

REVISTA
JURIDICA
DE
BUENOS AIRES

1
9
8
7

III

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

REVISTA JURIDICA
DE
BUENOS AIRES

1987

III



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sáenz.

Secretario Académico: Profesor César Siculer.

Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Suaya.

Subsecretaría Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

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

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

Graduados:

Consejeros Titulares: Jorge Alberto Kors, Carlos Alberto Oscar Cruz, María Cecilia Gómez Masía, Eduardo H. Pena.

Consejeros Suplentes: Néstor A. Sabuqui, Jorge F. Oliden Alberro; José María Monner Sans, Ana Lía Carnevale.

Alumnos:

Consejeros Titulares: Pablo Rueda, Jorge Resqui Pizarro, Gustavo Castañeda Paz, Alejandro Quiroga.

Consejeros Suplentes: Flavio González, Raúl Martínez Fazzalari, Juan Curutchet.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director: Profesor (E) Dr. Ignacio Winizky.

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

Secretario General: Profesor Enrique M. Falcón.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Profesor (E) Dr. Ignacio Winizky.

Subdirector: Profesor Carlos Eduardo Colautti.

Secretaria de Redacción: Profesora Ana María M. de Aguinis.

Consejo de Redacción: Pedro Aberastuy (h.), Augusto Diez Ojeda, Dr. Oscar A. Fernández Brital, Daniel H. Lago, Rafael Mariano Manóvil, Dra. Mónica Pinto, Jorge Alcides Uriarte, Dr. Antonio Vázquez Viard, Dra. 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)

I N D I C E

DOCTRINA

IGNACIO WINIZKY: René Cassin en el Pantheon	9
ALEJANDRO M. GARRO: La formación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventas internacionales y en el Proyecto de Unificación	13
JORGE ALCIDES URIARTE: Alcance y significado de las reformas en el Derecho de Familia	67
NORBERT PELZER: Sachschadensausgleich bei grenzüberschreitenden nuklearschäden	94
NORBERT PELZER: Indemnización de daños nucleares transnacionales (que trascienden las fronteras)	95
Traducción al español: Rafael M. Manóvil	

BIBLIOGRAFIA

Notas de Libros:

Simposio internacional sobre: " <i>Mantenimiento de la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos</i> ", por Rodolfo E. Caffaro Kramer	173
JERZY RAJSKI: <i>Le développement du droit des investissements étrangers dans certains pays socialistes</i> , por Inés M. Weinberg	176
<i>Revista de Revistas:</i>	
FRANÇOIS TERRE: <i>Breves notes sur les problèmes de la traduction juridique</i> , por Lilia M. Gómez de Bacqué	179

RENE CASSIN EN EL PANTHEON

En el primer número de esta Revista se publicó un trabajo de René Cassin que tituló “La protección internacional de los derechos del hombre y sus dificultades”.

El artículo fue seguido por trabajos de profesores de esta Facultad: Francisco P. Laplaza, Segundo V. Linares Quintana, Sofanor Novillo Corvalán, sobre la misma problemática, más una nota de Marco Aurelio Risolía sobre el libro de Sebastián Soler *Fe en el derecho, educación para el derecho y lucha por el derecho* y una compilación bibliográfica sobre Derechos Humanos, de Barrancos y Vedia, entre otros.

Ello así porque en la presentación de la Revista se puso énfasis en ese aspecto del derecho ya que

“...la realidad por cruel que sea no destruye los sueños nobles y cada experiencia que los contradiga, extiende una invitación a luchar para dar consistencia a esas últimas aspiraciones humanas”.

Y se agregaba

“este nuestro primer número, hemos querido dedicarlo casi íntegramente a los Derechos Humanos. En el pretendido dilema entre Ser Humano y Estado nos inclinamos por la supremacía del primero”.

“El Estado debe servirnos a hombres y mujeres para que encontremos todos, sin excepciones, sin discriminaciones, des-

de que nacemos hasta que nos vamos, seguridad para nuestras vidas, libertad para nuestro espíritu, aplicación actual de la técnica para nuestra felicidad y la de nuestros semejantes”.

Cassin dedicó su trabajo al pueblo argentino y lo inició con esta frase:

“Que la colectividad humana tiene el derecho y el deber moral de impedir los grandes atentados contra los derechos del hombre es felizmente una noción muy antigua.

“Sin ir muy lejos en el pasado, se constata con cierto orgullo que las intervenciones humanitarias fueron hechas por algunos Estados mucho antes que hubiere una comunidad jurídica internacional organizada, en ocasión de pestes, masacres, persecuciones”.

Trazó luego una pormenorizada enumeración de esta actitud de hombres y pueblos en la protección de los derechos del individuo, sin dejar de señalar las aberraciones que jalaron y jalonan esa conducta.

Señaló tres transformaciones positivas que se sucedieron a partir del voto y la ratificación de los Pactos referidos a los derechos humanos:

“La internacionalización de un conjunto de problemas reputados de carácter «doméstico»: la postulación del reconocimiento de la competencia de órganos internacionales para juzgar violaciones persistentes y no corregidas por las autoridades del Estado interesado y el reconocimiento al individuo de la calidad de sujeto del Derecho de Gentes”.

Concluía el trabajo con este párrafo:

“Ninguno de nosotros tiene el derecho de permanecer impasible frente a la opresión o a la miseria, escudándose tras la indiferencia o la debilidad momentánea de las Naciones Unidas y con mayor razón, haciéndose cómplice de iniquidades flagrantes. Toda gran injusticia cometida en un país, ofende en todas partes al Derecho y a la Humanidad”.

René Cassin (Bayona, Pirineos Atlánticos 1887 - París 1976) fue gravemente herido en combate en los comienzos de la

guerra del 14; ya era abogado y revistió el grado de cabo del ejército de Francia.

Recuperado se consagró a la protección jurídica de los derechos humanos, que lo llevan a representar a Francia en la Sociedad de las Naciones, a ser el primero en responder al llamado de De Gaulle y sucesivamente a ser Vicepresidente del Consejo de Estado y luego del Consejo Constitucional, miembro de la Comisión de los Derechos del Hombre en las Naciones Unidas y representante de Francia en la Corte Europea de los Derechos Humanos, entre muchas otras presencias.

Fue laureado con el Premio Nobel de la Paz en 1968. Destinó la suma recibida para crear el Instituto Internacional de los Derechos del Hombre.

Francia le rindió en 1987 el más significativo de sus homenajes: lo incorporó al Pantheon de los Héroes.

En la ceremonia de la recepción de sus restos, el Presidente Mitterand, entre otros conceptos, expresó:

“A menudo es necesario tiempo para que los hombres de paciencia y premonición adquieran su estatura a los ojos de la posteridad. Sin embargo, han sido suficientes una decena de años para que René Cassin, muerto en 1976, ocupe su justo lugar”.

“La razón es simple. Si su obra y su nombre toman a tan breve distancia un valor de símbolo es que ya en vida se lo había reconocido. El Profesor René Cassin, hombre de doctrina, comprometido en la acción al servicio de una idea, no había dejado durante su larga existencia las primeras líneas de combate por el derecho...”.

Por su parte, el Primer Ministro Jacques Chirac rindió igual homenaje en el Consejo de Estado, oportunidad en que destacó que Cassin sostenía que

“por encima de la ley estaba la justicia, las leyes no escritas de la conciencia, en nombre de las cuales las leyes positivas deben ser juzgadas y a veces dejadas de lado cuando atentan contra las libertades y la dignidad humana...”.

Este hombre se intercala con rasgos propios entre los Premios Nobel de la Paz y de otros lauros Nobel que se otorgan en diversas disciplinas a quienes dedican sus esfuerzos en favor del hombre y de los pueblos.

Hoy, gracias a la prédica y la acción de muchas personas, instituciones públicas y privadas nacionales e internacionales, la miseria y el hambre pesan intensamente en la conciencia de la humanidad, la guerra causa horror, las segregaciones se repudian vigorosamente, los holocaustos quedan dolorosamente en la memoria humana.

Se aúna a ello la ansiosa búsqueda de un salvataje inmediato, urgente, de la ecología del planeta y del equilibrio, tan difícil, entre la libertad y la seguridad.

Si el poeta llora porque busca la paz entre los hombres y no la encuentra, el Jurista, entre muchos otros, debe actuar denodadamente por hacerla posible.

IGNACIO WINIZKY *

* Profesor Emérito. Director del Departamento de Publicaciones.

LA FORMACION DEL CONTRATO EN LA CONVENCION DE VIENA SOBRE COMPRAVENTAS INTERNACIONALES Y EN EL PROYECTO DE UNIFICACION ¹

ALEJANDRO M. GARRO *

INTRODUCCION

El 11 de abril de 1980, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante "UNCITRAL") aprobó en la ciudad de Viena el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías (en adelante "la Convención"). La República Argentina presentó los instrumentos de adhesión a la Convención el 19 de julio de 1983 y su texto fue aprobado por la ley 22.765, sancionada el 24 de marzo de 1983 ².

Veintiún países manifestaron su intención de ratificarla ³, y al haberlo hecho ya diez de ellos, entró en vigencia en la República Argentina y los demás países que la han ratificado el 1º de enero de 1988 ⁴.

* Alejandro M. Garro, *Lecturer in Law*, Universidad de Columbia.

¹ Este trabajo está basado en la exposición sobre el tema que hice durante la *Primera Conferencia Sobre la Unificación del Derecho Privado Argentino*, realizada en la ciudad de Tucumán, Octubre 22-24, 1987.

² Ley N° 22.765, ADLA, XLIII-B, pág. 1259.

³ Al 11 de diciembre de 1986, la Convención había sido firmada por los siguientes países: República Federal de Alemania, Austria, Chile, China, Checoslovaquia, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Ghana, Hungría, Italia, Lesotho, Holanda, Noruega, Polonia, Singapur, Suecia y Venezuela.

⁴ La Convención ha sido ratificada por Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia.

La Convención provee reglas uniformes relacionadas con la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías y las obligaciones que dicho contrato engendra entre vendedor y comprador⁵. Sólo se aplica a partes que se encuentren domiciliadas en Estados diferentes que han adoptado la Convención, o cuando las normas de derecho internacional privado remiten a la aplicación del derecho de un Estado contratante. Las partes contratantes pueden excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención⁶.

El Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa en lo Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (en adelante "el Proyecto") introduce, y en algunos casos reformula, una serie de disposiciones sobre la formación de los contratos en general. En lo que se refiere a la formación de los contratos entre ausentes, las notas explicativas del Proyecto expresan la necesidad de coordinar las normas de la Convención con las del proyecto, en razón de "la inconveniencia de sujetar a reglas distintas contratos que se formen por oferta y aceptación cursados, por ejemplo, entre Buenos Aires y Mendoza, o entre Buenos Aires y Montevideo"⁷.

El texto del Proyecto ha sido duramente criticado por algunos autores, especialmente en lo que se refiere a la premura con que la media sanción legislativa fue obtenida por los promo-

⁵ La Convención consta de 101 artículos divididos en cuatro partes. La Parte I define el ámbito de aplicación, incluyendo normas específicas sobre la interpretación de su texto (arts. 1-13). La Parte II regula la formación del contrato (arts. 14-24). La Parte III regula la ejecución o cumplimiento del contrato, especificando en detalle los derechos y obligaciones del vendedor y el comprador. Finalmente, la Parte IV contiene disposiciones que se refieren a los métodos de adhesión a la Convención y las reservas que se pueden imponer al ratificarla.

⁶ Convención, arts. 1 y 6.

⁷ *Proyecto de Código Civil*. Nueva edición según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Ordenanza del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción, Notas Explicativas, pág. 45, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.

tores del Proyecto⁸. Otros autores, por el contrario, han destacado a grandes líneas algunas de las reformas introducidas a nuestra legislación civil y comercial, muchas de ellas largamente esperadas⁹. Los legisladores argentinos que empujaron la sanción del Proyecto por la Cámara de Diputados se encargaron luego de explicar porqué era conveniente que el Proyecto contara con una apresurada sanción de la Cámara de Diputados¹⁰. No se trata aquí, sin embargo, de declararse en favor o en contra del Proyecto. Sólo aquellos que lo han estudiado a fondo y se toman el trabajo de explicitar en forma analítica las nuevas normas, podrían tener derecho a una alabanza o condena tan amplia del Proyecto. El propósito del trabajo es más modesto, limitándose

⁸ Véase, por ejemplo, las críticas (algunas de ellas muy bien fundadas) efectuadas por Dalmiro A. Alsina Atienza en su trabajo *El Proyecto de Unificación de Normas Civiles y Comerciales: Algunas de sus muy graves falencias*, *El Derecho*, suplementos Nos. 6844-6847, 19-22 de octubre de 1987, y muy especialmente su artículo *El Proyecto de Unificación de Normas Civiles y Comerciales (Críticas muy urgentes ante el Código civil en terapia intensiva)*, *El Derecho*, 14 de setiembre de 1987. Véase también, José M. Gastaldi, *El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Generalidades. Incidencia en la Doctrina General de los Contratos*, *El Derecho*, Nos. 6854-55, 2-3 de noviembre de 1987; Enrique M. Butty, *Legislación civil y comercial: ¿reforma o cambio...?*, *La Ley*, 11 de agosto de 1987.

⁹ Véase, entre muchos otros artículos, Elena I. Highton, *Las Cláusulas Especiales en el Contrato de Compraventa y el Dominio Revocable en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial*, *El Derecho*, Nº 6842, 15 octubre 1987; Rubén y Gabriel Stiglitz, *Control de las Cláusulas Predispuestas (Su régimen en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial)*, *La Ley*, 10 de julio de 1987; Juan M. Farina, *Los contratos en el proyecto de unificación de obligaciones y contratos*, *La Ley*, 6 de agosto 1987; Carlos A. Parellada, *El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales*, *La Ley*, 25 de agosto de 1987; Osvaldo Blas Simone, *La reforma al artículo 1113 del Código civil en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*, *La Ley*, 2 de setiembre, de 1987.

¹⁰ Véase Osvaldo Camisar, Oscar Fapiano, José A. Furque y Alberto Natale, *Los códigos de derecho privado en el Congreso Nacional*, *La Ley*, 4 de noviembre de 1987. Independientemente de compartirse o no las opiniones de los autores de este opúsculo, resulta sumamente provechosa la lectura de los diálogos parlamentarios que se transcriben.

Aunque en forma de conclusiones y divergencias existe el texto de la Convención y del Proyecto, ahí lo que se refiere se llama especialmente a la formación del contrato.

En conclusión es la de efectuar un análisis crítico de las reformas o cambios introducidos por el Proyecto. Adelantándose a las conclusiones que se elaborarán más adelante, estimo que los cambios introducidos contribuyen a clarificar muchas cuestiones que el Código Civil no aclaraba, y, en este sentido, celebro la oportunidad y contenido de algunas reformas. Sin embargo, también me encargaré de destacar aquellos cambios que se apartan de la proclamada armonización con el texto de la Convención de Viena, como así también aquellas disposiciones que entiendo deben ser revisadas, corregidas o mejoradas antes de ser adoptadas definitivamente. El apéndice documental a este trabajo confronta las disposiciones de ambos textos, lo que permitirá al lector hacerse una idea aproximada de la similitud y disparidad de soluciones entre la Convención y el Proyecto.

Queda limitada de esta forma el ámbito del presente trabajo y adelantadas, en parte, las conclusiones a las que arriba. Aquellos lectores interesados en un análisis más profundo de la Convención o en otros temas que no son aquellos que conciernen a la formación del contrato, pueden consultar una vasta y erudita bibliografía sobre el tema¹¹.

¹¹ Un análisis del texto de la Convención (reproducido en el apéndice), historiando su elaboración, puede encontrarse en A. Boggiano, *La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el ámbito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, vol. 13, p. 355 (1980); Derecho Internacional Privado, volumen 2, pp. 738-750, ed. Depalma, 2da. ed., Buenos Aires, 1983. Para un análisis del texto de la Convención, confrontado con las normas del Código Civil argentino, puede verse A. Garro, *La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Su Incorporación al Orden Jurídico Argentino*, Revista La Ley, 1985-A, pp. 693-707, 930-952; 1985-B, pp. 975-990; 1985-C, pp. 914-945; 1985-D, pp. 868-886. Otros comentarios sobre la Convención han sido publicados en Chile, Colombia y México. Véase, por ejemplo, A. Espina Otero & A. Quintana Hurtado, *Compraventa Interna-*

En lo que respecta al plan a seguir en la exposición y discusión de los problemas que plantea la formación del contrato, considero apropiado comenzar con los requisitos prescriptos para que exista una oferta, extendiéndome un poco en el tema de las “ofertas al público” en razón de la importancia práctica y teórica del tema. Luego paso a discutir los problemas de la oferta en los llamados “contratos a distancia”, reparando en la llamada “fuerza vinculante” de la oferta (retractación, revocación y caducidad de la oferta). A continuación se examinan los requisitos de la aceptación, destacándose el momento en que surte efecto la aceptación como instante en que se perfecciona el contrato. También me refiero en forma especial a los efectos de una aceptación tácita de la oferta, que se encuentra debidamente legislada en la Convención pero inexplicablemente omitida por el Proyecto. Este estudio finaliza con una breve discusión de los problemas que plantea la contrapropuesta que modifica los términos originales de la oferta.

