, pues, ignorar en gran parte la existencia de elementos individuales; puede realmente asir lo idéntico en la variedad de los fenómenos; mas la ciencia social, en cambio, sólo en muy escasos límites ofrece identidades, y lo que alcanza en ella un interés más alto son las analogías; de aquí que no pueda explicar jamás por medio de leyes generales los casos particulares, ni considerar a éstos puramente como realización de lo general, a menos de tener de ellos una representación falsa e insuficiente" [13]. En las ciencias sociales, los elementos individuales exhiben tal fuerza que no es posible hallar identidades absolutas, sino, tan sólo, fenómenos análogos. Por tal razón, el problema principal de una ciencia del Estado consistirá en indagar cuáles son los elementos típicos que lo constituyen, lo cual lleva a la necesidad de aclarar qué entendemos por tipo. Jellinek elabora una distinción entre *tipo ideal* y *tipo empírico.* El primero se nos presenta como una idea que existe fuera de la realidad y a la cual ésta sólo puede conformarse de un modo imperfecto. "Este 'tipo ideal' tiene un valor esencialmente teleológico. Es el τελος , la pugna por traer a la realidad todas las cosas, todos los fenómenos humanos; no es, sino que debe ser; y por esto es al mismo tiempo medida de valor de lo dado, lo que le es conforme es bueno y tiene sólo por ello derecho a existir y a extenderse, y lo que no concuerda con él debe ser rechazado y superado" [14].

Los tipos ideales cobran singular importancia en el campo de las luchas políticas, toda vez que, tal como Jellinek lo señala, las grandes transformaciones históricas no tienen su origen en acciones oportunistas, sino en movimientos que intentan la rea-

[13] Georg Jellinek, *Teoría General del Estado,* Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954, págs. 22-23.

[14] Jellinek, *ob. cit.,* pág. 25.

lización de cierto tipo ideal de organización estatal. Pero si pasamos del campo de las luchas políticas a la esfera del conocimiento científico, la importancia del tipo ideal se desvanece. El objeto de la ciencia lo constituye el ser, no el deber ser; el mundo existente, no el que se pretende crear. La ciencia utiliza *tipos empíricos,* obtenidos merced a la observación, desde una determinada perspectiva, de un conjunto de individuos. De esta suerte, se logran representaciones típicas de profesiones, de clases sociales, de una nación, etcétera, merced a las cuales ordenamos y comprendemos gran parte de nuestra vida social. "El 'tipo empírico' se diferencia fundamentalmente del 'tipo ideal' en que de él no surge la exigencia de expresar un ser objetivo que trasciende de la experiencia; significa tan sólo la unificación de notas entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante él ordenamos la variedad de los fenómenos al extraer de ellos lo que les es común lógicamente. Este 'tipo' es una abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y que frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real" [15]. Para Jellinek, el hallazgo de este *tipo empírico* constituye el problema central de una teoría general del Estado que no se atenga, en cuanto tal, al estudio de un Estado determinado y singular.

El carácter axiológico del tipo ideal destacado por Jellinek, que lo vinculaba al mundo del deber ser, desaparece en la teoría que Weber elabora al respecto. Aquí la ciencia social es concebida como ciencia de la realidad y, consecuentemente, su finalidad consiste en comprender las notas peculiares de la vida que nos rodea, para lo cual habrá de desentrañarse el significado cultural que asumen sus formas actuales, al igual que las causas históricas que las han producido. Ahora bien, la vida se nos exhibe en una diversidad infinita de acontecimientos sucesivos y simultáneos que operan dentro y fuera de nosotros, de suerte que resulta imposible abarcarla en toda su dimensión. "Todo conocimiento de la realidad infinita mediante el espíritu humano finito está basado en la tácita premisa de que sólo un fragmento finito

[15] Jellinek, *ob. cit.,* págs. 26-27.

de dicha realidad puede constituir el objeto de la comprensión científica, y que sólo resulta 'esencial' en el sentido de 'digno de ser conocido' " [16]. Las llamadas ciencias de la cultura son, precisamente, las que intentan desentrañar el *significado* de los fenómenos vitales. El carácter cultural de un fenómeno presupone la vinculación de éste con una idea de valor. La relación entre cultura, valor e individualidad es íntima e inescindible; de allí que Weber exprese que "la realidad empírica es cultura porque mientras la relacionamos con las ideas de valor ella abarca aquellos elementos de la realidad que a través de sus relaciones cobran importancia para nosotros. Una parte ínfima de la realidad individual observada cada vez se tiñe con el interés condicionado por tales ideas de valor. Sólo esa parte tiene importancia para nosotros, precisamente porque revela unas relaciones que nos importan por su vinculación con ideas de valor. Sólo porque ocurre así y mientras ocurra, nos interesa conocer su característica individual" [17].

Los infinitos elementos que ofrece la realidad nunca pueden ser expresados exhaustivamente por juicios de percepción. Sólo una parte de esta diversidad de fenómenos adquiere importancia para nosotros, en la medida en que la relacionemos con las ideas de valor en base a las cuales abordamos la realidad. Según Weber, si desechásemos este elemento ordenador e intentásemos elaborar un conocimiento de la realidad "desprovisto de premisas", lo único que lograríamos sería un conjunto desordenado de "juicios existenciales" que versarían sobre una infinitud de percepciones particulares [18].

Lo dicho nos lleva, en forma directa, al centro de la metodología empleada por Weber. Trátase, nada menos, que de esclarecer la estructura de los conceptos empleados por las ciencias sociales. En este punto, nos enfrentamos a la noción de *tipo ideal*, el cual es obtenido en base a datos empíricos, considerando cier-

[16] Max Weber, "La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales", trabajo incluido en su libro *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Planeta, 1985, pág. 42.

[17] Max Weber, *ob. cit.*, pág. 48.

[18] Max Weber, *ob. cit.*, pág. 51.

los elementos presentes en los fenómenos individuales, los que son reunidos en una estructura conceptual. Weber no duda en afirmar que estos tipos ideales se obtienen "mediante la acentuación unilateral de uno o varios puntos de vista y mediante la reunión de gran cantidad de fenómenos individuales, difusos y discretos, que pueden darse en mayor o menor número o bien faltar por completo, y que se suman a los puntos de vista unilateralmente acentuados a fin de formar un cuadro homogéneo de ideas" [10]. Este tipo constituye una suerte de utopía, ya que nunca se dará cabalmente en el plano de la realidad empírica, la cual sólo podrá acercarse o alejarse de él en mayor o menor grado, pero nunca identificarse con el mismo. El tipo ideal reúne una serie de relaciones y procesos de la vida histórica para formar una totalidad no contradictoria de conexiones pensadas. Se ha obtenido acentuando mentalmente ciertas facetas de la realidad y, en tal sentido, ayuda a formular hipótesis, sin que ello implique que pueda ser considerado como una representación de lo real.

Ahora bien, el tipo ideal asume para Weber el sentido de instrumento del conocimiento científico. La condicionalidad del conocimiento cultural con determinadas ideas de valor se da en un plano meramente lógico y no implica que ello quepa otorgar significado cultural a los fenómenos que estimamos como positivamente valiosos. Así, destaca que no solamente la religión o el dinero son fenómenos culturales, sino que también cabe considerar en tal carácter a la prostitución [11]. Es preciso distinguir entre la comparación que se establece entre la realidad y determinados tipos ideales en sentido lógico, y la evaluación que podamos realizar acerca de esa realidad en base a ciertos ideales. De ahí que Weber exprese que "un 'tipo ideal' en nuestro sentido es algo completamente diferente de la apreciación evaluadora, pues no tiene nada de común con ninguna otra 'perfección' que no sea lógica. Existen tanto tipos ideales tanto de burdeles como de religiones" [12].

[10] Max Weber, op. cit., pág. [illegible]

[11] Max Weber, op. cit., pág. [illegible]

[12] Max Weber, op. cit., pág. 82

De esta suerte, el tipo ideal se nos presenta como un instrumento insustituible para dilucidar el sentido de los fenómenos culturales e interpretarlos correctamente.

Radbruch, según vimos, hace suya esta concepción de Weber y considera como tipo ideal a la institución jurídica, merced a la cual se otorga su sentido, en el específico campo del derecho, a las relaciones vitales y jurídicas. Ello se logra seleccionando, dentro de las diversas características que presenta una relación vital, algunas de ellas. Ahora bien, esta selección sólo puede efectuarse bajo el imperio de una idea de derecho que es, justamente, la que permite reunir esas características en una "estructura unitaria de sentido" *(einheitlichen Sinngefüge)* [22]. Adviértase que el sentido de una cosa no es algo inherente a la misma cosa, sino que, por el contrario, aparece impuesto desde una determinada idea de derecho. En otras palabras, la *naturaleza* de la cosa no es, para Radbruch, algo que resida en la cosa misma, sino un sentido o valor que nosotros le atribuimos. Como ya se afirmaba en la *Rechtsphilosophie*, el sentido del derecho es determinado por la idea del derecho [23].

Luego de haber aclarado qué debemos entender por *cosa* y por *naturaleza*, Radbruch se pregunta qué función cumple la *naturaleza de la cosa*. Al respecto, nos dice que no es un ente, pero que se encuentra vinculada a un ente. La naturaleza de la cosa, como tuvimos oportunidad de apreciar, no es algo que valga por sí misma; muy por el contrario, se encuentra vinculada al mundo fáctico: es el sentido que corresponde a una relación vital o, en otras palabras, la expresión de una idea de derecho donde halla su fundamento ese sentido. De allí que no pueda ser considerada como una fuente de derecho subsistente por sí: su validez depende, precisamente, de que alguna fuente de derecho la admita en

[22] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 162.

[23] "Der Begriff des Rechts ist ein Kulturbegriff, d. h. ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat, einem Werte zu dienen. *Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.* Der Rechtsbegiff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee". Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1975, pág. 119.

ㅣ ㅣ ㅣㅣㅣㅣㅣㅣㅣ

ᄑᆞᆫᆞᆨᆞ ᄀᆞᄀᆞ ㅣㅣㅣ.

ㅣㅣㅅㅇㅣㅣㅣㅣㅣㅣ ㅣㅣ ᄀᆞ

ㅣㅣㅅㅐㅐㅐㅐㅐ ㅣㅣㅅ ᄉᆞᄀᆞ

ᄉᆞㅣㅣㅣㅣㅣㅣ ㅣㅣ ㅔㅣㅣㅣ ㅣㅣ

ㅣㅣㅅ

forma expresa o tácita [24]. Así, la naturaleza de la cosa cumple una función práctica de singular relieve, toda vez que sirve para interpretar la ley y para complementar las lagunas que ésta presente, siempre —claro está— que la idea en la cual su sentido halla sustento no contradiga el espíritu de la ley en cuestión. El procedimiento permite inferir de la esencia de la institución jurídica respectiva las reglas jurídicas faltantes. Una vez que se obtiene el sentido que el legislador quiso dar a esta institución, la complementación lograda en base al mismo ha de armonizar con las reglas legislativas, toda vez que, de no ser así, la legislación sería contradictoria con la institución de donde derivó su sentido.

Si ahora nos ubicamos en la perspectiva del legislador, la naturaleza de la cosa se nos presenta como un límite a la potestad de éste, toda vez que ninguna ley puede obligar a un comportamiento que resulte imposible. La naturaleza de la cosa encuéntrase, como vimos, íntimamente ligada a la idea del derecho, con lo cual se nos presenta como una limitación a la posibilidad de imponer determinadas ideas jurídicas. La naturaleza de la cosa se vincula, de esta suerte, con las resistencias que ofrece el mundo a las posibles regulaciones jurídicas, con la necesidad que tiene la idea de derecho de adaptarse frente a los condicionamientos de la realidad. Radbruch recuerda, al respecto, el caso de Solón, quien, a las personas que le preguntaban si había dado a sus conciudadanos las mejores leyes que pudieran ser concebidas, respondió que no había dado las leyes mejores en términos absolutos, sino, tan sólo, las mejores entre aquéllas que podían ser cumplidas [25]. Así, la naturaleza de la cosa hace referencia, para Radbruch, al "clima histórico" *(historische Klima)* dentro del cual una determinada legislación fue creada, a los condicionamientos espacio-temporales que no pueden ser eludidos. De esta suerte, aparece vinculada la idea del derecho con el mundo de los hechos.