I. LA OFERTA: REQUISITOS

El artículo 1147 del Proyecto establece los requisitos o condiciones necesarios para que una propuesta de celebrar un contrato constituya una oferta. Dichos requisitos son los siguientes: (1) que sea dirigida a persona determinada o determinable; (2)

cional de Mercaderías: Análisis de la Convención de las Naciones Unidas, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1985; R. Mac Lean, *La Compraventa Internacional*, en *Derecho del Comercio Internacional*, pp. 43-63, ed. Temis, Bogotá, 1982; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 48, setiembre-diciembre 1983; pp. 893-925; *Coloquio Internacional de Derecho Mercantil: La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, Anuario Jurídico, N° 10, Universidad Nacional Autónoma de México (1983). Para la abundante bibliografía extranjera puede consultarse con provecho la que publica UNCITRAL sobre los trabajos relacionados con las convenciones o proyectos de convenciones. *Bibliografía de Obras recientes relativas a la Labor realizada por la CNUDMI*, A/CN. 9/284, 28 de abril de 1986.

que sea lo suficientemente precisa como para poderse individualizar las obligaciones de las partes; y (3) que pueda interpretarse razonablemente —conforme a los usos y costumbres y las circunstancias del caso— la intención de obligarse por parte del oferente. Esta disposición es más exigente en lo que se refiere a los requisitos que debe reunir una propuesta para que adquiera el carácter vinculante de “oferta”, que la establecida por el artículo 1148 del Código Civil argentino (en adelante “C.C.”). El artículo 1148 del C.C. sólo requiere que “la promesa” sea dirigida a personas o personas determinadas¹², por ello es que no es cierto que el artículo 1147 del Proyecto siga “el mismo criterio” que el actual artículo 1148 del C.C.¹³.

El artículo 1147 del Proyecto es sustancialmente similar al del artículo 14 (1) de la Convención, pero caben observar diferencias muy importantes entre el Proyecto y la Convención en lo que se refiere a la determinabilidad del destinatario y precisión de los términos de la propuesta.

1. *Determinabilidad del destinatario*

Mientras que el artículo 14 (1) de la Convención exige que el destinatario¹⁴ o destinatarios sean personas “determinadas”, el

¹² C. C., art. 1148:

“Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”.

La doctrina nacional se encuentra dividida entre los que sostienen que Vélez Sársfield quiso decir “propuesta” u “oferta” al escribir “promesa” y aquellos que sostienen que debe leerse tal como está escrito y que se refiere por lo tanto a una “promesa”. La Corte de Justicia de Salta decidió que el artículo 1148 del C. C. regula el contrato de opción de compra en la cual una parte se compromete a vender y la otra acepta esta promesa pero sin obligarse a comprar, sino que subordina su decisión de comprar a una declaración de voluntad posterior. Corte de Justicia de Salta, Sala III, 18 de diciembre de 1974, Jurisprudencia Argentina, 26-1975-493.

¹³ Véase Juan M. Farina, *Los contratos en el proyecto de unificación de obligaciones y contratos*, La Ley, 6 de agosto de 1987.

¹⁴ La palabra “destinatario” para indicar la persona a quien se di-

artículo 1147 del Proyecto parece más amplio puesto que este requisito quedaría satisfecho si la persona a quien se dirige la oferta es determinada o “determinable”. La diferencia, sin embargo, no parece ser muy significativa, puesto que siempre puede decirse que una persona “determinable” es al mismo tiempo un destinatario “determinado”, y viceversa¹⁵. Habitualmente se individualizará al destinatario de una oferta por su nombre o denominación, pero tanto bajo el texto de la Convención como bajo el artículo 1147 del Proyecto no cabría dudar de la fuerza vinculante de una oferta dirigida, por ejemplo, a “los propietarios de predios ubicados en la Comuna de . . .”, etc., aunque en este caso sería más apropiado hablar de destinatarios “determinables” que “determinados”. En este sentido, el texto del Proyecto refleja una precisión de la que carece el artículo 1148 del C.C. y el artículo 14 (1) de la Convención¹⁶. No me explico porqué los redacto-

rige la oferta puede resultar demasiado genérica. Su empleo resulta inapropiado una vez que la oferta ha llegado a destino, ya que entonces el “destinatario” se ha convertido en “receptor de la oferta” y quizás después en “aceptante”. En inglés suele hablarse de *offeror* y *offeree* palabras más precisas para señalar, respectivamente, al que emite la oferta y aquél a quien va destinada y eventualmente en algún momento la recibe y la acepta. Como no se me ocurre un término en español que sea menos amplio que “destinatario” optaré por utilizar este término inclusive para referirme al que ya ha recibido la oferta. El Profesor mejicano Mantilla Molina destaca que los autores italianos usan el término *oblato* para identificar al destinatario, por oposición a *oblato* con el cual se identifica al proponente. Véase Roberto L. Mantilla Molina, *La formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, en Anuario Jurídico, vol. X, pp. 165, 176, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1983.

¹⁵ Así lo expresa Segovia, al interpolar la palabra “determinable” en su lectura del art. 1148 del C. C. (“para que la oferta obligue al promitente, no es necesario que se la formule a una persona determinada, basta con que sea determinable”). L. Segovia, *El Código Civil Argentino. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, vol. 1, pág. 315, nota 15, Buenos Aires, 1881.

¹⁶ Cabe señalar que mientras que el art. 1147 (2) del Proyecto requiere que la oferta sea dirigida a persona determinada o determinable, el art. 14 (1) de la Convención (como así también el art. 1148 del C. C.) requieren, respectivamente, que la oferta sea dirigida a “una o varias per-

res del Proyecto, cuya confesa intención ha sido la de armonizar las normas del Proyecto con las de la Convención, se han apartado en esta ocasión, como así también en tantas otras, de la feliz terminología empleada por la Convención.

La jurisprudencia argentina registra casos decididos bajo el artículo 1148 del C.C. en los cuales se ha otorgado fuerza vinculativa a la oferta en circunstancias en que la determinabilidad del destinatario era mucho más vaga que el del ejemplo que se acaba de ofrecer. Me refiero a casos en que el destinatario no es ni determinado ni determinable. Por ejemplo, se decidió en favor de la fuerza vinculativa de una oferta de venta hecha por la prensa¹⁷ y de una oferta originada en la exposición de mercaderías en un escaparate con indicación del precio¹⁸. El texto del artículo 1148 del C.C. no parece autorizar esta conclusión, y la nota del codificador a esta norma, con cita a Savigny, no es congruente con el texto del artículo. Tanto el Proyecto como la Convención cuentan con normas específicas sobre el tema, que serán analizadas más adelante al discutir la validez de las ofertas al público¹⁹. Lo que me interesa destacar en este momento es

sonas determinadas” o bien a “persona o personas determinadas”. Lo que quiero destacar aquí es la presencia del singular calificando a “persona” en el Proyecto del uso del plural en la Convención y el C. C. Estimo que las regulaciones sobre formación de los contratos presuponen la existencia de un vínculo jurídico singular entre un oferente y un destinatario. Claro que una oferta puede ser dirigida a dos o más personas, pero en este caso las regulaciones sobre la formación del contrato se aplicarán a cada uno de los vínculos contractuales formados con cada uno de los destinatarios. Mantilla Molina ha manifestado su preocupación por la incertidumbre que podría surgir en el caso de que se pretendiera aplicar las normas sobre formación de los contratos a las relaciones jurídicas que podrían surgir en caso de que la oferta sea enviada para su aceptación conjunta por parte de dos o más destinatarios. Véase Mantilla Molina, *ob. cit.*, *supra*, pp. 168-169.

¹⁷ Cám. nac. civil, sala A, La Ley, t. 71, pág. 190.

¹⁸ Cám. nac. paz, sala II, Jurisprudencia Argentina, 1961, t. IV, página 563.

¹⁹ El artículo 1145 del Proyecto expresa que la “oferta a persona indeterminada vale sólo como invitación a contratar”, remitiéndose el art.

que los artículos 1145, 1147 y 2291 del Proyecto nos brindan una plataforma normativa mucho más útil para solucionar problemas suscitados por ventas al público que el actual artículo 1148 del C.C.

2. *Ofertas al público*

La doctrina y la jurisprudencia argentina no ha llegado a un acuerdo sobre las circunstancias bajo las cuales una oferta dirigida a personas indeterminadas tiene fuerza vinculante²⁰. La diversidad de criterios se explica, en gran parte, porque tanto el artículo 1148 del C.C., su fuente inmediata que es el artículo 1852 (2) del *Esboço* de Freitas, como así también el artículo 454 del Código de Comercio (en adelante "C. Com.") le niegan fuerza vinculante a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, mientras que la nota al artículo 1148 del C.C. parece indicar que dichas ofertas surten efecto al momento de ser aceptadas.

En dicha nota, Vélez Sarsfield se muestra partidario de la fuerza vinculatoria de ofertas a personas indeterminadas, sosteniendo junto a Zacharie y Savigny que "la indeterminación que se presenta es sólo en el tiempo en que el contrato se prepara, y no en el tiempo en que el contrato se concluye". Esta misma explicación acompaña al artículo 731 del C.C. para fundamentar la fuerza obligatoria de títulos emitidos al portador, y ha sido seguida por parte de la doctrina nacional para justificar que el empresario o comerciante no puede negarse a la venta o prestación de cosas o servicios que ofrece al público consumidor²¹.

2291 de la Sección IV ("De Otras Fuentes de las Obligaciones"). Título I ("De las Obligaciones que Resultan de una Declaración Unilateral de Voluntad") donde se legisla sobre promesas al público.

²⁰ Las diversas posturas se encuentran resumidas en el artículo de Atilio A. Alterini, *Formas Modernas de la Contratación*, 1980-D-La Ley, 1108, 1110.

²¹ Salvat, por ejemplo, sostiene la validez de una propuesta hecha a persona indeterminada siempre y cuando se den los otros requisitos de precisión con respecto a las obligaciones de las partes. Siguiendo la nota al art. 148 del C. C., Salvat expresa: "Puede ocurrir que la persona o per-

Esta explicación no es satisfactoria ni persuasiva, ya que en el contexto de la formación del contrato lo que interesa aclarar es si la determinabilidad del destinatario es necesaria “al tiempo en que el contrato se prepara”. Es decir, si la determinación de la persona debe existir en el momento de emitirse la oferta. Es obvio que si una oferta alguna vez madura en un contrato, el destinatario de la oferta se podrá determinar al momento en que la acepta. Pero el artículo 1148 del C.S. se refiere a la fuerza vinculatoria de “la propuesta” y todo parece indicar que dicho precepto exige que la persona sea determinada al momento de emitirse la propuesta y no *a posteriori* ²².

El artículo 1145 del Proyecto introduce por primera vez en el derecho argentino normas expresas sobre la vinculatoriedad de las ofertas al público. El flamante panorama normativo, en resumidas cuentas, es el siguiente. Conforme al artículo 1147 (2) del Proyecto la propuesta no tiene fuerza vinculatoria a menos que sea destinada a personas determinadas o determinables. Por otra parte, el artículo 1145 expresa que la oferta a persona indeterminada vale sólo como invitación a contratar, a menos que resulte lo contrario de las circunstancias de su emisión. Finalmente, el artículo 2291 del Proyecto, que se refiere específicamente a promesas al público, constituye una excepción al principio general de que una propuesta dirigida a persona indeterminada no crea ningún deber jurídico para el proponente ²³.

sonas queden provisionalmente indeterminadas, como ocurre en los casos de mercaderías que un comerciante ofrece en venta de cosas que se venden en remates públicos, etcétera, la indeterminación es aquí provisional y dura sólo mientras se prepara el contrato”. (El énfasis es mío). R. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, vol. 1, pág. 62, ed. Tea, Buenos Aires, 1954.

²² Al discutir este punto, Spota se muestra partidario, aunque sea *de lege ferenda*, de que el oferente sea obligado “en la medida de las existencias” de las mercaderías o artículos cuya venta se anuncia. También sugiere que la responsabilidad del oferente puede, en último caso, ser considerada extracontractual, A. G. Spota, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, vol. 1, § 179, pp. 268-269 (1981).

²³ Proyecto, art. 2291:

“El que promete al público una prestación a favor de quien

La primera cuestión a dilucidar es la relación entre el artículo 1145, que se refiere a la oferta “a personas indeterminadas”, y el artículo 2291 que se refiere a las “promesas al público”. Esto no resulta claro del Proyecto, que, por otra parte, dada la importancia del tema, no debió limitarse con una referencia numérica a otra disposición, sino que debió haber legislado en forma específica sobre este tema en este lugar del Proyecto²⁴. En primer lugar cabe observar que el artículo 2291 no se refiere a todo tipo de ofertas al público, sino a aquellas que requieren del destinatario un acto determinado, tal la oferta de recompensa ofrecida para quien encuentre un objeto perdido o atrape a un ladrón²⁵. Con respecto a otro tipo de ofertas dirigidas al público en general, cabe distinguir entre diversas hipótesis entre las cuales pueden destacarse las siguientes por sus repercusiones prácticas:²⁶.

(a) Las que se efectúen mediante la exhibición de mercaderías en vitrinas o escaparates o por otros medios similares;

cumpla determinados requisitos queda obligado por su promesa desde el momento en que la hace pública.

Si la promesa es hecha sin plazo y éste no resulta de su naturaleza o finalidad, la obligación se extingue si en el término de un año no fue comunicado el acaecimiento de la condición.

La promesa puede ser revocada por justa causa antes de cumplida la condición. La revocación debe hacerse pública por medios similares a los usados para hacerla conocer”.

²⁴ Véase Juan M. Farina, *Los contratos en el proyecto de unificación de obligaciones y contratos*, La Ley, 6 de agosto de 1987, quien hace una observación similar, pero atribuyéndole al art. 2291 del Proyecto un alcance más amplio que el que tiene.

²⁵ Véase, e. g., C. C., art. 2536.

²⁶ Atilio A. Alterini discute también las relaciones contractuales que resultan de las transacciones con máquinas expendedoras automáticas por intermedio del llamado “tráfico de ventanillas”. Los problemas que se presentan en estas formas modernas de contratación, que no radican en la indeterminación del destinatario de la oferta, son discutidos en el artículo de Alterini citado precedentemente.

(b) Las que se realicen a través de anuncios o publicaciones dirigidas al público en general; y

(c) Las que se realicen a través de prospectos o catálogos distribuidos por correo a una gran cantidad de personas.

De estos tres casos, los dos primeros caen sin duda en la categoría de ventas al público dirigidas a personas indeterminadas. Este tipo de ofertas valdrán sólo como una invitación a comprar y no vinculan al proponente, a menos que “de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención del oferente de obligarse”²⁷. Este tipo de propuestas no pueden adquirir fuerza vinculante a través del artículo 2291 del Proyecto, ya que éste se aplica solamente si el proponente exige que el destinatario “cumpla determinados requisitos”. Sin embargo, a pesar de que se consideren *prima facie* como meras invitaciones a contratar, diversas circunstancias fácticas que deben ser analizadas a la luz del artículo 1145 del Proyecto pueden llevar a la conclusión de que un comerciante o empresario queda obligado por los anuncios hechos al público en vitrinas o periódicos.

La fuerza vinculatoria de una propuesta de venta por catálogos requiere un examen más preciso de las circunstancias del caso, porque si la distribución postal de los catálogos se efectúa bajo nombres de los destinatarios, o por la indentificación de la residencia de los mismos, entonces podría argumentarse que estamos frente a una oferta dirigida a personas “determinadas o determinables”, y no de una oferta simplemente dirigida al público en general, por lo que la oferta podría tener carácter vinculante. No debe olvidarse que el Proyecto no reproduce los términos tajantes del artículo 454 del C. Com., que negaba en forma absoluta el carácter de oferta a anuncios hechos en un prospecto o circular²⁸. El propuesto artículo 1145 del Proyecto requiere un examen de los términos y circunstancias de emisión del catálogo

²⁷ Proyecto, art. 1145.

²⁸ C. Com., art. 454:

“Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho”.

que podrían indicar "la intención del oferente de obligarse". Estas distinciones pueden resultar de difícil determinación en algunos casos, en cuyo caso habría que guiarse por el principio general establecido en esa misma norma: "La invitación a contratar será interpretada restrictivamente"²⁹.

Ya la doctrina se había hecho cargo de ablandar la rigidez del artículo 454 del C. Com. destacando que al referirse a "ofertas indeterminadas", no podía excluirse el caso de propuestas incluidas en catálogos que son lo suficientemente precisas como para ser vinculantes en caso de ser aceptadas, siempre y cuando las circunstancias de su emisión reflejen la intención del proponente de obligarse³⁰. Este es el mecanismo jurídico que opera bajo las normas del Proyecto sobre ofertas a personas indeterminadas, en forma más clara, a mi juicio, que el artículo 454 del C. Com. que se propone derogar.

²⁹ Por supuesto que a pesar de este principio, lo más aconsejable para el vendedor que quiere ponerse a cubierto de quedar atrapado en un negocio sin verificar sus condiciones en detalle, es el de especificar en el catálogo que el mismo no debe ser considerado como una oferta, o que los precios allí indicados son susceptibles de cambio unilateral sin notificación previa, etc.

³⁰ Esta es la interpretación que le han dado autores argentinos al art. 454 del C. Com. Véase por ejemplo: C. Cermesoni, *Contratos Comerciales*, pág. 159, quien expresa:

"La ley contempla el caso de que se tratare de una venta indeterminada, sin requisitos que la precisan, contenidos en un prospecto o en una circular, sin que figure firma alguna responsable, pero cuando la oferta contiene una firma auténtica que pueda individualizarse, la situación es distinta y la obligatoriedad de su contenido evidente".

Creo que la fuerza vinculatoria no debería depender tanto de la formalidad de la firma auténtica estampada en el catálogo sino de otros elementos que indiquen la intención del que envía el catálogo de quedar obligado, prometiendo enviar la mercadería al recibir un pedido acompañando el precio fijado en el catálogo, o bien el envío por correo C. O. D. (cobrar o devolver). Por otro lado, en caso de que el catálogo no refleje una intención indubitable de quedar obligado, si el destinatario del catálogo envía una orden de compra especificando la mercadería deseada, dicha comunicación constituirá una oferta si cumple con los requisitos del art. 1147 del Proyecto.

3. *La oferta debe ser suficientemente precisa*

Para que la propuesta adquiriera el carácter de “oferta” se requiere que sea precisa. Esto parece ser indiscutible, pero lo que no resulta tan fácil es determinar cuán precisos deben ser los términos de la oferta, y menos fácil resulta encontrar una fórmula normativa que defina el límite exacto de ese requisito. El artículo 1148 del C.C., al describir los requisitos de la oferta, requiere que ésta incluya “todos los antecedentes constitutivos de los contratos”. Esta frase indica la intención del codificador de que la propuesta refleje la precisión necesaria para ser vinculante y que también evidencie la intención de obligarse por parte del proponente. Creo que la redacción del artículo 1147 del Proyecto expresa con mayor claridad y flexibilidad la necesidad de que concurren estos dos requisitos.

El tercer párrafo del artículo 1147 del Proyecto requiere que la propuesta contenga las precisiones necesarias para individualizar las obligaciones de las partes. Este requisito también se encuentra en el artículo 14 (1) de la Convención, pero la Convención especifica en qué caso una oferta de compra o venta será considerada como “suficientemente precisa” cuando indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. No resulta extraño que el artículo 1147 del Proyecto no sea tan específico como el artículo 14 (1) de la Convención, puesto que el Proyecto regula la formación de los contratos en general, en tanto que la Convención se ocupa únicamente de la formación de los contratos de compraventa de mercaderías.

Entiendo que la formulación del requisito de precisión de los términos pueda ser considerado impreciso en sí mismo. Sin embargo, el hecho de que las normas sobre formación del contrato se encuentren incorporadas a los principios generales sobre el consentimiento de los contratos exige remitirse a las disposiciones de cada contrato en particular —siempre y cuando sea nominado— para poder determinar qué tipo de “precisiones” son necesarias en la oferta para individualizar las obligaciones de las partes. Y, en el caso de que el contrato sea innominado, ha-

brá que atender a las circunstancias del caso y los usos establecidos entre las partes para determinar si los datos incluidos en la oferta son lo suficientemente precisos como para indicar la intención de obligarse por parte del oferente.

Creo que el tercer párrafo del artículo 1147 debe ser leído en conjunción con el primer párrafo de dicho artículo, por lo que no debe ser interpretado en el sentido de negar fuerza vinculativa a una propuesta que deje de individualizar todas las obligaciones que resultarán en caso de ser aceptadas. Así por ejemplo, en el caso de una compraventa, si la propuesta es suficientemente precisa con respecto a su destinatario, el precio y la cosa vendida, puede vincular al destinatario en caso de ser aceptada aún cuando nada se haya pactado sobre el lugar donde se deben entregar las mercaderías o el plazo para efectuar dicha entrega³¹. También cabe señalar que el hecho de que una propuesta contenga precisiones sobre el precio y las cosas vendidas no significa que el proponente tenga intención de obligarse, de ahí la importancia del artículo 1147 (1) del Proyecto al requerir que la manifestación de intención del proponente indique su intención de quedar obligado. En el caso, por ejemplo, de ofrecerse la fabricación y venta de equipos de alta tecnología, indicándose solamente su clase, cantidad y precio, el contexto fáctico de las negociaciones puede llevar a la conclusión que el vendedor no estaría dispuesto a concluir un contrato de tamaño importancia sin estipular y especificar ciertos detalles técnicos, la fecha de entrega, los medios de transporte, etc. El artículo 1147 (1) permitirá a un juez concluir razonablemente que el vendedor no ha querido obligarse mediante esa propuesta. Esta es la medida de flexibilidad que confiere el artículo 1147 del Proyecto y que no resulta del artículo 1148 del C.C.³².

³¹ Los arts. 1352 y 1355 del Proyecto señalan dónde y cuándo deben entregarse las cosas vendidas en caso de que las partes hayan omitido establecerlo.

³² A pesar de que el art. 1148 del C. C. requiere que la oferta sea autosuficiente, la doctrina nacional se inclina por una interpretación flexible, por lo que el Proyecto no introduce una novedad revolucionaria en el tema. Véase, por ejemplo, Spota, *ob. cit.*, § 178, pág. 266 ("Es suficiente

3. *Intención de quedar obligado*

El elemento voluntario o intencional es el que convierte a una mera propuesta no vinculante en un acto jurídico con fuerza vinculativa³³. No existe ninguna fórmula precisa para indicar la línea que distingue una propuesta vinculante de otra que no lo es. Para determinar dicha intención se requiere un delicado examen de los términos y circunstancias en que fue emitida la oferta, a la luz de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 1197. Es preciso recordar que la intención cuya existencia cabe determinar es la de quedar obligado por el contrato que se perfeccionará de mediar una aceptación del destinatario. Como se destacó con anterioridad, en el caso del contrato típico de compraventa habrá que tener en cuenta, entre otras cosas, la precisión empleada para individualizar al destinatario de la propuesta, el precio, y la especie y cantidad de las cosas vendidas.

II. FUERZA VINCULANTE DE LA OFERTA

El tema de la fuerza vinculante de la oferta se encuentra íntimamente ligado a la del perfeccionamiento del contrato. En este campo no se presentan mayores dificultades cuando las partes se encuentran físicamente presentes frente a la otra, o físicamente

que la oferta contenga las cláusulas significativas o 'puntos esenciales' con arreglo a la clase general de los negocios de que se trate o con arreglo a la voluntad cognoscible del oferente. . .").

³³ Véase C. C., art. 944:

"Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

Igualmente importante en este contexto es el art. 2288 introducido por el Proyecto:

"Las declaraciones unilaterales de voluntad producen obligaciones jurídicamente exigibles cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud. Las obligaciones resultantes son independientes de los negocios con los que puedan estar funcionalmente vinculadas".

distantes pero conectadas por los llamados medios de comunicación “instantánea”. En el mundo del teléfono, télex y el telefax los problemas suscitados en el perfeccionamiento del contrato “entre ausentes” no presentan mayores problemas. En estos casos el principio general es el establecido en el artículo 1148 del Proyecto y el artículo 1151 del Código civil. Conforme a estas disposiciones la fuerza vinculante de la oferta dura sólo un instante. Si no es aceptada de inmediato la oferta caduca ³⁴. Ello porque si las partes están ligadas por un medio de comunicación instantánea los términos del contrato deben decidirse de inmediato. Claro que el oferente puede concederle al destinatario un lapso para decidir, o bien el destinatario puede solicitar que se le conceda un plazo para pensar sobre los términos de la oferta. En esta hipótesis, cuando las partes retomen contacto deberán reproducir todos los términos de la negociación, y si no lo hacen deberán aplicarse las reglas que gobiernan la formación de los contratos entre personas que se encuentran en contacto por medios de comunicación diferida.

Si la aceptación definitiva de la oferta no es dada en presencia de la otra parte y se utiliza un medio de “comunicación diferida”, como la carta postal o el telegrama, los problemas que se plantean para determinar el momento en que se perfecciona el contrato son difíciles de resolver. A mi juicio, las disposiciones del Proyecto se adecuan en forma más realista que las del Código civil a las contrataciones a distancia ³⁵, pero en algunos casos se observa una falta de precisión en las nuevas normas que conspira contra la certeza que sería deseable en una etapa tan crucial de las negociaciones contractuales.

³⁴ Proyecto, art. 1148:

“La oferta dirigida a persona presente, o a persona distante pero que se encuentra en comunicación instantánea con el oferente, caduca si no es aceptada de inmediato”.

³⁵ El Código civil argentino legisla en esta materia en el Capítulo I (“Del consentimiento en los contratos”) de la Sección III (“De las obligaciones que nacen de los contratos”) del Libro II (“De los derechos personales en las relaciones civiles”), especialmente los arts. 1144-1156.

¿Cuándo es que la propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta? ¿Puede dicha oferta ser retractada o revocada? ¿Cuándo surte efecto la aceptación y cuándo puede ser retractada? ¿En qué momento se perfecciona el contrato? Y si la aceptación contiene modificaciones a la oferta original, ¿queda igualmente perfeccionado el contrato? Estos son algunos de los interrogantes que se plantean en los llamados "contratos entre ausentes" y que se presentan muchas veces en las contrataciones internacionales. El tema es de gran importancia práctica, ya que solamente una vez que se ha determinado si hay o no contrato puede uno recurrir a la aplicación de las normas de derecho internacional privado sobre contratos o a una cláusula de ese contrato que contempla el derecho aplicable o la forma de resolver un diferendo contractual. También tiene gran interés teórico, ya que eminentes juristas han discrepado a través del tiempo acerca de la teoría jurídica más apta para resolver los problemas suscitados por la formación del contrato. Esta disparidad de opiniones ha originado una diversidad de solicitudes jurídicas en los diversos países, lo que hace al tema muy interesante por cierto desde la óptica del derecho comparado.

1. *Importancia Relativa de la Teoría que se Adopte*

La teoría clásica del papel que juega el consentimiento en la formación de los contratos encuadra el perfeccionamiento de la relación contractual dentro del acuerdo psicológico de dos voluntades simultáneas de igual o correspondiente contenido. Para que exista el consentimiento, se requiere una coincidencia completa y coetánea de las voluntades manifestadas. Este postulado dogmático no se hace cargo de los problemas que se plantean cuando la formación del contrato tiene lugar de manera progresiva, mediante una serie de ofertas y contraofertas que se suceden en el tiempo y que se transmiten por medios de comunicaciones diferidas.

Si "A" (proponente) envía una oferta a "B" (destinatario), quien inmediatamente envía una carta de aceptación de la oferta a "A", pero la carta llega con gran demora o se pierde, cabe

preguntarse si se ha perfeccionado el contrato y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, en qué momento se ha perfeccionado. La respuesta a este interrogante no es uniforme en el derecho comparado, y los comentaristas suelen distinguir entre varios principios o doctrinas, entre las cuales se destacan la llamada teoría de la *expedición* y la teoría de la *recepción*.

Durante el tiempo en que demora en llegar la carta enviada por el proponente —si es que finalmente llega a destino— éste ignora si el destinatario la ha recibido y, por lo tanto, si ha quedado obligado por la oferta. Si se acepta el principio de que el contrato queda perfeccionado al expedirse la carta de aceptación, tal como lo han hecho los países del Common Law con la llamada “regla del buzón” (*the mailbox rule*), los riesgos impuestos por la demora o la pérdida de la carta de aceptación son soportados por el proponente, quien quedará vinculado a su oferta aún cuando reciba la carta con mucha demora o no la reciba nunca. Su capacidad de negociación permanecerá trabada durante el período de tiempo que le lleve verificar si el destinatario ha aceptado su oferta y, en ese caso, si ha enviado la carta de aceptación. Conforme a esta “teoría de la expedición”, las irregularidades en la comunicación de la aceptación no afectan la fuerza vinculatoria de la oferta.

Otros ordenamientos jurídicos han optado por la “teoría de la recepción”, conforme a la cual la irregularidad acaecida en la comunicación de la aceptación impide que la oferta vincule al proponente, ya que el contrato no se perfecciona hasta que la aceptación es recibida por el oferente. Conforme a esta teoría, es el destinatario de la oferta la parte que queda sometida a un período de incertidumbre durante el período de tiempo en que la carta de aceptación llega al oferente.

Cual fuese el principio que se adopte por un sistema jurídico, durante un tiempo determinado solamente una de las partes tiene la tranquilidad de que el contrato no se ha perfeccionado, aunque el perfeccionamiento del contrato siempre queda sujeto a una irregularidad que escapa del control del proponente y del aceptante. Por ello es que no sorprende que se otorguen distintas respuestas a este problema, y que la Convención haya adop-

tado una de las teorías como principio general, pero atenuado sus consecuencias con otras reglas que contemplan casos más específicos. En este campo, como en tantos otros, es más importante estudiar las consecuencias prácticas a las que conduce un examen detallado de las reglas del juego, que la etiqueta que se le imponga a la teoría que dichas reglas dicen adoptar.

Tanto en la Convención como en el Proyecto se adopta como principio general que el contrato se perfecciona cuando la aceptación es *recibida* por el oferente³⁶. Ambos textos también explicitan —la Convención en forma mucho más feliz que el Proyecto— cuándo se considera que la aceptación (o cualquier otra manifestación de voluntad de una parte dirigida a la otra) es *recibida* por el oferente³⁷. El riesgo de una irregularidad en la comunicación cae por lo tanto sobre el aceptante, a quien se le impone la carga de verificar si la aceptación ha llegado al oferente después de haberla enviado.

Esta es la solución contraria al principio de la expedición adoptado por el actual artículo 1154 del C.C.³⁸. Pero ello no implica que se proponga un cambio total a la política del C.C. sobre el tema. Me interesa destacar que Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 1154 del C.C., dice rechazar la teoría de la recepción, cuando en realidad lo que critica es la teoría ortodoxa

³⁶ Proyecto, art. 1144; Convención, art. 22.

³⁷ Proyecto, art. 1144:

“...Se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoció, o debió conocerla usando la debida diligencia, se trate de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil...”.

El artículo 24 de la Convención dice así:

“A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se la comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual”.

³⁸ C. C., art. 1154:

“La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

llamada "del conocimiento", propugnada por juristas franceses para quienes el contrato no podía considerarse como celebrado hasta que hubiere una coincidencia absoluta de voluntad. También pido paciencia al lector para diferir su juicio sobre los cambios introducidos al C.C. hasta analizar con cuidado aquellas disposiciones del Proyecto que se refieren a la facultad de retractar y revocar la oferta.

En la nota al artículo 1154 del C.C., Vélez Sársfield destaca la ausencia de soluciones en el derecho romano y la disparidad de opiniones en el derecho francés. El codificador cita la opinión de Troplong, Merlin, Delamarre, Toullier y Maynz, quienes habrían abogado por la adopción de la teoría de la recepción³⁹. A continuación, Vélez dice optar por la teoría de la expedición, apoyada por Aubry y Rau, Zacharie, Duranton y Marcadé, citando un artículo del jurisconsulto Cadres en el cual la opinión de los partidarios de la teoría de la recepción es combatida "victoriosamente". Citando a Cadres, Vélez Sársfield dice que adoptar la teoría de la recepción equivaldría a "querer encontrar el fin de un círculo", ya que el destinatario de la oferta tendría que esperar "que llegara" la conformidad del oferente para que pueda perfeccionarse el contrato.

Cabe observar, sin embargo, que conforme a la teoría de la recepción que adoptan la Convención y el Proyecto, el contrato queda concluido cuando la aceptación es recibida ("llega") por el oferente, sin necesidad de que este último comunique la recepción de la aceptación al aceptante. En realidad, el problema que señala Vélez Sársfield con la teoría de la recepción no se presenta en ningún momento, porque no es necesario para que se perfeccione el contrato, que el aceptante tenga conocimiento de que el oferente ha recibido la aceptación.