La expresión *naturaleza de la cosa* es susceptible de dar lugar a equívocos que Radbruch intenta evitar. En tal sentido, nos

[24] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, págs. 162-163.
[25] Cfr. Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 163.

aclara expresamente que esta temática no puede ser confundida con una nueva forma del pensamiento jusnaturalista. Muy por el contrario, considera que los términos *naturaleza de la cosa* y *derecho natural* son antagónicos: mientras el último intenta derivar racionalmente, de la naturaleza humana, una serie de prescripciones cuya validez no reconozca limitación espacio-temporal alguna, el primero destaca, por el contrario, la inevitable vinculación de la idea del derecho con las diversas contingentes formaciones jurídicas que van dándose en el curso de la historia [26]. En tal sentido, en su *Vorschule der Rechtsphilosophie* de 1959, manifiesta: "Toda idea de valor está destinada a una determinada materia y se halla también, por tanto, determinada *por* ella... Así como la idea que el artista se forma de su obra depende también, en parte, de la materia en que se propone ejecutarla, variando según que trate de esculpirla en mármol o de fundirla en bronce, así también toda idea de valor aparece supeditada a una determinada materia (Emil Lask) y las ideas jurídicas, en particular, aparecen esencialmente determinadas por la materia jurídica, por la época de que se trata, por el espíritu del pueblo en que surgen, en una palabra, por lo que llamamos la naturaleza de las cosas ("determinación material de la idea") [27].

La naturaleza de la cosa sirve, de esta suerte, para atenuar el dualismo entre ser y deber ser, entre realidad y valor pero este dualismo en ningún lugar es eliminado. Claro está que esta distinción no implica la existencia de una oposición entre ambos términos. En realidad, de trata de dos niveles que cabe distin-

[26] "Man darf die N. d. S. nicht als eine naturrechtliche Denkform miβverstehen. Natur der Sache und Naturrecht sind viel eher Gegensätze. Das Naturrecht, aus der Natur der Menschen: der Vernunft hergeleitet, beansprucht ein für alle Zeiten und Völker gleiches Recht zu begünden, aus der N. d. S. aber ergibt sich die Mannigfaltigkeit historischer und nationaler Rechtsbildungen. Sie ist deshalb eminent geeignet historischem, nationalem, konservativem Rechtsdenken zur Grundlage zu dienen. So wird es wohl verständlich, daβ die Historische Schule trotz ihrer Kampfhaltung gegen das Naturrecht der N. d. S. sich gern bediente". Radbruch, "Die Natur der Sache...", *ob. cit.*, pág. 158.

[27] Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, págs. 29-30.

guir dentro de la realidad jurídica. Sostiene Radbruch que la idea del derecho será la destinada a decir la última palabra respecto a la naturaleza de las cosas. Esta enfrenta a la idea del derecho con determinadas exigencias provenientes de la materia jurídica dada; pero será aquélla la protagonista de la decisión final. De esta suerte, cabría afirmar que la clásica definición que expresa: *Jurisprudentia est divinarum et humanarum rerum notitia, justi et injusti scientia,* se refiere, en su primera parte, a la naturaleza de las cosas, en tanto que la segunda alude a la idea del derecho.

Universidad de Belgrano.

APUNTES SOBRE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL, EN TANTO TECNICA DE ORGANIZACION EMPRESARIA INCORPORADA AL PROYECTO DE CODIGO CIVIL UNIFICADO [1]

por ANA ISABEL PIAGGI *

1. *Consideraciones generales*

El P.C.U. incluyó la regulación normativa de las sociedades unipersonales, aceptando su viabilidad negocial, estructural y organizativa.

En el marco de nuestro derecho positivo, el negocio constitutivo de la sociedad se define como contrato: su fundación a través de un acto unilateral de voluntad significa para alguna doctrina, un shock cultural, una aberración, una herejía; verda-

[1] Acerca de las razones de la unificación intentada, véase informe de la Comisión Especial de Unificación Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados y notas explicativas de la comisión asesora.

Como se recuerda, nuestro derecho privado nació bajo el signo de la unificación; a pesar de seguir luego el modelo de codificación dual impuesto a comienzos del siglo pasado por Francia; los códigos civiles decimonónicos, gravitaron en derredor de la propiedad inmobiliaria y su conservación. Por su lado, la codificación comercial se ocupó de la regulación de los bienes mobiliarios y su transmisión: cada cuerpo se caracterizó por principios diversos. Mientras tanto en los países en que regía el "common law" éste fue vinculatorio para todos los ciudadanos, fueran o no comerciantes. Tal derecho unitario se conectó con la revolución industrial iniciada en Inglaterra en el siglo XVIII, interpretando las exigencias de su economía industrial que demandaba una regulación propiciadora para el desarrollo.

* Profesora adjunta de Derecho Comercial —UBA—.

Como se sabe, la *societas* romana jamás tuvo personalidad jurídica, tampoco autonomía patrimonial y, si bien los textos admiten la existencia de grupos y organizaciones humanas *(universitas, corpora)* concebidas con independencia de sus miembros y con relaciones jurídicas entre ambos, no se los consideraba personas.

Con el pandectismo alemán se acuñó el término "persona jurídica", ubicándosela junto a la persona física como sujeto de derechos subjetivos. Nuestro régimen siguiendo el sistema francés, generalizó el otorgamiento de personalidad jurídica, potenciando una concepción formalista que identifica personalidad con capacidad jurídica; esto es, aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta asimilación lleva consigo la atribución de una autonomía patrimonial al estilo de la persona física, que permite justificar la ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, en base a la separación patrimonial.

En el orden legislativo, Napoleón fue el primero en reconocer personalidad jurídica a todas las sociedades. No deja de ser curioso que su legislación desconociera la teoría general de la personalidad jurídica, en tanto utilizaba la figura en el derecho societario.

La explicación parece teñida de color político, porque en el campo del derecho público se buscó eliminar toda organización intermedia entre el Estado y los individuos, mientras que en el ámbito del derecho privado no jugaba tal condicionamiento.

Durante este siglo, la doctrina redimensionó los alcances de la personalidad jurídica[4] al plano específicamente organizativo, acotándola a una función operativa, mero instrumento o recurso técnico dirigido a obtener determinados fines[5]. Parece forzoso ad-

[4] Angelici, Carlo, *La persona jurídica*..., en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, núm. 7, año 1988, pág. 261 y sigtes., "...nel mio Paese almeno uno dei temi indicati dal titolo... e ora sostanzialmente estragno al dibattito quale in realtá si svolge nella recente dottrina. Mi referisco al tema della persona giuridica che, oggetto di vivaci polemiche e discussioni negli anni 50 a 60, appose adesso in gran parte accantonado e comunque superato".

[5] Ascarelli, Tulio, *Personalitá e Problemi delle societá*, Problemi Giuridice, tomo I, Milano, 1959, pág. 233 y sigtes.).

mitir que cierta doctrina vernácula, responde al estado de opinión más generalizado en el derecho y la doctrina europea hasta mediados de este siglo[6].