Por más que se haya optado por la teoría de la recepción sería prematuro considerar que el oferente se encuentra libre de

³⁹ Vélez Sársfield señala que estos autores "enseñan que la conclusión del contrato no sucede hasta el momento en que la respuesta afirmativa llega a poder del que ha hecho la proposición; y que hasta entonces cada uno de ellos puede cambiar de voluntad".

cambiar su voluntad hasta no haber recibido la aceptación. Conviene primero analizar los mecanismos previstos por el Proyecto para la retractación y revocación de la oferta.

También en este campo conviene definir las circunstancias en que este tema deviene importante. Los problemas relacionados con la retractación y revocación de la oferta no se presentan si la oferta está dirigida a persona presente, o a persona distante, pero que se encuentra en comunicación instantánea con el oferente. En este caso, o bien la oferta es aceptada de inmediato, o caduca⁴⁰. Pero si la oferta está dirigida a persona distante que no se encuentra en comunicación instantánea con el oferente, habrá que recurrir a reglas especiales para determinar si la oferta puede retractarse y revocarse.

2. *Momento en que surte efecto la oferta: La retractación*

En la generalidad de los casos, el momento en que surte efecto la oferta pareciera carecer de interés práctico. Lo que interesa mayormente es el momento en que surte efecto la aceptación, porque en ese instante se perfecciona el contrato. Por otra parte, tanto en el caso de las ofertas al público como aquellas emitidas verbalmente o por medios de comunicación instantánea, tampoco parece necesario explicitar cuándo surte efecto la oferta: la oferta surte efectos desde el momento en que se emite, porque desde ese mismo instante el aceptante toma conocimiento de ella. La obviedad de este principio explica quizá porqué el Código civil argentino carece de una norma expresa sobre el momento en que la oferta surte efectos jurídicos.

Esta circunstancia también podría explicar la ausencia de una regla similar en el Proyecto. Pero en el caso de contratos en que el consentimiento se forma de manera continuada, es importante señalar desde cuándo la oferta obliga al que la emite. A diferencia de la oferta al público y la oferta realizada en forma verbal o por teléfono, en este caso se confronta una situación en la cual durante un cierto tiempo el aceptante carece de la fa-

⁴⁰ Proyecto, art. 1148.

cultad de aceptar la oferta, puesto que no ha tomado conocimiento de ella. Cabe preguntarse entonces si la oferta surte efecto al momento de ser emitida o bien al momento de ser recibida. La respuesta a este interrogante es crucial para definir si la oferta puede ser retractada y revocada y, en caso afirmativo, en qué momento el proponente puede ejercitar ese derecho.

Si se adopta, por ejemplo, el principio de que la oferta surte efectos al ser emitida o expedida, no será posible entonces retractarse de ella después de ese instante. En cambio, de adoptarse el principio de la recepción, tal como se hace en el Proyecto con respecto a la aceptación, entonces cabría la posibilidad de retirar o retractar la propuesta después de haber sido emitida. El artículo 15 de la Convención establece que “la oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”, y establece que la oferta puede ser “retractada” o “retirada”, si su retiro llega al destinatario antes o simultáneamente con la oferta. En este caso no puede hablarse de “revocación” de la oferta, porque bajo el régimen de la Convención, antes de llegar al destinatario la oferta no tiene fuerza vinculatoria ⁴¹.

A diferencia de la Convención, el Proyecto no expresa cuándo surte efecto la oferta. El artículo 1149 habla de la “vigencia” de una oferta y el último párrafo de este artículo expresa que los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su expedición. Cabe preguntarse si el hecho de que la vigencia de la oferta comienza en el momento en que se expide implica que la oferta surte efecto, en todos los casos, en ese mismo instante. Si este fuere el caso, el Proyecto estaría adoptando el principio contrario al del artículo 15 de la Convención. También habría que concluir que si la oferta surte efecto al ser emitida, entonces ya no cabe la posibilidad de retirarla o retractarla después de ese instante.

Cabe preguntarse si realmente los redactores del Proyecto intentaron conferir efectos jurídicos a la oferta desde el momento de su expedición. Me inclino a pensar que no ha sido esta la in-

⁴¹ La Convención también dispone que la aceptación surte efecto desde el momento en que llegue al oferente (art. 15 [2]).

tención de sus redactores y que las dudas en este aspecto son la consecuencia de un descuido. El artículo 1150 del Proyecto, al igual que el artículo 1150 del C.C.⁴², permite retirar la oferta “si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes de la oferta o al mismo tiempo que ella”. Claro que en lugar de hablar de la “retractación”, el artículo 1150 del Proyecto se expresa en términos de “revocación”. Pero en realidad no cabe hablar de “revocación” de una oferta antes de que la oferta tenga efectos jurídicos. Si la oferta puede o no ser revocada es una cuestión que habrá que dilucidar una vez que ha comenzado a surtir efectos jurídicos⁴³. De los términos del artículo 1150 se desprende que la oferta puede ser retirada o retractada aún cuando sus términos indiquen que es irrevocable, y no parece apropiado hablar de “revocación” de un acto jurídico “irrevocable”.

Todo parece indicar que, salvando este error técnico, el artículo 1150 adopta implícitamente el principio de que la oferta no surte efectos jurídicos hasta que sea recibida por el aceptante⁴⁴, pudiendo por lo tanto ser retractada hasta ese momento. La facultad de retirar o retractar la oferta hasta ese momento parece muy razonable, ya que no comporta perjuicio alguno para el destinatario. Asimismo, de la lectura de los artículos 1144 y 1153 se desprende que el Proyecto ha adoptado implícitamente el principio de que la aceptación surte efectos desde el momento en que su comunicación es recibida por el oferente. Aquí tampoco se trata de una “revocación” de la aceptación sino de su retiro o retractación. Conforme al artículo 1153 del Proyecto, la aceptación también puede ser retirada si la comunicación de aceptación

⁴² C. C., art. 1150:

“Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

⁴³ Véase sobre este punto R. Schlesinger, *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1, pág. 109 (Oceana Publications, 1968).

⁴⁴ Este principio no impide que la oferta surta efectos —y el destinatario pueda aceptar o no aceptar— hasta después de ser recibida, si así lo expresan los términos de la oferta.

llega a manos del oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación. Y conforme al artículo 1144 la aceptación no surte efectos —y consecuentemente el contrato no se perfecciona— hasta que es recibida por el oferente. De esta forma, el engranaje normativo del Proyecto funciona en forma coordinada.

En conclusión, el Proyecto establece en forma implícita que tanto la oferta como la aceptación no adquieren fuerza vinculadora hasta el momento en que es recibida por la otra parte. A fin de evitar dudas sobre este punto, convendría establecer estos principios en forma expresa en los artículos 1149 y 1153. También convendría dotar de mayor precisión al término “revocación”, empleando el término “retractación” de la oferta y la aceptación en los artículos 1150 y 1153 del Proyecto.

Una vez que la propuesta es “recibida” por el destinatario, la oferta adquiere efectos jurídicos transfiriendo al destinatario la facultad de aceptarla o no aceptarla. Ahora sí, después de haber sido recibida, cabe preguntarse si la oferta puede ser revocada o no. La respuesta a esta pregunta, como se verá a continuación, depende en parte de los términos de la oferta y en parte de la política legislativa que se adopte con carácter de orden público y para el caso en que el oferente guarde silencio.

3. *Revocación*

El tema de la revocabilidad de la oferta es importante porque permite determinar hasta qué momento puede el oferente destruir la fuerza vinculadora de su manifestación de voluntad recepticia sin comprometer su responsabilidad civil, contractual o extracontractual. En esta materia, la Convención y el Proyecto toman posturas muy diferentes, al menos en teoría. Por empezar, cabe señalar que el Proyecto no se expresa en términos de revocabilidad de la oferta sino que el artículo 1149 enumera sus plazos de vigencia. Ambos conceptos, revocabilidad y período de vigencia de la oferta, se encuentran íntimamente ligados.

Conforme a los artículos 1144 y 1153, si la aceptación llega al oferente durante el plazo de vigencia de la oferta, el contrato queda perfeccionado. Como al perfeccionarse el contrato la

oferta ya no puede ser revocada, estas dos normas indican *a contrario* que la oferta puede revocarse en cualquier momento durante su período de vigencia, siempre y cuando la comunicación de la revocación tenga lugar antes de que el oferente reciba la aceptación. Esto es correcto, pero sólo como principio general, ya que el artículo 1149 del Proyecto incluye normas específicas que establecen en forma casuística por cuánto tiempo una oferta mantiene su vigencia. Sólo siguiendo con atención este artículo podrá determinarse hasta cuándo puede ejercitarse el derecho a revocar una oferta.

Los plazos de vigencia de la oferta dependen de los términos en que ha sido emitida. A continuación se analizan diversos supuestos, indicándose, en cada caso, la respuesta del Proyecto.

Oferta que no señala plazo de vigencia. Si la oferta expresa que puede ser revocada en cualquier momento, su plazo de vigencia depende de la voluntad exclusiva del oferente. Cabe preguntarse si en este caso estamos realmente frente a una oferta o frente a una simple invitación a contratar. Es probable que este tipo de propuesta no pueda ser considerada como oferta a la luz del artículo 1147 (1) del Proyecto, o que al menos el juego de esta regla haga presumir, *juris tantum*, que el oferente no ha tenido intención de obligarse. Me remito a lo expresado en oportunidad de discutir los requisitos de la oferta.

En caso de que las circunstancias del caso indiquen que se está frente a una oferta seria, cabe preguntarse (siempre pensando en la formación del contrato *inter absentes*) si el oferente puede revocar la oferta en cualquier momento antes de que llegue la aceptación. Una lectura simple de los artículos 1144 y 1153 puede conducir a una respuesta afirmativa: El oferente se ha reservado expresamente la decisión de revocar en cualquier momento y el contrato no se perfecciona hasta la recepción de la aceptación. Pero esta solución sería injusta para con el destinatario que se encuentra distante. Aunque sabiendo que la oferta puede ser revocada en cualquier momento, el destinatario puede incurrir en gastos al decidir si aceptar o no la oferta. Por ello es que algunos sistemas jurídicos han optado por proteger

el interés del destinatario de la oferta durante el tiempo que le puede llevar decidir si aceptarla o no.

Teniendo en cuenta la protección que puede merecer el destinatario, el artículo 1149 (3) del Proyecto pone un límite a la facultad del oferente para revocar una oferta expresamente emitida como revocable. Entiendo que este párrafo también se aplica, con mayor razón, al caso en que la oferta omite especificar si es revocable o no. Cualesquiera que hayan sido los términos de la oferta, ésta no podrá revocarse “durante el tiempo razonablemente necesario para recibir la respuesta, considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado para transmitir la respuesta”⁴⁵. Esto quiere decir que en una oferta emitida como revocable en cualquier momento (en caso de ser considerada una verdadera oferta), y transmitida por un medio de comunicación diferida, la comunicación de la revocación al destinatario no surte efecto alguno hasta después de vencido el tiempo “razonablemente necesario para recibir la respuesta”. Entiendo que si la aceptación llega al oferente antes que la revocación al destinatario, la revocación no surte efecto alguno por haber llegado demasiado tarde.

La regla del Proyecto que se acaba de examinar introduce un cambio importante al principio de fragilidad o precariedad de la oferta incorporado al artículo 1150 del C.C.⁴⁶. Algunos autores argentinos han observado que este sistema “ofende la seguridad del tráfico jurídico al no dar cierto lapso de eficacia

⁴⁵ Debe recordarse que la oferta puede ser “revocada” [*rectius*: retirada] antes de que venza el plazo necesario para recibir la respuesta, en caso de que la comunicación de su retiro sea recibida antes que la oferta o al mismo tiempo que ella (Proyecto, art. 1150).

⁴⁶ Conforme al art. 1150 del C. C., “las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas...”. Debe recordarse que los efectos de este principio son amortiguados por la mecánica adoptada por el C. C. Conforme al art. 1154 del C. C. el contrato se perfecciona con el envío de la aceptación. Además, aunque el contrato no se ha perfeccionado, si la revocación llega antes que el envío de la aceptación, el interés negativo del destinatario es contemplado por el art. 1156, conforme al cual el destinatario tiene acción por pérdidas e intereses si hizo gastos o sufrió daños a consecuencia de su aceptación.

a la propuesta”, mientras que aquellos sistemas jurídicos que otorgan un lapso de fuerza vinculante a la oferta “tienden a amparar más la buena fe, el tráfico jurídico”⁴⁷. En efecto, bajo el sistema propuesto por el artículo 1149 (3) del Proyecto, que fuera también adoptado por el Proyecto de Reformas de 1936⁴⁸, el que emite una oferta revocable en cualquier momento no pueda revocarla cuando quiere. Al haber comprometido las expectativas y quizás los esfuerzos del destinatario, la ley quiere darle fuerza obligatoria a la declaración del oferente. Los inconvenientes de esta política son sufridos por el proponente que hace una oferta no irrevocable pero permanece vinculado a ella por un tiempo

Es probable que el artículo 16 (1) de la Convención, del cual se ha apartado el Proyecto en lo que resulten obvias las razones de tal posición, constituye en forma más equilibrada las legítimas expectativas del destinatario y los intereses en aquellos casos en que se otorga una facultad especial de revocación o facultad de retractación. Este artículo puede ser el mismo principio general que regula también la revocación de la oferta siempre que no llegue al destinatario antes de que éste haya aceptado la oferta. De esa forma, la Convención le presta la misma protección al oferente, haciendo énfasis en la aceptación antes que en la declaración del oferente. La declaración del oferente, desde el momento de su emisión. El artículo 16 (1) (b) de la Convención, e idéntico al artículo 1149 (3) del Proyecto, otorga la protección del oferente en aquellos supuestos en que el destinatario ha confiado razonablemente con respecto a la oferta no revocable y se encuentra basándose en ella.

El artículo 1149 (1) del Proyecto, el artículo 1149 (1) expresa que vale en el terreno de irrevocación el campo de vi-

⁴⁷ Véase Spang, *loc. cit.*, pág. 27.

⁴⁸ Véase el artículo 16 (1) de la Convención y el artículo 16 (1) de la reforma del Código Civil por el Dr. Cifuentes Montalvo, en el artículo 16 (1) del Proyecto de Reforma del Código Civil, en el momento en que se otorga la facultad de retractación a tiempo y en forma.

gencia al emitirla, la oferta tendrá vigencia durante el tiempo indicado. Cabe preguntarse primeramente a qué se refiere este artículo al decir que el oferente ha establecido "un tiempo de vigencia" al emitir la oferta. Estimo que el "tiempo de vigencia" puede ser indicado al fijarse un plazo fijo para la aceptación, o indicando de cualquier otro modo que la oferta es irrevocable durante cierto período, o que durante dicho período el oferente renuncia a la facultad de revocarla. Es probable que la sola indicación del plazo haga a la oferta irrevocable durante ese plazo, de tal forma que una vez recibida la oferta por el destinatario éste pueda confiar en que dispone de todo ese tiempo para decidir si aceptar o no.

El artículo 1149 (1) debe ser examinado en conjunción con los artículos 1144 y 1153, por lo que el destinatario deberá recordar que su aceptación deberá llegar al oferente durante el transcurso de dicho plazo para que se pueda perfeccionar el contrato. La aceptación no surtirá efecto si la comunicación de la aceptación llega después del plazo fijado en la oferta⁴⁹. Al haberse vencido el plazo de vigencia de la oferta y no haberse recibido la aceptación, la oferta caduca. En esta hipótesis la solución que se propone en el Proyecto coincide con la que acepta implícitamente el C.C. en base al principio de la autonomía de la voluntad y con la que expresamente establecen los artículos 16 (2) (a) y 18 (2) de la Convención: la fijación de un plazo determina la irrevocabilidad de la oferta durante el transcurso del mismo⁵⁰.

⁴⁹ Proyecto, art. 1153.