Sin embargo parece razonable abandonar el mítico binomio sociedad-persona porque, como señalara Ascarelli[7] el derecho no debe gobernarse por conceptos. La "personalidad" por sí sola nada indica, es un símbolo incompleto, incluso carente de significado unívoco[8]; la "personalidad" de una fundación difiere de la de una asociación que también es distinta a la de una sociedad colectiva, o una anónima.

3. *Elección de la técnica societaria.*

La idea fundamental en que reposa la concepción tradicional de sociedad, fue la de la pluralidad de personas, tal como lo confirma la definición clásica. El segundo pilar apoya en la teoría de la personalidad jurídica. El silogismo es simple: la sociedad es una persona jurídica, la persona jurídica está formada por un grupo de personas; ergo, la sociedad es un grupo de personas. Si la sociedad es unipersonal, no se integra con una pluralidad de personas y es una desnaturalización de la figura.

La comisión redactora tuvo ante sí dos caminos: declamar sobre la patología de la realidad sin alterar los sacros dogmas, o, ir al fondo del asunto. Elegida la segunda vía, debió optar entre dos fórmulas fundamentales: una servirse del mecanismo societario, otra, acudir a la idea del patrimonio de afectación, que permite al comerciante destinar una parte de su patrimonio a las necesidades de la explotación. Al definirse por la primera op-

[6] Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica,* rev. Dir. Civ., 1965, t. I, pág. 553; d'Alessandro, *Personne giuridiche: analisi de linguaggio,* in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, tomo I, Milano, 1969, pág. 241 y sigtes.; Rossi, *Persona Guridica, propieta e fischio d'impresa,* Milano, 1967.

[7] Ascarelli, Tullio, *Problemi Giuridici,* Milano, 1959, tomo II, pág. 896, núm. 15.

[8] Fargosi, Horacio Pedro, *Notas preliminares sobre la Responsabilidad de los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades, E.D.,* diario del 6-11-1987; *Apostillas en torno a la capacidad de las personas jurídicas,* RDCO, año 1º, 1977, pág. 733 y sigtes.

ción, modificó el artículo 1º de la ley de Sociedades nº 19.550 "Habrá sociedad a los fines de esta ley, cuando una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en el capítulo II, se obliguen a realizar aportes, para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...". Como se advierte, la sociedad se constituye en base a un acto de voluntad unilateral de sus fundadores (o fundador).

Una de las razones para soslayar la segunda solución, fue que la regulación del patrimonio de afectación, introducía desajustes innecesarios en el sistema, habida cuenta de la unidad de patrimonio consagrada en el régimen argentino. Otro argumento de peso para propiciar la solución tomada, fue que la organización de la empresa de responsabilidad individual no brinda satisfacción adecuada a los problemas de los grupos de sociedades; y éstos se manifiestan como una realidad consustancial de la economía contemporánea [9].

A su vez, la apertura de las sociedades de responsabilidad limitada y anónima a través de la aplicación de las reglas de la sociedad pluripersonal a la unipersonal, resulta simple y de plausible rigor lógico. También, el peculiar valor de la sociedad unipersonal como modelo organizativo y elemento de la *fattispecie,* es un aspecto particularmente significativo desde el punto de vista operativo.

En cuanto al marco técnico-jurídico, la empresa individual con limitación de responsabilidad, persigue como finalidad exclusiva la limitación de la responsabilidad, sin dotar a la empresa en forma estructural u organizativa. Esto último es esencial en el esquema de la sociedad unipersonal.

Ello sentado, el análisis jurídico-negocial de la figura nos lleva al cuestionamiento de su validez; pues resuelta a partir

[9] V. entre otros Scotti Camuzzi, *La societá con unico azionista come fenomeno tipico del grupo societario,* Rivista delle societá, año 1986, pág. 465 y sigtes.; Mangini, *Societá con unico azionista: recenti svilupi giurisprudenziali e prospettive",* en Giur. comm., 1984, tomo I, pág. 681 y sigtes.

de la organización o estructura de la persona jurídica, cabe examinar si puede o no subsistir con un solo miembro.

La doctrina europea viene entendiendo que la existencia de un socio único, no es obstáculo para la constitución y funcionamiento de los órganos sociales: v.gr. la asamblea funciona como unánime no aplicándose la normativa sobre convocatoria, valiendo como acuerdo la decisión del único socio, siempre que se documente en la forma exigida para aquélla. Parece obvio que deberán respetarse las disposiciones del derecho societario; no sólo aquellas que persiguen primariamente la protección de los terceros (integración y conservación de la intangibilidad del patrimonio, contabilidad y publicidad, etc.), sino también las relativas a la organización interna, competencia y funcionamiento de los distintos órganos sociales.

4. *La evolución del derecho comparado sobre sociedades de socio-único.*

Hasta la década de los setenta fue unánime la tendencia de los ordenamientos europeos, no admitiéndose la fundación originaria de una sociedad de capital unipersonal; con la excepción del *Lichtensteinisches Civil-Gesetzbuch* de 1926.

Tal uniformidad no se verificó sin embargo, para las sociedades nacidas plurilaterales que devenían unipersonales. Por lo demás, existió una diferenciada evolución temporal entre el grupo latino y el de influencia germánica.

El primero de estos bloques, hasta mediados del corriente siglo, fue absolutamente refractario a la sociedad unipersonal en cualquiera de sus manifestaciones; pero a partir de la década de los cincuenta comenzó a reconocer a la sociedad de capital devenida unipersonal, con significativas desigualdades en los distintos ordenamientos [10].

En Alemania mientras tanto, pese al silencio legal, desde fines del siglo pasado se perfiló una fuerte corriente jurisprudencial y doctrinaria, propiciatoria de su admisión. Paralelamente, se ad-

[10] V. Simonette, en Dir. fall., 1981, pág. 110, *Riforme necessarie: la società unipersonale a responsabilitá limitada.*

mitió la licitud de la fundación mediante colaboración de testaferros, para cumplimentar el número mínimo legal de fundadores. Al comenzar la presente década se incorporó en la GmbHG de 1980, la sociedad de fundación unipersonal [11]; cundiendo luego su ejemplo en los ordenamientos latinos. Así, Francia, país tradicionalmente detractor de la figura, la admite en la ley 85.697 del 11 de julio de 1985, completada por el decreto nº 86.909 del 30 de julio de 1986 [12].