⁵⁰ Los delegados de Estados Unidos y el Reino Unido no quedaron satisfechos con que la sola fijación de un plazo determinara la irrevocabilidad de la oferta. En el derecho anglo-americano una oferta que establece un plazo para su aceptación no significa otra cosa que una vez vencido dicho plazo la oferta caduca, pero de ninguna manera obliga al oferente a no revocar la oferta. De esta forma se protege la capacidad negocial del oferente dándole la oportunidad de revocar la oferta siempre y cuando su conveniencia se lo indique y el destinatario no haya incurrido en gastos. Según esta concepción, para que la oferta sea irrevocable, además de fijar un plazo, debe constar por escrito la voluntad expresa del oferente de no revocarla durante ese plazo. Esta es la llamada "oferta en firme" (*firm*

Oferta omitida como irrevocable sin indicar plazo. Si la irrevocabilidad de la oferta resulta de los términos en que es emitida la propuesta pero sin expresarse el plazo durante el cual la oferta no puede ser revocada, o bien si el oferente simplemente renuncia a la facultad de revocar la oferta, el artículo 1149 (2) dispone que la oferta no puede revocarse durante el término de treinta días⁵¹. El Proyecto trata de equilibrar en esta forma la protección de las expectativas del destinatario de una oferta irrevocable y los derechos del oferente, limitando la irrevocabilidad de la oferta a 30 días, para no entorpecer en demasía la capacidad de negociación del que emite la oferta. Al hablar del plazo de vigencia de 30 días cabe hacer la misma salvedad que en el párrafo anterior, esto es, que para perfeccionarse el contrato la comunicación de la aceptación deberá llegar al oferente en 30 días. Si la aceptación no es recibida dentro de los 30 días la oferta caduca. Cabe preguntarse si el oferente puede revocar la oferta antes de que se cumplan los treinta días. En principio la respuesta debiera ser negativa, sin embargo, así como el artículo 1150 del Proyecto autoriza a revocar (retractar) la oferta si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta, pienso que no debería obstaculi-

offer) regulada en el Artículo 2-205 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (en adelante "U. C. C."). Conforme a esta disposición, una oferta en firme sólo puede ser emitida por un comerciante en un documento debidamente firmado. Si la propuesta de irrevocabilidad se encuentra incorporada a un formulario provisto por el destinatario de la oferta, el art. 2-205 del U. C. C. requiere que el oferente firme esa cláusula en forma separada. El período de irrevocabilidad en ningún caso puede extenderse más de tres meses. Véase P. Winship, *Formation of International Sale Contract under the 1980 Convention*, *The International Lawyer*, volumen 18, páginas 1, 7 (1983). J. Stern, *A Practitioner's Guide to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *New York Journal of International Law and Politics*, pp. 80, 94 (1983).

⁵¹ Se entiende que los treinta días corren a partir de la emisión de la oferta. Esto lo expresa el art. 1149 (2) en forma innecesaria, porque el último párrafo de este artículo ya lo establece en forma general para todos los supuestos en que debe contarse el plazo de vigencia de la oferta.

zarse el derecho del oferente a revocar la oferta si la comunicación de la revocación llega antes que el destinatario haya incurrido en gastos relacionados con su toma de decisión. De esta forma se respetan la libertad de negociación del oferente hasta el límite que indica el perjuicio que puede causarse al destinatario.

También en este punto la solución del Proyecto difiere con la del C.C. y la Convención. Estimo que la solución a la que se arriba en el Proyecto es un avance con respecto al sistema del C.C., porque al no establecer nuestro código un término de caducidad de la renuncia a revocar, pueden quedar indeterminados los derechos de las partes por un término que excede lo prudencial. El profesor Spota opina que el C.C. contiene normas que autorizan al oferente que renunció al derecho de revocar la oferta, una acción para que judicialmente se establezca el término de caducidad de esa renuncia ⁵².

El problema de falta de plazo de caducidad para la facultad de revocar también puede afectar al destinatario de la oferta, en aquellos casos de contratos de formación continuada en que el destinatario incurre en gastos creyendo de buena fe que la oferta permanece irrevocable. A los redactores de la Convención no les ha interesado tanto limitar en el tiempo los efectos de la irrevocabilidad indefinida, confiando quizás en que el sistema jurídico de cada país otorga una acción judicial para fijar un plazo. Los redactores de la Convención se han preocupado en cambio por proteger al destinatario en aquellos casos en que haya incurrido en molestias confiando razonablemente en que la oferta no sería revocada. De esta forma, el artículo 16 (2) (b) dispone que la oferta no podrá revocarse “si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta”.

⁵² Véase Spota, *op. cit., supra*, § 184, p. 277-278, con cita al art. 509 del C. C. aquellos casos en que el C. C. otorga una acción judicial de fijación de plazo al deudor en los casos de pacto de retroventa (C. C., art. 1381), pacto de mejor comprador (C. C., art. 1400), y la acción conferida a terceros interesados para que el heredero acepte o renuncie a la herencia en un plazo que no exceda treinta días (C. C., art. 3314).

Oferta que no expresa si es revocable o irrevocable. Cabe preguntarse, finalmente, qué plazo de vigencia tiene una oferta que no expresa si es revocable o irrevocable. La única norma que contempla este supuesto es la del párrafo tercero del artículo 1149 ya analizado, aplicable en forma específica a la formación de contratos entre personas distantes que no se encuentran en comunicación instantánea. La oferta será considerada como irrevocable durante el período razonable que lleve transmitir la oferta y recibir la aceptación.

La última cláusula del párrafo tercero, al referirse a la irrevocabilidad de la oferta durante el plazo razonablemente necesario para recibir la respuesta, expresa a continuación: "... considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado para transmitir la respuesta". Cabe preguntarse si estas circunstancias especiales hay que tenerlas en cuenta para determinar si la oferta puede o no ser revocada, o simplemente para calibrar el tiempo que podría llevar para recibir la respuesta del destinatario. En el primer supuesto cabría pensar que existiría solamente una presunción de que la oferta no puede revocarse durante ese período, mientras que en el segundo supuesto el silencio del oferente indicaría necesariamente la intención del oferente de no revocar la oferta durante dicho período.

Me inclino a pensar que la intención de los redactores del Proyecto ha sido la de mencionar "las circunstancias del caso" a fin de conferir libertad al juez para considerar si la oferta puede ser revocada o no y, en el primero de los casos, cuándo puede ser revocada. La referencia al "medio de comunicación utilizado para transmitir la respuesta" es otra herramienta conferida al juez para determinar, en el caso de que la oferta sea considerada como irrevocable, hasta cuándo permanece como irrevocable. Estimo que si la oferta no dice nada sobre la posibilidad de ser revocada, es necesario considerar "las circunstancias del caso" para determinar con certitud la intención del oferente. Por otra parte, también es importante tener en cuenta "el medio de comunicación empleado para transmitir la respuesta", a fin de calcular el tiempo "razonablemente necesario" para recibir la respuesta.

4. *Caducidad*

En ciertos casos los efectos vinculantes de la oferta se extinguen por imperio de la ley independientemente de la voluntad del oferente. Suele decirse que en dichas circunstancias la oferta "caduca". El artículo 1148 del Proyecto, al referirse a la formación del contrato entre presentes o entre personas en contacto por medios de comunicación instantánea o directa, prescribe que la oferta "caduca" si no es aceptada de inmediato. Sería conveniente que este mismo artículo también se ocupara de la caducidad de la oferta cuando los términos del contrato se establecen por carta, telegrama u otro medio de comunicación diferida. Es decir, debe establecerse claramente en estos casos que la oferta caduca si no es recibida por el oferente durante el plazo de vigencia de la oferta.

También puede caducar la oferta, aún cuando fuere emitida en términos de irrevocabilidad, en el caso de que el destinatario la rechace. Esto que parece obvio conviene expresarlo en forma clara a fin de otorgar tranquilidad al oferente y evitar el eventual litigio que puede comportar un cambio de parecer del destinatario. Los efectos vinculantes de la oferta caducan porque sería injusto y constituiría un factor de inestabilidad en las transacciones, permitir que el destinatario se arrepienta de haber rechazado la oferta durante el período originalmente fijado para su aceptación, a fin de hacer resucitar sus efectos vinculatorios. El artículo 17 de la Convención, que los redactores de esta parte del Proyecto han dejado inexplicablemente de lado, expresa claramente que la oferta, aún cuando fuere irrevocable, queda cancelada o extinguida cuando su rechazo llega al oferente.

III. LA ACEPTACION: REQUISITOS Y FUERZA VINCULATORIA

1. *Aceptación expresa y tácita*

El artículo 1151 del Proyecto expresa que hay aceptación cuando el destinatario manifiesta su asentimiento con ella⁵³. Es-

⁵³ Claro que una declaración de asentimiento puede contener varia-

ta manifestación puede ser expresa o tácita, tal como lo disponen los artículos 1145 y 1146 del C.C. El artículo 1146 del Proyecto efectúa una remisión a la Sección II del Libro II del C.C., lo que permite eliminar la reproducción de esas normas en la parte general de los contratos. Es decir, como la aceptación, al igual que la oferta, es una manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, el artículo 1146 se remite a las disposiciones sobre los actos jurídicos, haciendo aplicables, en lo que respecta a la aceptación tácita, lo dispuesto en los artículos 913 a 919 del C.C.

Una oferta puede ser aceptada no sólo mediante una declaración del destinatario indicando su asentimiento, sino también mediante un comportamiento o actos del destinatario⁵⁴. Tanto bajo el régimen del Proyecto como de la Convención el silencio, por sí solo, no constituye aceptación⁵⁵. Claro que si el silencio es “circunstanciado”, es decir, si va acompañado de otros factores como ser el contexto de la conducta anterior de las partes, el silencio puede comportar un asentimiento⁵⁶. Aunque no lo

ciones con respecto a la oferta, lo que puede ser interpretado como una contrapropuesta en lugar de una aceptación. Este tema será analizado más adelante.

⁵⁴ C. C., art. 914:

“Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad”. C. C., art. 918:

“La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una propuesta o declaración expresa contraria”.

⁵⁵ C. C., art. 919; Convención, art. 18 (1).

⁵⁶ C. C., art. 919:

“El silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

expresa el artículo 919 del C.C., es razonable pensar que el silencio también puede constituir aceptación cuando así las partes lo han convenido previamente.

Como la aceptación conduce al perfeccionamiento o formación del contrato, es importante determinar cuándo surte efecto el asentimiento. Si la oferta es dirigida a persona presente, o a persona distante pero que se encuentra en comunicación instantánea, la aceptación tendrá que ser inmediata, ya que en ese caso el artículo 1148 prescribe que la oferta caduca si no es aceptada de inmediato⁵⁷. Pero si las partes no se encuentran presentes ni comunicadas instantáneamente, el momento en que surte efecto la aceptación puede adquirir diversos matices, algunos de los cuales se examinan a continuación.

2. *Momento en que surte efecto la aceptación*

El artículo 18 (2) de la Convención establece como principio general que la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. El Proyecto carece de una disposición similar, aunque, como se expresó anteriormente, los artículos 1144 y 1153 implícitamente establecen el principio de la recepción con respecto a la aceptación. Para que la aceptación surta efectos jurídicos debe llegar al oferente dentro del plazo de vigencia de la oferta, y este plazo habrá que determinarlo a la luz de lo que expresa la oferta y conforme a las pautas establecidas en el artículo 1149.

Es importante tener en cuenta que la subsistencia de la vigencia de la oferta es un *præius* para que tenga efectos jurídicos la aceptación. Si la oferta fija un plazo determinado para su aceptación, la vigencia de la oferta no se extiende más allá de

⁵⁷ *Confrontar* con la última frase del art. 18 (2) de la Convención, expresando que la aceptación de las ofertas verbales “tendrá que ser inmediata *a menos que de las circunstancias resulte otra cosa*” (el subrayado es mío). Sería conveniente introducir esta salvedad en el art. 1148, ya que en muchos casos en que las partes se encuentren frente a frente puede darse el caso de que la aceptación se difiera por unos instantes. No sería justo invalidar la aceptación si las circunstancias del caso indicaban que era razonable diferirla.

ese plazo conforme al artículo 1149 (1). Por lo tanto, conforme al artículo 1153 la aceptación no sólo debe ser enviada, sino también recibida por el oferente dentro de ese plazo, a menos, por supuesto, que la oferta indique otra cosa. Si la oferta ha sido emitida como irrevocable, el artículo 1149 (2) indica que el plazo de vigencia de la oferta es de treinta días, por lo que habría que concluir conforme al artículo 1153 que la indicación de asentimiento a una oferta emitida como irrevocable debe ser recibida por el oferente dentro de los 30 días de ser emitida.

El artículo 1149 (3) expresa que en el caso de ofertas dirigidas a personas distantes que no se encuentran en comunicación instantánea con el oferente, el plazo de vigencia de la oferta se extiende durante el tiempo razonablemente necesario para que el oferente reciba la respuesta. No resulta absolutamente claro del texto del artículo que este plazo de vigencia se aplique a todo tipo de ofertas dirigidas a personas distantes por medios de comunicación diferida, independientemente de que la oferta establezca un plazo fijo para ser aceptada o que sea emitida en términos irrevocables. Creo que en el caso en que la oferta fije un plazo para ser aceptada, es razonable limitar la irrevocabilidad de la oferta y la fuerza vinculante de la aceptación a dicho plazo. Pero no parece razonable establecer un plazo de 30 días para que la declaración de asentimiento o una oferta irrevocable llegue al oferente, ya que las circunstancias del caso y el medio de comunicación empleado pueden indicar que lo razonable sea un período mayor o menor de treinta días. Por ello es que, en la formación de contratos entre partes que se encuentran distantes y no conectadas por medios de comunicación instantánea y en aquellos casos en que el oferente no ha fijado un plazo de vigencia de la oferta, propicio una interpretación que conduzca a otorgar fuerza vinculante a la aceptación durante el tiempo razonablemente necesario para que el oferente reciba la indicación de aceptación, considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado para transmitir la respuesta ⁵⁸.

⁵⁸ Este es el criterio empleado por el art. 18 (2) de la Convención ("La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no lle-

El criterio de razonabilidad de la demora se encontrará íntimamente ligado con el objeto del contrato y las precauciones empleadas por el oferente con relación a los medios de comunicación empleados. No sería por lo tanto “razonable” la demora de la notificación de la aceptación por correo ordinario cuando el oferente ha tomado la precaución de enviar los términos de la oferta por télex.

Como esta solución no resulta con la claridad necesaria de los términos del artículo 1153, sería conveniente reformular esta disposición, precisando el principio general de que la aceptación surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. Convendría también que un segundo párrafo especificara que si las partes no se encuentran presentes ni comunicadas instantáneamente, la aceptación concluye el contrato si ella es recibida por el oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonablemente necesario para ser recibida, considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado para transmitir la aceptación.

3. *Retractación*

Como la aceptación no tiene fuerza vinculatoria hasta ser recibida por el oferente, el artículo 1153 del Proyecto establece que hay tiempo de retractarla si la indicación de la retractación es recibida por el oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación⁵⁹. Al discutir la retractación de la oferta establecida en el artículo 1150 expliqué porqué considero que el término “retractación” resulta más apropiado que “revocación” en este contexto.

ga al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente...”).

⁵⁹ *Confrontar* con el art. 22 de la Convención.

4. *Aceptación tardía*

En principio, si la aceptación llega tarde, la oferta caduca y el contrato no puede llegar a celebrarse. El artículo 1154 del Proyecto, al igual que el artículo 21 (2) de la Convención, confiere al oferente la potestad de otorgar fuerza vinculatoria a la aceptación tardía siempre y cuando el oferente comunique de inmediato al destinatario que su aceptación es válida. Esto puede convenir al oferente y también al destinatario de la oferta, quien al enviar su aceptación ha manifestado su intención de quedar vinculado, pero se ha demorado en enviar la aceptación o a causa de una irregularidad en la transmisión la aceptación ha llegado demasiado tarde.

La Convención distingue, a mi juicio correctamente, el supuesto en que la aceptación llega tarde por negligencia del destinatario y aquél en que la aceptación llega tarde a consecuencia de una demora en la transmisión. Mientras que en el primer caso la aceptación no surte efectos —a menos que el oferente manifieste su intención de darle validez notificando inmediatamente su voluntad al destinatario—, en el supuesto en que el retraso se ha debido a una irregularidad en la transmisión de la aceptación, ésta se considera válida y perfecciona el contrato, a menos que el oferente manifieste lo contrario⁶⁰.

Considero conveniente que el artículo 1154 incluya esta distinción, porque si la aceptación llega tarde por causas que escapan al control de ambas partes, solamente el oferente tendrá conocimiento de que el contrato no se ha perfeccionado, en tanto que el aceptante probablemente presuma que la aceptación ha llegado a tiempo. Bajo estas circunstancias, es justo considerar al contrato como concluido, a menos que el oferente notifique de inmediato al destinatario que considera caduca la oferta. En ambos casos, el oferente se encuentra en la obligación de notificar al aceptante. Sin embargo, mientras en el primer supuesto se presume que la oferta ha caducado, en el segundo se presume que el contrato ha sido celebrado.

⁶⁰ Convención, art. 21 (2).

5. *Cómputo del plazo*

La inevitable demora de las comunicaciones diferidas apunta a la conveniencia de establecer reglas precisas sobre la manera de computar los plazos de la oferta y la aceptación. El artículo 1144 del Proyecto remite al artículo 750 del Proyecto —que se refiere al plazo para efectuar el pago de las obligaciones— y éste a su vez se remite a los principios generales del artículo 27 del C.C.⁶¹. También debe tenerse en cuenta que el último párrafo del Artículo 1149 establece que los plazos que se refieren a la vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su expedición.

De este plexo normativo resulta que el plazo de vigencia de la oferta incluye los días feriados o no laborables, salvo que de los usos resulte que debe hacerse el día siguiente hábil si el de vencimiento no lo fuera⁶². Estas disposiciones, sin embargo, no son lo suficientemente específicas para hacerse cargo de las dudas que podrían surgir cuando la oferta o la aceptación son enviadas por carta o telegrama, situación contemplada por el artículo 20 (1) de la Convención. Esta disposición expresa que el plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama, comienza a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición, y que el plazo fijado por carta co-

⁶¹ Proyecto, art. 750:

“El pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación, salvo que de los usos resulte que debe hacerse el día siguiente hábil si el de vencimiento no lo fuera. Se aplicará lo dispuesto en el art. 27, salvo que de los usos resulte que la persona a quien debe hacerse el pago no está obligada a prestar su cooperación después de cierta hora”.

C. C., art. 27:

“Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la medianoche del último día; y así, los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la medianoche en que termina el último día del plazo”.

⁶² *Confrontar* con el art. 20 (2) del Proyecto, que establece una regla similar.

mienza a correr desde la fecha de la carta o, si la carta no indicara fecha alguna, desde la fecha que indica el sello postal⁶³.

Pienso que esta norma de la Convención, que se refiere al cómputo del plazo de aceptación fijado en la carta del oferente no contempla con justicia los intereses del aceptante. Conforme al artículo 20 (1), la fecha que establece la oficina de correos en el sello fechador sólo puede fijar el *dies a quo* en caso de que el oferente no haya fechado su carta. Cabe señalar, sin embargo, que en caso de una discrepancia significativa entre estas dos fechas, cabe presumir que el oferente haya antedatado su carta o bien se haya demorado en echarla al buzón. Computar el *dies a quo* desde la fecha de la carta implica hacer cargar la culpa del oferente en el destinatario, ya que este último puede encontrarse en una situación muy desventajosa en circunstancias extremas en que el plazo de aceptación haya vencido antes de haber llegado a manos del destinatario, o bien el plazo de aceptación podría reducirse considerablemente. Si se parte de la base de que la fecha que indica el sello de correos es la que más se aproxima al momento en que el oferente intentó fijar el período de aceptación, resulta más ajustado hacer prevalecer la fecha del sobre por encima de la que indique la carta.

En suma, considero conveniente agregar al último párrafo del artículo 1149 del Proyecto una disposición similar a la que contiene el artículo 20 (1) de la Convención, pero expresando que el plazo de aceptación fijado por el oferente en una carta comenzará a correr desde la fecha que indique el sello postal en el sobre o, si no se hubiere indicado ninguna o fuere ilegible (como suele suceder tantas veces) desde la fecha que figure en la carta.

⁶³ También se establece en el art. 20 (1) de la Convención que el plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

IV. ACEPTACION TACITA DE LA OFERTA

El acto de aceptación, como acto jurídico, incluye la manifestación tácita de asentimiento. Esta manifestación tiene lugar mediante actos por los cuales se pueda conocer con certidumbre la aquiescencia del destinatario de la oferta con los términos de la misma⁶⁴. Ni el C.C. ni el Proyecto especifican en qué momento surte efectos jurídicos la aceptación tácita de la oferta.

Una primera lectura del artículo 1153 del Proyecto indica que sus redactores han tenido en cuenta el caso de una aceptación expresa de la oferta comunicada en forma oral o escrita, ya que se dispone que la aceptación surte efectos desde el momento en que es "recibida" por el oferente durante el plazo de vigencia de la oferta. En caso de que el destinatario acepte la oferta en forma tácita, ejecutando un acto relativo a la ejecución del contrato (v. gr., pago del precio, envío o embalaje de las mercaderías, apertura de una cuenta de crédito u otros actos similares), no resulta claro en el Proyecto el momento en que se perfecciona el contrato.

El principio general del artículo 1144 del Proyecto no pareciera admitir que la mera ejecución de actos relacionados con la ejecución del contrato tengan entidad suficiente para perfeccionarlo. Por otra parte, una interpretación del artículo 1153 del Proyecto no permite considerar perfeccionado el contrato hasta el momento en que el oferente reciba una comunicación de que el destinatario ha realizado esos actos que podrían considerarse como aceptación, o al menos se entere de que el destinatario ha realizado dichos actos.

Mantenerse apegado a la teoría de la recepción, podría resultar inadecuado e injusto en aquellas transacciones comerciales en las cuales los usos o las prácticas establecidos por las partes indican que el oferente queda vinculado al contrato cuando el destinatario ejecuta un acto relativo a la ejecución del contrato. Por ello es que el artículo 18 (3) de la Convención introduce una

⁶⁴ C. C., art. 918; Proyecto, art. 1146.

excepción a la teoría de la recepción, al eximir de la obligación de comunicar la aceptación al oferente cuando el destinatario indica su asentamiento ejecutando un acto relativo al contrato. Conforme a esta disposición, la ejecución del acto perfecciona el contrato, siempre y cuando, claro está, que dicho acto sea ejecutado dentro del término de vigencia de la oferta.

Estimo conveniente agregar un párrafo al artículo 1153 del Proyecto en el cual se incorpore una norma similar a la del artículo 18 (3) de la Convención. Si bien la teoría de la recepción protege más al oferente que al aceptante cuando lo único que pierde este último es el tiempo que le lleva escribir y enviar una carta de aceptación, debe primar otro criterio cuando el destinatario —siguiendo prácticas establecidas entre las partes o los términos de la oferta— indica su aceptación ejecutando un acto relativo a la ejecución del contrato que compromete seriamente su patrimonio.

V. MODIFICACION DE LA OFERTA: LA CONTRAPROPUESTA

1. *Contrapropuesta y aceptación*

Los artículos 1151 y 1152 del Proyecto contemplan los efectos vinculantes de una declaración de asentimiento a una oferta que modifica o altera los términos de esta última. El artículo 1152 del C.C. establece el principio clásico en esta materia, conforme al cual las obligaciones contractuales nacen y surgen del consentimiento mutuo de las partes, que refleja una concordancia perfecta entre dos actos jurídicos unilaterales: Si oferta y aceptación no concuerdan plenamente, no hay acuerdo ni aceptación⁶⁵. Frente a esta disconformidad surge la llamada contra-

⁶⁵ Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, estimando que “el ordenamiento positivo argentino no cuenta con una norma permisiva que, a falta de conformidad sobre los puntos secundarios, admita que el juez los establezca teniendo en cuenta la naturaleza del negocio”. C. S. J. N., 9 de marzo de 1976, *El Derecho*, 67-365.

oferta, que requiere de aceptación de parte del primitivo oferente para la formación del contrato ⁶⁶.

Este principio protege debidamente al oferente que recibe del destinatario una respuesta, formulando preguntas y sugiriendo la inclusión de otras estipulaciones. Bajo el principio clásico del artículo 1152 del C.C. estas sugerencias serán consideradas como una contrapropuesta hecha por el destinatario ⁶⁷. Suele ocurrir, sin embargo, que en razón de la importancia del tiempo en las negociaciones, el destinatario incluya algunas alteraciones a la oferta que no alteran de una manera significativa las obligaciones y derechos de las partes establecidos en la oferta. Ante la poca significación de las alteraciones, es común que el destinatario pretenda que dicha declaración de asentimiento constituya una aceptación. El principio de que debe existir identidad entre la oferta y la aceptación, aplicado sin matices, forzaría a las partes a otra ronda de negociaciones o de intercambio de comunicaciones, sin ventaja para ninguna de ellas.

El artículo 1151 del Proyecto, siguiendo los pasos del artículo 19 de la Convención y apartándose del artículo 1152 del C.C., dispone que las modificaciones a la oferta serán diferentes conforme a: (1) la significación que tengan las alteraciones a la oferta original y (2) la actitud que adopte el oferente. Las situaciones que pueden presentarse bajo el artículo 1151 del Proyecto son las siguientes:

(a) Si las estipulaciones adicionales o diferentes modifican “sustancialmente” las condiciones de la oferta, la respuesta del destinatario se considera como rechazo de la oferta y constituye una contrapropuesta;

⁶⁶ C. C., art. 1152:

“Cualquier modificación que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato”.

⁶⁷ Esto no perjudica el derecho del destinatario de aceptar la oferta bajo los términos en que fue emitida originalmente, ya que la sugerencia de incluir nuevas cláusulas no implica necesariamente un rechazo de la oferta, siempre y cuando la voluntad del destinatario aparezca claramente expresada en este sentido.

(b) Si las estipulaciones adicionales o diferentes no modifican sustancialmente las condiciones de la oferta, y el oferente no pone objeciones, manifestando al destinatario sin demora su rechazo de la aceptación, la respuesta constituye aceptación y, de acuerdo al artículo 1144 del Proyecto, queda formado el contrato al ser recibida por el oferente;

(c) Si las modificaciones o alteraciones no sustanciales son objetadas por el oferente sin demora (verbalmente o enviando una comunicación en tal sentido), la respuesta del destinatario se considera como rechazo de la oferta⁶⁸.

Conforme a esta regla, solamente las modificaciones que alteran sustancialmente los términos de la oferta importan una contraoferta. Las modificaciones que no son sustanciales son consideradas, en principio, como una aceptación. En este caso, las condiciones del contrato serán las de la oferta, con las modificaciones que contiene la aceptación, a menos que el oferente comunique inmediatamente al destinatario que no acepta las modificaciones introducidas por este último. Esta es una circunstancia especial, bajo la cual el silencio del oferente es considerado como una tácita aquiescencia a las modificaciones introducidas en

⁶⁸ Podría darse el caso de que el destinatario de la oferta no quiera subordinar su aceptación a las modificaciones insustanciales que sean objetadas oportunamente por el oferente. Es decir, que el destinatario desee incluir ciertas modificaciones adicionales que no son de gran importancia con el propósito de que, o bien el oferente las acepte y de esta forma quede concluida la negociación, o bien que en caso de no ser aceptadas por el oferente, el contrato quede concluido en base a los términos de la oferta original. Por supuesto que la conveniencia de contar con un mecanismo legal ágil que permita concluir el contrato se basa en la importancia que tiene el tiempo en este tipo de transacciones. La delegación de los Países Bajos ante UNCITRAL propuso, sin éxito, que el art. 19 de la Convención incluyera una disposición por la cual si el oferente objeta la discrepancia no sustancial, el destinatario pueda retirar prontamente las estipulaciones adicionales o diferentes, entendiéndose que el contrato entra en vigor sobre la base de las estipulaciones contenidas en la oferta, sin las modificaciones rechazadas. Creo que la inquietud de la delegación holandesa merece seria atención, y que el art. 1151 del Proyecto podría incluir una disposición de este tipo.

la aceptación, porque conforme al artículo 1151 del Proyecto el oferente “se encuentra obligado a explicarse” ⁶⁹.

La modificación introducida por el artículo 1151 tiene sus ventajas, ya que contempla una situación fáctica que suele presentarse en las negociaciones contractuales. Sin embargo, esta modificación trae también sus riesgos, ya que puede crear una situación de gran incertidumbre respecto a si se ha celebrado o no el contrato. Esta incertidumbre se presentará por cierto en aquellos casos en que personas que utilizan un criterio de razonabilidad promedio discrepen acerca del carácter “sustancial” o insustancial de las adiciones, limitaciones u otras modificaciones a los términos de la oferta. El destinatario podría pensar que como las alteraciones no son sustanciales, el contrato ha sido concluido, mientras que bajo la óptica del oferente, esas modificaciones pueden ser consideradas sustanciales y, por lo tanto, se abstendrá de comunicar su opinión al destinatario, confiando en que este último también lo ha considerado de esta forma. Así, el destinatario entiende haber celebrado un contrato con las estipulaciones incluidas en su respuesta, mientras que el oferente considera que no ha celebrado contrato alguno.

Como las reglas sobre formación de los contratos deben minimizar la posibilidad de incertidumbre respecto del hecho básico de la celebración del contrato, es aconsejable hacerse cargo de alguna forma de las desventajas que presenta el artículo 1151 del Proyecto, e introducir alguna disposición que trate de precisar la vaguedad intrínseca de la expresión “modificaciones sustanciales”. Esta determinación dependerá de los usos y prácticas establecidos entre las partes y de las circunstancias de cada caso en particular, tales como, por ejemplo, el objeto del contrato. De esta forma, si el destinatario-comprador acepta la oferta, pero prorrogando por unos días el plazo de entrega de una máquina que el oferente-vendedor ha estipulado en la oferta, dicha alteración podría carecer de las características de “sustancialidad” a las que se refiere el artículo 1151 del Proyecto. Pero si el objeto del contrato es la compraventa de productos perecede-

⁶⁹ C. C., art. 919.

ros, toda modificación en el plazo de entrega estipulado en la oferta probablemente sea considerada como un rechazo de la oferta original y una contrapropuesta⁷⁰.

Una forma eficaz de reducir esta incertidumbre es la de incluir una lista ilustrativa de aquellos elementos de un contrato que comprometen de tal forma las obligaciones de las partes, que toda modificación es considerada "sustancial". Esto es lo que ha hecho el artículo 19 (3) de la Convención, al establecer que los elementos adicionales que alteran sustancialmente la oferta son aquellos relativos, en particular, al precio, el pago, la cantidad y calidad de las mercaderías, el lugar de la fecha de entrega, el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra y la solución de las controversias. Al incluir la mayoría de los principales elementos del contrato en esta disposición, son pocos aquellos términos de la oferta que pueden alterarse sin transformar a la aceptación en una contrapropuesta.

Cabe destacar, empero, que las disposiciones de la Convención sobre formación del contrato, están destinadas a ser aplicadas con exclusividad al perfeccionamiento de cierto tipo de contratos de compraventa, mientras que las disposiciones similares del Proyecto intentan contemplar la formación de todo tipo de contratos. Por ello es que si bien propongo que el artículo 1151 contenga una lista de elementos que se presumirán que hacen a la esencia de la oferta (tales como, v.gr., el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra y la solución de las controversias), no puede pretenderse lograr una precisión tal como la que exhibe el artículo 19 (3) de la Convención.

⁷⁰ Véase Ph. Kahn, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 4, Año 33, octubre-diciembre 1981, pp. 951, 966.

A P E N D I C E

EXAMEN COMPARADO DE LA FORMACION DEL CONTRATO EN LA CONVENCION DE VIENA Y EL PROYECTO DE LEY DE UNIFICACION

Convención de Viena de 1980

Proyecto de Ley de Unificación

Perfeccionamiento del Contrato

Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Véase C. C., art. 154.

Artículo 1144

El contrato queda concluido cuando la aceptación es recibida por el oferente.

La Oferta: Requisitos

Artículo 14

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

Véase C. C., art. 1148.

Artículo 1147

Para que haya oferta el oferente debe:

1) Realizar una manifestación que razonablemente, y de acuerdo con los usos y costumbres y las circunstancias del caso, indique la intención de obligarse en razón de ella.

2) Dirigirla a persona determinada o determinable.

3) Contener las precisiones necesarias para individualizar las obligaciones que resultarán en caso de ser aceptada.

Oferta al Público

Artículo 14

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 1145

La invitación a contratar será interpretada restrictivamente. La oferta a persona indeterminada vale sólo como invitación a contratar, salvo que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención del oferente de obligarse. En este último caso se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones de uso. Será aplicable lo dispuesto en el artículo 2291.

Fuerza Vinculante de la Oferta

Artículo 15

1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

a) Retracción

Artículo 15

2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. Véase C. C., art. 1150.

Artículo 1150

En los casos del artículo anterior la oferta quedará revocada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes de la oferta o al mismo tiempo que ella.

b) Revocación

Artículo 16

1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse;

a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o

Artículo 1149

Una oferta tendrá vigencia:

1) Cuando el oferente ha establecido un tiempo de vigencia al emitirla, durante el tiempo indicado.

2) Cuando ha sido emitida como irrevocable pero sin indicación de plazo, durante treinta días desde su emisión.

3) Cuando ha sido dirigida a persona distante que no se encuentra en

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

comunicación instantánea con el oferente, durante el tiempo razonablemente necesario para recibir la respuesta, considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado para transmitir la respuesta.

Los plazos comienzan a correr desde la fecha de expedición de la oferta.

c) Caducidad

Artículo 17

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

Artículo 1148

La oferta dirigida a persona presente, o a persona distante pero que se encuentra en comunicación instantánea con el oferente, caduca si no es aceptada de inmediato.

La Aceptación: Requisitos

Artículo 18

1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

Véase C. C., arts. 913-919.

Artículo 1151

Hay aceptación cuando el destinatario de una oferta manifiesta su asentimiento con ella...