Paralelamente Austria, ofrece una construcción jurisprudencial semejante a la alemana, y la aceptación de la sociedad de capital devenida unipersonal, se integra con la tradicional doctrina jurisprudencial del *Durchgriff*, que puede llevar al socio único a ser responsable por las deudas sociales. Se parte de la necesidad de ponderar dos aspectos: el primero, en base al respeto de la decisión autónoma privada sobre la forma de organización para el desarrollo de una determinada actividad empresarial. El segundo, apunta a la necesidad de proteger los objetivos de política jurídica implícitos en las distintas formas organizativas de empresa, v.gr. examinar si se cumplen o se desvirtúan —objetivamente— los fines de protección de los acreedores, implícitos en las normas sobre integración o mantenimiento del patrimonio.

[11] V. N. Horn, *L'enterprise personelle a responsabilité limitée, l'experience allemande,* Rev. Trimm. Der. Com., 1984, tomo 1.

[12] En el ordenamiento francés, las personas jurídicas pueden crear EURL sin limitaciones en cuanto al número (enterprise unipersonelle a responsabilité limitée); en tanto las personas físicas sólo pueden constituir una; tal restricción ha sido criticada "...alors que la consécration de L' EURL avait notament, pour but de remedier au phénomene des sociétés fictives, la limitation de l'article 36-2 compromet cet objectif car pour bénéficier des avantages d'une limitation de responsabilité pour une deuciéme enterprise, il faudra créer une deuciéme SARL, en trouvant un associé fictif", v. P. Serlooten en *L'enterprise unipersonele a responsabilité limitée,* D. 1985, CHRON. pág. 192, nº 36. La EURL constituida por una persona física no puede ser cuotista de otra EURL; pero una EURL sí puede ser socia de otros tipos societarios, SA o SARL pluripersonales, SNC, sociedades en comandita simple o por acciones.

La ley del 11 de julio de 1985 fue completada por un decreto de aplicación.

La jurisprudencia suiza también desarrolló una doctrina en torno al *Einheitsprinzip* o *Identitats Princip* que supone en casos de abuso la responsabilidad directa del único socio.

La doctrina de este país [13] diferenció tres supuestos distintos: 1) confusión de patrimonios en el sentido de que el accionista haya dispuesto del correspondiente a la sociedad como suyo propio; 2) infracapitalización o dotación económica de la sociedad desproporcionada con los negocios que acomete; 3) hechos que permitan presumir de modo general que la independencia jurídica del accionista y de la sociedad no se corresponde con la realidad.

Los casos concretos pueden presentarse, como situaciones de inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando la interpretación del contrato o del objetivo de una norma puntual resulta insuficiente: v.gr. confusión de patrimonios, subcapitalización de la sociedad, utilización del ente para fines propios, abuso de la personalidad jurídica.

Además de Alemania y Francia, han incorporado normativamente la sociedad por fundación unipersonal: Dinamarca por ley del 13 de junio de 1973: Holanda en 1986, Portugal en 1986; Bélgica por ley del 14 de julio de 1987 [14]. España la propone en el Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE [15]; elaborado por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (17 de junio de 1987); dos años antes Luxemburgo presentaba a su Parlamento un proyecto en igual sentido.

La normativa comunitaria (1ª y 2ª directiva) admite —por vía de una armonización negativa—, la fundación originaria de la

[13] Petitipierre, Sauvain, *Droit de sociétés et groupes de sociétés*, Génova, 1972, pág. 69.

[14] Art. 1832, Cód. civil belga: "Une societé peut etre constituée par desou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénefice qui pourra en résulter ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens a l'exercise d'une activité déterminée".

[15] Involucra a la sociedad anónima unipersonal como supuesto de fundación por un socio único, cuando éste es un ente público o una sociedad anónima ya constituida; también la sociedad anónima devenida unipersonal.

sociedad de capital unipersonal. Y, a nivel de proyecto el derecho comunitario previó la figura. (Proyecto de Estatuto de la Sociedad Europea art. 3.3.: "Toda sociedad europea podrá constituir una filial bajo la forma de sociedad europea").

Consecuentemente, el Consejo de Europa, promueve el acceso del empresario individual a la organización societaria, por considerarla la estructura más conveniente, para el desarrollo de negocios en el mercado interno. No he encontrado en el derecho comunitario, norma alguna que conecte a la unipersonalidad con regímenes especiales de responsabilidad para el socio único.

En el continente americano, la mayoría de los Estados de los EE.UU., admite que una sola persona pueda operar como fundador; y desde 1961 la *Model Businness Corporation Law* eliminó el requisito de tres socios fundacionales (L. 1916, C 855, sec. 401) estableciendo: SEC. 401. Incorporators. *One or more natural persons of the age of eighteen years or over may acts as incorporators of a corporation to be formed under this chapter* [16].

[16] Sin embargo, es obvio que la estructura societaria, no impide en ese país la responsabilidad personal del accionista único en todo tiempo y en toda circunstancia, v. gr., existe responsabilidad del socio único cuando la sociedad ha sido su "alter ego", "nominal entity" o "instrumentally"; tales expresiones carecen de autodefinición, pero adquieren significado a la luz de los hechos y la práctica judicial. La teoría del "alter ego" responsabiliza al accionista cuando ha permitido la confusión de patrimonios, ha desviado fondos del patrimonio social para atender a deudas privadas o los ha utilizado para propósitos particulares o en otras corporaciones; también en casos de "estoppel" o de corporaciones con "wholly owned subsidiers".

En situaciones de infracapitalización, donde el capital social resulta manifiestamente inadecuado para el normal desarrollo del objeto social, el socio será responsable de las deudas sociales, cuando la sociedad no pueda atender a las obligaciones que "reasonabily come be expected to arise in that business" ("Minton vs. Cavaney", 56 Col., 2d. 576. 1961). Obviamente, la personalidad societaria puede ser desestimada (lifting the corporate veil) sin necesidad de que exista fraude; y aún cuando el acreedor no haya confiado en la aparente solvencia de la sociedad (v. gr., acción de responsabilidad emergente de daños extracontractuales incoada por un tercero contra el ente).

En Latinoamérica, Brasil introdujo la sociedad unipersonal con la figura de la subsidiaria integral, regulada por la ley 6404 (arts. 251 y sigtes.), inspirada en las *wholly owned subsidiary* norteamericanas. Costa Rica la incorpora en 1964; El Salvador en 1970; Perú en 1976, y, Paraguay en 1983, también han legislado el instituto.

5. *Algunos aspectos de política jurídica.*

Si la resistencia a esta estructura de explotación empresaria con riesgo calculado se funda en la posibilidad de su insolvencia; es obvio que la pluralidad de socios no soslaya la situación. Los problemas causados por la tutela del crédito no son privativos de esta sociedad. De otro lado, la adecuada fiscalización a través de simples sistemas de auditoría, o, disposiciones sobre seguro obligatorio ayudarán a la prevención del abuso; pero su instrumentación no compete a la ley de fondo.