Artículo 1146

Se aplica a la oferta y aceptación lo dispuesto en la Sección II del Libro II de este Código.

Fuerza Vinculante de la Aceptación

Artículo 18

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro

Artículo 1144

El contrato queda concluido cuando la aceptación es recibida por el oferente...

Artículo 1153

Conforme a lo dispuesto por el art. 1144, si las partes no se encuen-

de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute el acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo antecedente.

tran presentes ni comunicadas instantáneamente, la aceptación concluye el contrato si ella es recibida por el oferente durante el plazo de vigencia de la oferta.

a) Retracción

Artículo 22

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 1153

... La aceptación queda revocada si la comunicación de su retiro es recibida por el oferente antes de la aceptación, o al mismo tiempo que aquella.

b) Aceptación tardía

Artículo 21

1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal

Artículo 1154

El oferente puede valerse de una aceptación tardía comunicando sin demora su decisión al aceptante.

habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

c) Plazo de la Aceptación

Artículo 20

1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2) Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

Artículo 1144

Para determinar el vencimiento de los plazos se aplica la regla del artículo 750.

Véase, C. C., Art. 27.

Modificación de la Oferta: La Contrapropuesta

Artículo 19

1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

Artículo 1151

...Las modificaciones sustanciales que el destinatario introduzca a la oferta importan su rechazo y constituyen una contraoferta. Las otras modificaciones que el destinatario le introduzca se consideran

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirán aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

admitidas por el oferente si no manifiesta sin demora su rechazo.

Artículo 1152

La aceptación parcial de una oferta alternativa o divisible concluye el contrato respecto de lo aceptado. La aceptación parcial de una oferta indivisible importa su rechazo y constituye una contraoferta.

Recepción de Una Manifestación de Voluntad

Artículo 24

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

Artículo 1144

... Se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoció, o debió conocerla usando la debida diligencia, se trate de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil...

SUMMARY

This Article examines the rules on formation of contracts adopted by the Draft Civil and Commercial Law on Commercial and Civil Obligations (Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial) (hereinafter referred to as "the draft law") submitted to the Argentine Congress in 1987. This draft law, which was approved by the Chamber of Deputies, seeks to harmonize the Argentine rules on formation of contracts with those of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter referred to as "the Convention").

The Convention is the first universal legal instrument intended to govern the most common contract within the international economic community. It was adopted in Vienna by the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as "UNCITRAL") in 1980, and it entered into force on January 1st 1988, one year after the tenth ratification or accession. Thus far, Argentina, France, and the United States are among the countries which have ratified the Convention.

The second part of the Convention (arts. 14-24) deals with the formation of contracts, addressing the two basic problems that are central to traditional domestic rules governed by arts. 1144-1156 of the Argentine Civil Code: offer and acceptance.

This paper analyzes and compares the rules of the Argentine Civil Code with those of the Convention and the draft law. The differences between the Civil Code and the Convention are important because businessmen involved in international transactions, whether Argentine or foreign, must rely upon the approach to commercial contracts embodied in the Convention.

The discussion focuses on the solutions given by those rules to the practical problems that arise in the formation of contracts and when the offer and the acceptance do not precisely match. After considering the diverse approaches, the paper emphasizes those areas where the draft law departs from the text of the Convention. Finally, some suggestions are furnished in this paper for improving the rules on formation of contracts incorporated into the draft law on civil and commercial obligations which has been submitted to Congress.

ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LAS REFORMAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

JORGE ALCIDES URIARTE *

I

Las reformas introducidas en nuestra legislación de familia a partir de 1985 con la ley 23.264 y culminadas en 1987 con la sanción de la ley 23.515, revisten la significación de ser unas de las más importantes concretadas en la materia en el presente siglo. Siguiendo el trámite de las modificaciones parciales del Código Civil y leyes complementarias, las recientes reformas vienen a operar en el ámbito del derecho matrimonial y en las relaciones jurídicas paterno-filiales, transformaciones comparables a las que en su momento alcanzaron las leyes 2393, 11.357, 14.367, 14.394 y 17.711.

Esta revisión del ordenamiento legal de la familia debe ser contemplada como un reflejo retardado de un proceso constante en el Derecho Comparado de reformas al Derecho de Familia. A través de la recodificación o del dictado de leyes especiales, cambios similares pero con ritmos disímiles se han venido produciendo luego de la Segunda Guerra Mundial en las legislaciones de Europa y América.

El fenómeno descrito, que alcanza su mayor intensidad al promediar la década de los años setenta, responde a motivaciones profundas vinculadas con la composición del núcleo familiar, la afirmación del principio de igualdad jurídica entre sus integrantes, la supresión de discriminaciones en la filiación, la situación

* Profesor Adjunto Regular de Derecho Civil V (U.B.A.).

de la mujer casada, la extensión de los conflictos familiares y la consolidación del instituto del divorcio como instrumento de paz social. Savatier atribuye el impulso reformista, al que reconoce una extensión universal, a tres causas que se influyen entre sí: la transformación de la economía familiar, la dinámica liberadora del hombre y el acceso científico a la biología humana ¹.

El tratamiento de algunos de estos temas se desarrollaba con morosidad en nuestro derecho positivo. Ubicada entre los incapaces de hecho relativos en el Código Civil, la situación jurídica de la mujer casada había sido mejorada en 1926 con la sanción de la ley 11.357, denominada de derechos civiles de la mujer, que estableció la capacidad de la mujer mayor de edad soltera, viuda o divorciada, y reconoció a la mujer casada el ejercicio de determinados actos para cuya realización no necesitaba contar con la autorización del marido o del juez, aunque mantuvo su incapacidad. Recién cuarenta años más tarde, en 1968, la ley 17.711 atribuyó plena capacidad civil a la mujer mayor de edad, cualquiera fuere su estado.

A pesar de ello, y no obstante las limitaciones interpretativas ingresadas a través de la aplicación judicial de la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, con posterioridad a esa fecha perduraba la facultad del cónyuge varón de fijar el domicilio conyugal y la correlativa obligación de su mujer de habitar con él donde hubiere decidido establecer su residencia. Igualmente, en el plano del deber de fidelidad de los cónyuges, también subsistía en nuestra ley penal un diverso tratamiento en la tipificación del delito de adulterio, lo cual se traducía en una discriminación en el ámbito civil por las sanciones que el incumplimiento de aquel deber acarrecaba.

En la relación de los padres con la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados, el ejercicio de la patria potestad recaía exclusivamente en el padre quien tenía, fuera de los casos de traslado a la madre por muerte, pérdida de la titula-

¹ Savatier, René, *La evolución del derecho de familia*, en *Revista del Notariado*, N° 724, págs. 1475 y siguientes.

ridad y del ejercicio y suspensión del ejercicio paterno, la representación del hijo y la administración y usufructo de sus bienes.

A partir de la distinción entre los hijos legítimos y los hijos ilegítimos y de un inferior status jurídico para estos últimos, las leyes modificatorias del Código Civil debieron afrontar las diferencias de calificaciones y derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que vedaban, por ejemplo, a los adulterinos, sacrílegos o incestuosos, la indagación de la paternidad o maternidad o el carácter de sujetos pasivos de la patria potestad. La falta de supresión de las categorías de hijos ilegítimos o extramatrimoniales persistió hasta el año 1954, sin que cesaran con la sanción de la ley 14.367 las desemejanzas con los hijos matrimoniales en aspectos tan importantes como los referidos, entre otros, a la igualdad de los derechos sucesorios, a la extensión del derecho alimentario para todos los parientes sin discriminación del vínculo, y a la legitimación y adopción de los propios hijos extramatrimoniales.

Pero donde el Derecho de Familia exhibía su rémora mayor era en el tratamiento integral de la materia del divorcio vincular, encontrándose desde 1956 en suspenso la disposición legal que lo había receptado dos años atrás. Tres debates parlamentarios en el ámbito del Congreso de la Nación en 1902, 1932 y 1954, más de medio centenar de proyectos de ley sin contar los de declaración o resolución o la reproducción de proyectos similares, y una copiosa bibliografía sobre el tema, eran los signos visibles de una resistencia irrazonable a modificar legislativamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial, fuera del caso de muerte real o presunta de uno de los cónyuges. No obstante el aumento de situaciones familiares irregulares y su falta de correspondencia con la realidad, el ordenamiento jurídico solo había recibido leves retoques, aunque meritorios en la intención de reducir la combatividad del juicio contradictorio de divorcio a través de la alternativa del divorcio por presentación conjunta, confirmando ello que las reformas alcanzadas se habían inclinado por evitar las innovaciones polémicas según lo declararon expresamente los integrantes de la Comisión redactora de la ley 17.711.

Como elemento imponderable, pero acerca de cuyo descen-

lace nuestra doctrina había adelantado algún vaticinio² sobre el regreso al divorcio vincular a través del reconocimiento judicial, en la causa “Sejean, Juan B. c/Zaks de Sejean, Ana M.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció la inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2393 de matrimonio civil que establecía la indisolubilidad de la unión, como así también de todas aquellas normas que resultaban concordantes con ese texto legal, decretando a continuación la disolución del vínculo matrimonial y restableciendo la aptitud nupcial de las partes, que ya se encontraban divorciadas según el artículo 67bis de aquella ley.

Más allá de la representatividad de los jueces de la Corte para revisar a través de una interpretación dinámica de la Constitución la adecuación de las normas legales a las exigencias sociales, y sin pretender avanzar sobre la investigación de la autolimitación de las funciones del Alto Tribunal en mérito a no invadir el ámbito normal de actuación de los otros Poderes del Estado, o sobre la determinación de si el control de constitucionalidad fue ejercido en sus justos términos, importa destacar que de la simple lectura de los argumentos jurídicos que fundan los votos de los ministros se evidencia la gravedad que los temas de la disolubilidad del vínculo matrimonial y la recuperación de la habilidad nupcial habían alcanzado en nuestra comunidad, lo cual queda reflejado en conceptos tales como “grave agravio es para la buena organización de la sociedad obligarla a contener en su seno células de resentimiento y fracaso, sentimientos negativos que a más de malograr a los individuos que conforman el núcleo conyugal se extienden como consecuencia inevitable a sus hijos” (Fayt), o “la realidad social de la República Argentina ha cambiado inclusive en lo referente a las relaciones familiares y no parece razonable que la realidad jurídica y la social se encuentren separadas por la distancia que hoy es constatable en nuestra sociedad” (Bacqué), o “el conflicto era evidente para todos los hombres sensatos” (Petracchi).

² Ver Boggiano, Antonio, *El divorcio en la Corte. Constitucionalidad del matrimonio indisoluble*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, págs. 1 y siguientes.

La trascendencia del pronunciamiento, cualquiera sea la valoración que merezcan el fallo dividido y la línea argumental de cada uno de los votos, puede decirse que acompañó a la decisión de superar las dilaciones y dificultades que la modificación integral de la ley de matrimonio civil venía sufriendo en el Senado de la Nación, posibilitando de tal manera que se diera en definitiva una solución legislativa al problema. La fuerza no vinculante del fallo de la Corte, salvo por la autoridad moral que emana de ella, y la desarmonía de los pronunciamientos de los tribunales inferiores que siguieron a la decisión del caso Sejean, llevaron a acelerar el tratamiento parlamentario ante la falta de uniformidad jurisprudencial y la necesidad de evitar instancias y recursos para que el justiciable alcanzara una solución que ya estaba anticipada.

II

Nuestro país había suscripto en los últimos cuarenta años importantes convenciones internacionales que, al no ser incorporadas a la regulación del derecho positivo de familia por mediar discordancias entre los nuevos preceptos receptados y las normas de derecho interno vigentes, crearon la necesidad de su adecuación y marcaron una significativa tendencia al replanteo de ciertos conceptos.

Fueron ellas, entre otras, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Civiles a la Mujer, aprobada en Bogotá en 1948 y ratificada por decreto-ley 9983/57 (ley 14.467); el Acta Final de Chapultepec de 1945, ratificada por decreto 6945/45 (ley 12.837); la Convención sobre eliminación de la discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, entre las normas de protección a la familia dispuso, en los puntos 4 y 5 de su artículo 17, que los Estados partes deben ase-

garantizar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de condiciones de los cónyuges en cuanto a la institución del matrimonio durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, en este último en que se arbitrarán las medidas para afirmar la protección de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos, debiendo la ley reconocer iguales derechos a los hijos matrimoniales como a los nacidos fuera del matrimonio. Esta Convención, aprobada por el Congreso de la Nación mediante la ley 23.054, acompaña una lenta evolución en las relaciones paterno-filiales, especialmente en cuanto a la situación legal de los hijos extramatrimoniales.

Un claro ejemplo de las discordancias señaladas y las dificultades interpretativas planteadas por los nuevos acuerdos internacionales, se perciben con la adecuación de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios o Convención de Nueva York, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1962, y ratificada por nuestro país por ley 18.444. El inciso 2º del artículo 1º de la Convención establece que "no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente, y del modo prescripto por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente". La norma en cuestión, al introducir la figura del matrimonio a distancia, que no se hallaba contemplado en nuestro derecho, suscitó problemas interpretativos referidos a: 1) posibilidad de celebrar matrimonio por poder; 2) determinación del funcionario competente para recibir el consentimiento del ausente; y 3) existencia o inexistencia del matrimonio celebrado por poder con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención. A su vez, en materia de edad, la dispensa por autoridad competente de los matrimonios celebrados por personas que no hubieran cumplido la edad mínima requerida por la Convención, introdujo también dudas acerca de si era la autoridad administrativa o la judicial la encargada de evaluar las causales de excepción establecidas en interés de los contrayentes y contempladas en el artículo 14 de la ley

14.394, esto es, que la mujer hubiera concebido de aquel con quien pretendía casarse y, en los casos del artículo 132 Código Penal, mediando contra la mujer los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto.

III

El *aggiornamento* producido en nuestro derecho positivo de familia con el dictado de las leyes 23.264 y 23.515 es parte de un proceso de reformas operado en la mayoría de las legislaciones modernas, que denota un ritmo de aceleración creciente en los últimos años, y que ha sido calificado como de crisis del Derecho de Familia o de descodificación del Derecho Civil, como resultado de la sanción de leyes especiales de familia.

Son significativos algunos datos de ese proceso universal de reformas:

- a) Carácter gradual y progresivo del movimiento legislativo;
- b) Sucesión de reformas parciales, iniciadas con las modificaciones menos resistidas en cada comunidad jurídica, por oposición a la técnica legislativa de reunir en un ordenamiento único o en un código especializado todas las reglas jurídicas de familia, tal como acontece en Alemania Oriental, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania y Unión Soviética, y entre los americanos en Bolivia, Costa Rica y Cuba;
- c) Anticipación en el tratamiento legislativo, previas a reformas de mayor complejidad en el derecho matrimonial, de materias vinculadas a la equiparación de los cónyuges, supresión de las discriminaciones en la filiación, e implantación de un nuevo régimen de autoridad de los padres;
- d) Acumulación de esa movilidad legislativa, en sus expresiones más recientes, en la mitad de la década del setenta al ochenta. Así, Francia sustituyó totalmente el título del código civil sobre el divorcio en 1975, y sobre el mismo tema hicieron lo propio Holanda en 1971, Bélgica en 1974, Portugal e Italia

en 1975, Alemania Federal y Suecia en 1976, Bolivia en 1972, Costa Rica en 1973, Cuba en 1975, Colombia en 1976 y Brasil en 1977, entre otros.

Con la sola excepción de la época de sus reformas, realizadas más tardíamente, el caso de España es una clara síntesis en el Derecho Comparado de los datos apuntados a ese movimiento legislativo. Luego de establecer en 1975 la equiparación jurídica de los cónyuges, al decir de algún autor zumbonamente porque se estaba en el Año Internacional de la Mujer y “había que ofrecer algo”³, en 1978 redujo la mayoría de edad a los 18 años y modificó el sistema de emancipación. Con posterioridad, en 1981, concretó una aproximación a la unidad de las filiaciones y efectuó la reforma del régimen económico-conyugal de la sociedad de gananciales. Dos meses más tarde arribó a la instauración de la patria potestad compartida en su ejercicio por los progenitores y a la admisión del divorcio vincular y procedimientos en materia de separación, nulidad y divorcio. Finalmente, en 1983, se introdujeron importantes modificaciones en la institución de la tutela.

La influencia de la experiencia española, que justifica la reseña efectuada, ha sido notoria en las reformas practicadas en nuestro derecho positivo de familia, constituyendo la ponderación del contenido de sus normas una constante en toda nuestra etapa de actualización. La explicación de tal incidencia, fuera de las razones vinculadas con la similitud de nuestras culturas, quizás podría encontrarse en la circunstancia de haber permanecido los temas de revisión en un estado de ebullición por largos años en ambos países, desembocando el vinculado con el divorcio en debates parlamentarios tardíos, en medio de un contexto de prevención de destrucción de la familia creado por los partidarios de la posición antidivorcista. Pero también es advertible que el seguimiento es producto de una identidad de las realidades institucionales, como resultado de haber salido ambos Esta-

³ Díez-Picazo, Luis, *Familia y derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 49.

dos de un largo período de cercenamiento de las libertades públicas.