Algunas críticas han apuntado al "riesgo empresa". A mi entender, si lo que se pretende es identificar "riesgo empresario" con responsabilidad patrimonial por todas las obligaciones sociales, el concepto es irrelevante sea sobre el plano de los principios sea sobre el plano exegético. Ello, porque la responsabilidad del socio coincide sólo parcialmente con la de la sociedad, el "riesgo empresa" en sentido estricto es distinto del riesgo engendrado por la dirección de la empresa [17].

La responsabilidad personal del socio de la sociedad de capital unipersonal —al igual que la de los socios de una sociedad pluripersonal—, se limita a su aporte. Aceptarlo tropieza con dificultades conceptuales y semánticas; pero prohibir la sociedad unipersonal en función de tales preconceptos es una forma de declarar nuestra impotencia para contener los abusos. No es dable apartarse del realismo jurídico; en la solución de casos concretos es la prudencia jurídica la que impone la solución razo-

[17] Ferri Giuseppe, *Responsabilitá dell'unico socio di una anonima*, "Foro it", 1932, tomo I, pág. 726; *Le societá*, Torino, 1971, pág. 300; Donozza, *Responsabilitá dei soci e rischio d'impresa nelle societa personali*, Milano, 1973, pág. 256, nota.

nable del caso, dentro de un contexto sistemático. Ello no puede confundirse con simple pragmatismo.

En el panorama que presentan los países que venimos mencionando; sin pretensiones de exhaustividad, el reconocimiento de esta sociedad no carece de límites. En mi opinión, de acogerse a la realidad socio-económica que confirma la existencia de sociedades de capital unipersonales, se concretará una evolución constructiva de nuestra jurisprudencia y doctrina; consecuente con el contexto nacional y el derecho positivo más avanzado.

Ahora bien, una vez compulsada la evolución del derecho comparado parece adecuado ocuparse de la razón para admitir la fundación de una SA o SRL por una persona física, jurídica, pública o privada. Ello nos llevará a consideraciones diferenciadas: las de política jurídica y las de índole jurídico-conceptual.

6. *Fundamentación desde el ángulo negocial y funcional.*

No parece reprochable la formación de una sociedad con el objeto de limitar los propios riesgos al capital invertido; afirmar lo contrario implicaría ignorar la justificación histórica del sistema de empresas de responsabilidad limitada. Si parece indeseable continuar con la mayor parte de la actividad negocial bajo el signo de la marginación, de la nulidad jurídica.

El tema está sobre el tapete en la Argentina desde comienzos de siglo; a la puerta del tercer milenio parece conveniente salir del cómodo estancamiento propiciado por fórmulas automáticas.

Se ha señalado que en estas sociedades, carece de sentido utilizar una técnica de órganos estructurada para resolver el problema de la multiparticipación, pues la unipersonalidad afectaría negativamente la adopción de acuerdos sociales, la convocatoria a asambleas, aprobación de balances, la *affectio societatis,* etcétera, En suma, desde una particular óptica el régimen proyectado extinguiría las relaciones sociales internas, suprimiendo el control recíproco entre los socios y privando de contenido a la noción de interés social.

Se ha dicho que el Proyecto no es persuasivo en punto a la estructuración de la responsabilidad y la protección de los terce-

ros. Desde tal perspectiva existiría un involuntario retroceso en el aseguramiento de la intangibilidad del capital social.

Si hablamos de responsabilidad apuntamos a dos significados diferentes; el primero en cuanto a garantía patrimonial sujeta a la ejecución forzada de los acreedores; el segundo, en punto a la obligación de resarcir el daño, originado en un comportamiento doloso o culposo contractual o extracontractual [18].

En las sociedades anónimas (plurales o individuales), la responsabilidad limitada del accionista, se conecta con el principio de intangibilidad del capital; umbral de solvencia de la empresa. Esta cuestión nos lleva al planteo del método del P.C.U., que ha renunciado —concientemente— a establecer una regulación completa e integral de la figura, pretendiendo llevar una determinación político legal a una estructura normativa apoyada sobre tres pilares: 1) los derechos de los acreedores sociales, 2) los derechos de los acreedores personales del socio único, 3) los derechos de éste.

La responsabilidad limitada se conecta con la idea de persona jurídica como sujeto de derecho; en cambio la responsabilidad ilimitada se relaciona con la disciplina del "riesgo de empresa" [19]; la exoneración de ese riesgo y consecuentemente de tal responsabilidad, tiene un fundamento propio inidentificable con el fundamento de la responsabilidad ilimitada.

Por nuestra parte quisiéramos llamar la atención, sobre que, responsabilidad ilimitada y responsabilidad limitada no son figuras correlativas puestas en planos diferenciados; tampoco pueden identificarse ortodoxamente sobre la base del principio *krine herrschaft ohne haftung*. Obsérvese que desde este parámetro resultaría azaroso explicar la ilimitada responsabilidad de un socio, no administrador de una sociedad colectiva.

La ley establece la autonomía patrimonial con finalidades precisas [20] que el socio con propósitos subalternos puede contra-

[18] Scotti Camuzzi, Sergio, *Unico accionista, gruppi, lettres de patronage*, Milano, 1979, Giuffré Editore, pág. 102 y sigtes.

[19] Rossi, *Persona giuridica, propietá e rieschio d'empresa*, Milán, 1967.

[20] Fargosi, Horacio P., *Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica*, L.L., diario del 18-10-1988.

riar sin incurrir en una actuación *contra legem*, sino simplemente en un apartamiento de la función económico social del negocio.

En el caso de que el socio único administrador o no, disminuya por fraude o negligencia culpable la capacidad patrimonial de la sociedad, entrará a jugar su responsabilidad, siendo aplicables las normas generales del ordenamiento vigente (v.gr. utilización del patrimonio social para un destino diferente al legalmente previsto; v.gr.: distribución de dividendos ficticios o disposición de los bienes sociales en provecho propio o de terceros, en forma directa apropiándose de ellos, o, indirecta mediante el otorgamiento de garantías).

En los daños cometidos por dolo el administrador será responsable de los daños ocasionados, inclusive respecto a las consecuencias mediatas, causales y daño moral (C. Civ. arts. 902, 904, 1068, 1069, 1077, 1078 y sigtes.), solidariamente y sin regreso (C. Civ. arts. 1081 y 1082). Y en caso de concurso podrá ejercerse contra el administrado la acción concursal de responsabilidad y acción social de responsabilidad por vía subrogatoria.

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley de Sociedades, sanciona el uso antifuncional de la persona jurídica no conllevando una limitación genérica de la personalidad, sino apuntando al problema de la responsabilidad consagrando su inoponibilidad absoluta en ciertos supuestos.

Como señalara Fargosi [21] siguiendo a Konder Comparato, la causa de la constitución de sociedades debe entenderse de modo genérico y también en forma específica. En un aspecto equivale a la separación patrimonial, o sea, la constitución de un patrimonio cuyos activos y pasivos se confunden con los derechos de los socios. Específicamente dicha separación patrimonial se establece para la consecución del objeto social expresado en el contrato, pero sólo se justifica con la permanencia de dicho fin, de su utilidad y de la posibilidad de su realización. La desviación del uso implica la frustración de la causa y da fundamento

[21] Fargosi, Horacio Pedro, *Cuestiones preliminares sobre la reforma de las sociedades comerciales.*

a la "suspensión" y no a la destrucción de la separación patrimonial [22].

Las situaciones referidas no agotan los problemas de responsabilidad del socio único en mérito a la relación económica y funcional. En la práctica, el socio único se ve compelido con mucha frecuencia a comprometer su patrimonio personal en garantía de las operaciones que realiza la sociedad. Los acreedores financieros —principalmente— exigen garantías que alcanzan el patrimonio personal del socio único, con lo que además éstos evitan la concurrencia de otros acreedores. Pero la observación tiene tan sólo un valor relativo, pues con o sin la sociedad unipersonal, es frecuente que por vía negocial se arbitren fórmulas para comprometer la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

La necesidad de encuadrar la figura en el orden jurídico global, más allá de su regulación específica, se vincula también con la noción de administrador de hecho, o sea con las cargas normativamente impuestas a los administradores y, la consecuente responsabilidad independiente de la calidad formal del sujeto que ejercita la actividad. Si atendemos a la reformulación de los alcances de la personalidad jurídica a que nos referimos supra, deberá concluirse en la responsabilidad del socio único —administrador o no—, cuando a través de instrucciones o condicionamientos incurre en desviación del interés social.

El Proyecto no trató de suministrar "toda" la estructura dogmática, pues ésta ya se encuentra en los principios generales del derecho, en la normativa concursal y societaria actualmente vigente [23]. Pero la consecución de tales fines exigiría una jurispru-

[22] Konder Comparato, Fabio, *O poder de controle na sociedade anonima,* 2ª ed., San Pablo, 1977, pág. 369 y sigtes.

[23] Angelici Carlo, 1ª Conferencia Internacional sobre la Unificación del Derecho privado en la Argentina, Tucumán, 22/24 octubre 1987 "... da un punto di vista della tecnica legislativa, e probabilmente corretta e conforme alla nostra comune tradizione giuridica la soluzione che non pretende di entrare nei legiferare tipico della *civil law* la quale a differenza della *common law,* non richiede che il legislatore intervenga con una disciplina analítica e tendenziosamente esaustiva, ma consente, anzi impone, l'integrazione della legge mediante gli strumenti della analogica e

dencia y doctrina basada en métodos conducentes. Como se recordará, los tribunales franceses han aplicado al derecho societario, la doctrina de la desviación del poder *(turnement de pouvoir)*.. consagrada hace ya mucho tiempo por el derecho administrativo..

En el mismo orden de ideas, la doctrina jurisprudencial francesa del *maitre de l'affaire,* reconocida en ese país en el artículo 437.4 de *C. de Commerce* introducido por ley del 20 de mayo de 1935, pasando a ser el artículo 446 de ese Código y actualmente en la ley de quiebras francesa de 1967 (art. 99 a 101); fue receptada en nuestro país en la ley de concursos, artículo 155. Esta doctrina recoge dos supuestos diferenciados: a) cuando no hay fraude o perjuicio de terceros, pero sí existe una instrumentalización de la persona jurídica, para disponer de ella y de su patrimonio en interés propio y como cosa propia, b) en la hipótesis de inexistencia del supuesto de hecho en el que el legislador autoriza la existencia de la persona jurídica.

Desde esta perspectiva internacional, cabe recordar que los tribunales americanos han decidido que cuando el capital social resulta manifiestamente insuficiente para el ejercicio de la actividad empresaria, el socio controlante no puede escudarse en la separación de patrimonios ni impedir la ejecución de sus bienes personales, para atender a los créditos sociales en caso de falencia de la sociedad. Ello porque la explotación en tales condiciones importaba un riesgo creado para los terceros.

---

della ricerca della *ratio legis*; con il vantaggio, almeno a me pare, di una maggiore opportunitá per l'interprete e per il giudice di adecuarsi alle esigenze dei singoli casi e con la possibilitá di articolare una tipologia nell' ambito delle norme generali ed astratte" . . ."se mi permette una prognosi, che un ruolo ben piú rilevante potrebbe assumere una clausola generale come quella contenuta nell' art. 1071 del progetto di unificazione. Essa in effecti si riferirse letteralmente al solo abuso di diritti; forse pero non e difficile ampliarne la portata ad un ipotesi in cui l'abuso si caractterizza per l'incongrua utilizzazione di una situazione organizativa; pure qui e possibile individuare ipotesi "el que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos", e pure qui mi sembra ben piú adequata una soluzione secondo cui "el juez proveerá lo necesario para evitar los efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición del estado de hecho anterior y fijará una indemnización. . .".

El tema no es aquí que el socio no haya mantenido la sociedad como un ente separado, sino que el accionista debió —razonablemente— saber con anticipación que la sociedad no podía pagar las deudas que estaba contrayendo.

Asimismo, en Alemania Federal la insuficiente capitalización de la sociedad motivó el apartamiento de la personalidad jurídica, y, la ejecución de los bienes del socio único, considerando la doctrina de ese país la insuficiente capitalización como desvío de la finalidad del instituto en la economía societaria.

No es posible omitir la distinción entre socio único y socio tirano; porque si ambos tienen el control de la sociedad, el último confunde su patrimonio personal con el de ésta, utilizándola como instrumento de su actividad individual. La confusión de patrimonios será criterio fundamental para soslayar la personalidad jurídica, pues si el socio único no la mantiene, ¿por qué los jueces deberán hacerlo?

Lo fundamental en cada situación será apreciar la operatoria en sí misma.

Desde esta perspectiva, los artículos 54, 248 y 272 de la Ley de Sociedades, el artículo 165 y 166 de la Ley de Concursos, serán decisivos para alcanzar el funcionamiento armónico de la figura.

No deben descartarse tampoco las sanciones personales y penales que pueden producirse contra el socio único, y sus administradores.

Finalmente, quisiera consignar que el legislador no es el patrono del derecho; la presencia del derecho material existente y la labor de la jurisprudencia y la doctrina determinarán la interpretación, elaboración y aplicación de la norma proyectada en la realidad de los casos. Lo justo lo determina la prudencia, pero lo prudente lo determina la cosa misma [24].

[24] Pieper, *El descubrimiento de la realidad,* Ed. Rialp, Madrid, 1974,

LINO ENRIQUE PALACIO

DERECHO PROCESAL CIVIL

Tomo 1º
NOCIONES GENERALES

Tomo 2º
SUJETOS DEL PROCESO

Tomo 3º
SUJETOS DEL PROCESO

Tomo 4º
ACTOS PROCESALES

Tomo 5º
ACTOS PROCESALES

Tomo 6º
PROCESOS DE CONOCIMIENTO
(PLENARIOS)

Tomo 7º
PROCESOS DE CONOCIMIENTO
(SUMARIOS) Y DE EJECUCION

Tomo 8º
PROCESOS CAUTELARES
Y VOLUNTARIOS

Tomo 9º
PROCESOS ARBITRALES
Y UNIVERSALES
INDICE ANALITICO
DE TODA LA OBRA
Tomos 1º a 9º

ABELEDO-PERROT
"ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA"

NOVEDADES 1989

ABELEDO - PERROT

ALTERINI, A. A. — *Derecho Privado,* Parte General, 1 tomo, 432 páginas.

ALTERINI, A. A. — *Derecho Privado,* Derechos Reales, Familia y Sucesorio, 1 tomo, 384 páginas.

ALTERINI, A. A.-LOPEZ CABANA, R. M. — *La Autonomía de la voluntad en el contrato Moderno,* 1 tomo, 144 páginas.

ARACAMA ZORRAQUIN, E. — *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa,* Prólogo del doctor Ernesto O'Farrell, 1 tomo, 96 páginas.

BIANCHI, A. A. — *Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* 1 tomo, 480 páginas.

BORDA, G. A. — *Tratado de Derecho Civil. —Familia—,* 8ª edición, 2 tomos, 912 páginas.

CARNELLI, S. - CAFARO, E. B. — *Eficacia Contractual,* 1 tomo, 208 páginas.

CHAMI, D. E. — *La Protesta Aeronáutica,* Teoría y Práctica, 1 tomo, 118 páginas.

DERECHO DE FAMILIA — *Revista Interdisciplinaria de Jurisprudencia y Doctrina,* —I—, 1 tomo, 168 páginas.

DERECHO DE FAMILIA — *Revista Interdisciplinaria de Jurisprudencia y Doctrina,* —II—, 1 tomo, 154 páginas.

ESTRELLA GUTIERREZ, G. M. de. — *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica,* 1 tomo, 272 páginas.

FALCON, E. — *Caducidad o Perención de Instancia,* 1 tomo, 312 páginas.

GARAY, A .F. — *La Igualdad ante la Ley, —Decisiones Administrativas Contradictorias. Decisiones Judiciales Contradictorias. Desigualdades Procesales,* 1 tomo, 164 páginas.

GARRONE, J. A. — *Diccionario Manual Jurídico,* Abeledo-Perrot, 1 tomo, 784 páginas.

JIMENEZ DE ASUA, L. — *Principios de Derecho Penal - La Ley y el Delito,* 1 tomo, 578 páginas.

GOLD, C. — *Manual Práctico de Contratos Civiles y Comerciales,* 1 tomo, 976 páginas.

KIELMANOVICH, J. L. — *Recurso de Apelación —Teoría y Práctica—,* 1 tomo, 132 páginas.

LIMA, S. — *La Corte y el Proceso. Las llamadas* "Cuestiones Procesales", 1 tomo, 128 páginas. Prólogo de Fernando H. Paya.

LOPEZ CABANA, R. M. — *La Demora en el Derecho Privado,* 1 tomo, 218 páginas.

MADILE, J. A. — *Sociología Jurídica,* 1 tomo, 216 páginas.

MAZZINGHI, J. A.-VIDELA, J. R.-BOGGIANO, A.-ASTIGUETA, C. P.-DIAZ DE PRADA, M. V.- GOWLAND, A. J. — *Nuevo Régimen de Matrimonio Civil. —Ley 23.515—,* 1 tomo, 224 páginas.

MORELLO, A. M. - SOSA, G. L. - BERIZONCE, R. — *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación,* Comentado y Anotado, Tomo IV-A - Artículos 304 a 329, 1 tomo, 480 páginas.

MORELLO, A. M. — *La Corte Suprema en Acción,* 1 tomo, 624 páginas.

PAYA, F. H.-LIMA, S. — *Extinción del Proceso Civil por la voluntad de las partes,* 1 tomo, 152 páginas.

OTAMENDI, J. — *Derecho de Marcas,* 1 tomo, 392 páginas.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES. —1989, I—. Pubicación Oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1 tomo, 184 páginas.

RINESSI, A. J. — *Las Garantías en los Alquileres Urbanos,* 1 tomo, 112 páginas.

SCHWARTZ, B. — *Artífices del Derecho Norteamericano,* 1 tomo, 240 páginas.

VALENTE, C. G. — *Tratado de Socio-Economía Urbanística,* 1 tomo, 240 páginas.

VILLEGAS, C. G. — *Manual de Títulos Valores,* 1 tomo, 288 páginas.

WITTENZELLNER, U. — *Derecho de Marcas en la Argentina. —Bases y Desarrollo—,* 1 tomo, 288 páginas.

"ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA"

LAVALLE 1280 ☎ 35-2848 — LAVALLE 1328 ☎ 40-6126 — AZCUENAGA 1846 ☎ 803-5591

Locales en Facultades de Derecho U.B.A. y U.C.A.

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

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

DICCIONARIO BILINGÜE DE TERMINOLOGIA JURIDICA

INGLÉS - CASTELLANO

CASTELLANO - INGLÉS

ABELEDO-PERROT

"ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA"

MIGUEL S. MARIENHOFF

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo I
TEORIA GENERAL

Tomo II
SERVICIO PUBLICOS.
ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Tomo III - A
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
TEORIA GENERAL

Tomo III - B
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

Tomo IV
LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA
EN INTERES PUBLICO.
POLICIA. PODER DE POLICIA.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Tomo V
DOMINIO PUBLICO

ABELEDO-PERROT