IV

No puede afirmarse que el orden y la concreción legislativa de las modificaciones introducidas en nuestro derecho positivo de familia respondieran a un plan general de reformas, si por tal se entiende la programación de estudios a cargo de organismos destinados precisamente a analizar la posibilidad y contenido de los cambios, tal como aconteció en algunos de los ordenamientos europeos y americanos citados, donde se llegó a integrar comisiones generales de codificación.

Por cierto que en la doctrina nacional eran perfectamente identificables posturas que venían propiciando la regulación del divorcio vincular, la equiparación en el régimen jurídico de la filiación, y el ejercicio compartido de la patria potestad.

Incluso algunos juristas habían esbozado bases dogmáticas y normativas mínimas de esas reformas, en trabajos parciales que fueron tomados como guías de algunos de los proyectos de leyes presentados al Congreso de la Nación ⁴.

Pero no obstante esa importante previsión doctrinaria y la colaboración efectiva de un núcleo de juristas en el asesoramiento técnico de las Comisiones parlamentarias, en principio, y sin perjuicio de que se puedan apuntar paternidades en muchas de las soluciones arribadas, este proceso de cambios de nuestro Derecho de Familia es el resultado de una obra que evidencia su alto impulso colectivo, procedente de un consenso generalizado sobre las grandes líneas de reformas. Y ello casi siempre ocurre cuando una comunidad social deja de encontrar motivos para amar su legislación de familia existente, falta de aprecio en la que habían ingresado no sólo quienes sufrían directamente algunas de sus normas, sino también aquellos que exhibían relaciones familiares carentes de conflictos.

⁴ Zannoni, Eduardo, *El divorcio vincular en la Argentina. Sus bases programáticas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, ver Prólogo, pág. 11.

Contradice esto la afirmación de que el Derecho de Familia, al igual que un régimen dietético, nunca es seguido por el individuo sano sino por el enfermo⁵, ya que no debería dejar de tenerse presente el carácter docente que alcanza toda normativa familiar y el hecho de que la regulación realista de sus instituciones básicas se refleja en los comportamientos de los integrantes de la sociedad.

Las alternativas propuestas en materia de técnica legislativa de las reformas fueron de índole diversa:

1) Sanción integral de un Código de la Familia y el Niño;

2) Dictado de una ley de familia y de un Código de la Minoridad, mediante la creación de una Comisión bicameral del Congreso que recabaría el asesoramiento necesario, y eventualmente podría encargar la redacción de las reformas a un grupo de especialistas. La ley de familia comprendería la regulación del derecho matrimonial, filiación, patria potestad y parentesco. El Código de la Minoridad abarcaría la normativa vinculada al Consejo Nacional del Menor, Justicia del menor, Ministerio Público de Menores, régimen penal hasta los 18 años, régimen básico de tratamiento y diagnóstico, protección de menores abandonados y discapacitados en situación de peligro, régimen de trabajo de los menores de 18 años, protección prenatal, y régimen penal de incumplimiento de los deberes de la patria potestad en perjuicio del menor;

3) Sanción de leyes especiales, conteniendo enmiendas parciales del Código Civil y leyes complementarias.

Este último fue el criterio seguido, adoptado más por el peso de la dinámica propia del movimiento de reformas y las resistencias encontradas para la sanción de los proyectos, que por la estimación ajustada de las ventajas de una u otra sistematización normativa.

⁵ Díez-Picazo, Luis, *ob. cit.*, pág. 42.

A fin de ofrecer un panorama del alcance de las reformas de nuestro Derecho de Familia, acaso sea conveniente detenerse en primer término en la extensión y las materias alcanzadas por las mismas, para luego glosar las novedades introducidas por los nuevos ordenamientos.

La ley 23.264, sancionada el 25 de septiembre de 1985, sustituye el Título II de la Sección II del Libro I del Código Civil (arts. 240 a 263), sobre las disposiciones generales en materia de filiación, determinación de la maternidad y de la paternidad matrimonial y extramatrimonial, determinación y prueba de la filiación matrimonial, reconocimiento de la filiación y acciones de filiación de reclamación y de impugnación de estado; modifica normas de los Títulos III al XIII de la Sección II del Libro I del Código Civil, comprensivos de la patria potestad, derechos y deberes de los progenitores sobre las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados, administración y usufructo de los mismos, actos prohibidos a los padres y actos que requieren autorización judicial, privación de la patria potestad, obligación alimentaria entre parientes por consanguinidad y afinidad, cesación de la obligación alimentaria, tutela legal y dativa, curatela de los hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad; reformula la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores; introduce enmiendas importantes en once artículos del Libro IV del Código Civil, normas todas ellas propias del Derecho Sucesorio, referidas a la posesión hereditaria, órdenes de la sucesión intestada, sucesión de los descendientes, ascendientes y parientes colaterales, llamamiento exclusivo del cónyuge a falta de descendientes y ascendientes, exclusión hereditaria de los padres y demás ascendientes, y nuevas causales de indignidad sucesoria; finalmente, corrige disposiciones aisladas vinculadas al nombre, tiempo del embarazo, emancipación, adopción y sociedades mercantiles.

En síntesis, la ley 23.264 modificó 70 artículos del Código Civil, 2 artículos del Código de Comercio, 7 artículos de leyes es-

peciales complementarias del Código Civil y derogó la ley 14.367 y 61 artículos del Código Civil.

En la apretada reseña realizada se advierte el número de normas alcanzadas por la ley 23.264, deteniéndonos a continuación en las principales enmiendas introducidas por ese cuerpo legal.

1. *Concepto y unidad de las filiaciones.*

La relación natural de la procreación basada en el nexo biológico y la incorporación del vínculo filiatorio surgido de la adopción, han hecho que la ley 23.264 precise que la filiación pueda tener su origen en la generación o en la decisión de la ley, "por naturaleza o por adopción", según dice el nuevo artículo 240 Código Civil.

Luego que en el régimen original del Colegio Civil se distinguiese entre hijos legítimos e ilegítimos y que las leyes posteriores avanzasen hasta suprimir las calificaciones referidas a los hijos nacidos fuera del matrimonio, restaba unificar el status jurídico de los hijos concebidos en el matrimonio y fuera de él, unificación a la que nuestro país se había comprometido, según señaláramos al comienzo de este trabajo, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y que en el Derecho Comparado había sido ya establecida por las legislaciones de Bolivia, Canadá, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, China, Ecuador, España, Gran Bretaña, Guatemala, Hungría, Israel, Luxemburgo, México, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, Unión Soviética, Venezuela y Yugoslavia.

Al consagrar la igualdad de todos los hijos, el nuevo ordenamiento recepta el recto criterio ético de que no deben extenderse a los hijos, a quienes no se les puede imputar culpa alguna, discriminaciones jurídicas, sociales y económicas derivadas de su nacimiento. El principio de la unidad de las filiaciones se adecua tanto con la no admisibilidad de prerrogativas de sangre ni de nacimiento, consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional, como con el objetivo de la protección integral de la familia, precisado en el artículo 14 bis del mismo cuerpo legal.

El nuevo régimen de unidad de las filiaciones introduce una importante equiparación legal que asegura valores de justicia y de dignidad de la persona humana. Ello no implica desconocer la existencia de una filiación matrimonial y otra extramatrimonial. De lo que se trata es de la supresión de todas las diferencias jurídicas entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales y de las consecuencias de haber nacido en una u otra situación, más no de negar la existencia de las diferentes clases de filiación que, como lo establece el segundo párrafo del artículo 240 Código Civil, “surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

Las derivaciones de la implantación del principio de unidad aludido son singularmente significativas:

a) La igualdad de los hijos ante la ley crea la posibilidad para todos ellos de investigar y determinar su origen y obtener su reconocimiento;

b) Se superan los efectos de la distinción entre familia legítima e ilegítima al derogarse las disposiciones legales referidas al parentesco ilegítimo (arts. 365 y 366 Cód. Civ. anterior ley 23.264);

c) Ante la nueva situación jurídica de los hijos extramatrimoniales, se suprime el instituto de la legitimación que colocaba a los hijos concebidos fuera del matrimonio en la situación de hijos legítimos;

d) Toda dificultad interpretativa vinculada a la situación de los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos, en contraposición a los deberes y derechos de los hijos legítimos, debe ser zanjada equiparando el status jurídico de aquéllos al de éstos;

e) Derogada la ley 14.367 no puede válidamente plantearse distinción alguna entre los derechos y deberes de los padres extramatrimoniales y los matrimoniales, con la salvedad de la atribución del usufructo de los bienes de los hijos extramatrimoniales a los progenitores que no los hubieran voluntariamente reconocido (art. 287 Cód. Civ.);

f) Al desaparecer las diferencias entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, deja de tener sentido la adopción del hijo propio (arts. 2º, segundo párrafo, y 6º, ley 19.134).

2. *Determinación y prueba de la filiación.*

El Código Civil había construido, con alcances diversos acerca de la posibilidad de admitir prueba en contrario, un régimen de presunciones legales sobre la concepción y la paternidad de los hijos generados por la mujer casada dirigidas a la determinación de la filiación matrimonial. La extramatrimonial exigía el reconocimiento del padre y de la madre.

El avance legislativo en la determinación de la paternidad matrimonial y su eventual impugnación, culmina ahora con un sistema de los denominados abiertos, caracterizado por: la supresión de las presunciones estrictas; el inicio de la presunción *juris tantum* de paternidad del marido de la madre a partir de la celebración del matrimonio, y su cese después de los trescientos días posteriores a la muerte del marido, de la anulación del matrimonio o del divorcio, y de la separación de hecho de los cónyuges; la ampliación de los plazos de caducidad; la expresa admisión de todo medio de prueba, inclusive las biológicas; y la transformación del tipo de presunciones contempladas en el ordenamiento anterior.

El desarrollo de las investigaciones científicas permite hoy precisar los orígenes biológicos de una persona, y contribuye a través de un sistema probatorio amplio, como el adoptado por la ley 23.264, a posibilitar la concordancia del nexo biológico con el vínculo jurídico. Mediante los sistemas sanguíneos ABO, P, M y N, Rhesus, Kell Cellano y HLA (Human Lymphocyte Antigen) de histocompatibilidad, el valor de las pruebas hematológicas alcanza un 97,9 % de certeza en la determinación del vínculo filiatorio, sosteniendo algunos autores que el porcentaje trepa al 99,9 %⁶. Tanto en las acciones de impugnación de la pater-

⁶ Grosman, Cecilia, *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, págs. 170 y sigtes.

nidad y de la maternidad matrimoniales, como en la de reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, las pruebas hematológicas, antropomórficas y fisiológicas constituyen en la actualidad un amplio campo de desarrollo de la investigación del parentesco consanguíneo.

La maternidad matrimonial y extramatrimonial pueden determinarse legalmente por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Esta solución de sistema único contenida en el nuevo artículo 242 Código Civil, que en lo mediato recoge el principio clásico de que la maternidad se acredita por el parto porque *mater semper certa est*, y que en lo inmediato sigue en líneas generales a la Ley de Registro Civil española de 1957 y al Reglamento de 1958⁷, es aplicable tanto a la maternidad matrimonial como a la extramatrimonial, con lo cual se supera la exigencia del reconocimiento individual ante el oficial público por parte de la madre, requerimiento que en la práctica aumentaba el número de hijos extramatrimoniales de filiación desconocida por razones que iban desde los casos en que la mujer se retiraba del hospital sin reconocer a su hijo, pasando por reales dificultades administrativas en los Registros Civiles, y concluyendo con los decesos maternos inmediatos al parto que impedían el acto del reconocimiento.

De los aspectos variados que se derivan del sistema, uno de ellos adquiere singular importancia. Es el referido a la atribución de la calidad de madre jurídica en los casos de fecundación con trasplante del embrión, acerca de cuyas proyecciones jurídicas el ángulo relevante está centrado, fuera de los cuestionamientos éticos, en la posibilidad de ser reclamado tanto por la madre biológica como por quien permitió el desarrollo fetal y dio a luz. La importancia conferida a la prueba del parto para la determinación de la maternidad, facilita la interpretación de que conforme al artículo 242 Código Civil madre jurídica es quien sobrellevando el embarazo dio nacimiento al nuevo ser.

⁷ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 27.

3. *Ejercicio compartido de la patria potestad.*

Si bien es cierto que el tratamiento compartido de las decisiones con relación a los hijos era en los hechos el accionar común en los matrimonios bien avenidos, las diferencias de regulación del ejercicio de la patria potestad para el padre y la madre hicieron que crecieran en los últimos años las corrientes de opinión inclinadas hacia una reforma en este tema.

Así, en 1975, el Congreso de la Nación había modificado el art. 264 Código Civil en el texto ordenado por la ley 10.903, estableciendo que el ejercicio de la patria potestad correspondía indistintamente al padre o a la madre. Pero, fundado en la falta de antecedentes en la legislación comparada de la forma de ejercicio adoptada, como también en la técnica legislativa seguida, el Poder Ejecutivo vetó sin promulgarlo el proyecto de ley sancionado bajo el número 21.182.

Diez años más tarde, con la sanción de la ley 23.264 nuestra legislación civil abandona el sistema clásico o tradicional de ejercicio paterno de la patria potestad, para implementar el sistema compartido que, partiendo del principio de la igualdad jurídica de los padres, reconoce a ambos progenitores una actividad participada en el otorgamiento de los actos vinculados con la persona y los bienes del menor no emancipado.

Dentro del sistema compartido, la ley citada se inclinó por seguir una regulación mixta de las formas conjunta e indistinta, especies de aquél género que aparecían insuficientes en sus expresiones absolutas: la conjunta porque significaba como regla que para todos los actos vinculados a la persona y bienes del menor se debía contar con el consentimiento de ambos progenitores, y la indistinta porque a través de ella cada uno de los padres podía actuar en forma independiente en todos los actos, aún desoyendo al otro. Claro que las variantes atenuadas de ambas formas que ofrecía el Derecho Comparado, evitaba en la conjunta las dificultades prácticas de la actuación mancomunada por vía de la presunción de conformidad del progenitor no interviniente, y en la indistinta permitía requerir la voluntad expresa de ambos padres para actos de importancia en la vida del menor.

Pero la tipificación del sistema como mixto en razón de la mención expresa del artículo 294 Código Civil de que “los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por el padre o la madre”, no impide desconocer el alto grado de ejercicio conjunto que tiñe todo el instituto, y según el cual se presume la conformidad del progenitor no actuante en aquellos actos que por su cotidianeidad, necesidad o uso social, son protagonizados por el otro. Esa presunción legal de conformidad cesa cuando medie oposición del otro progenitor, o en los supuestos contemplados en el artículo 264 quater Código Civil, donde se agrupan una serie de actos que por su trascendencia para el menor el legislador ha interpretado que deben ser otorgados con la conformidad expresa de ambos padres.

4. *Vocación sucesoria de los descendientes y de los ascendientes.*

De las importantes reformas que introdujo la ley 23.264 en la materia del Derecho sucesorio, se destaca la referida a la reducción de los seis órdenes sucesorios a cuatro: descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales.

Ello implica la supresión de las diferencias, a los efectos sucesorios, entre las categorías de los descendientes legítimos e ilegítimos.

La eliminación de distingos entre los descendientes en base al principio de la unidad de las filiaciones, está acompañada, también a los efectos sucesorios, por la equiparación de los ascendientes. Consecuentemente, se reformulan las porciones legítimas de los descendientes y de los ascendientes, ambos sin aditamentos, que pasan a ser de cuatro quintos y dos tercios, respectivamente.

La vocación sucesoria de los ascendientes, sin atender a su condición de ser hábiles para contraer matrimonio o estar impedidos por ligamen o por parentesco, viene recibiendo comentarios dispares en la doctrina nacional posterior a la reforma. Quienes apoyan la solución legal, señalan la injusticia que resultaría de vedar de la correlativa vocación sucesoria a los progenitores que cumpliesen acabadamente con sus obligaciones y deberes hacia sus hijos.

io, quienes la cuestionan por estimarla desacer-
os padres adúlteros e incestuosos que concu-
tutuir tanto el adulterio como el incesto con-
impiden fundar en ellas sus derechos. Asimis-
nto el adulterio como la relación sexual entre
contrarios a la moral, lo cual se explicaría por
te de la relación incestuosa y la reprobación
n adúltera.

os últimos, que en ocasión de dictarse la ley
o la supresión de las discriminaciones públicas
s hijos matrimoniales y los extramatrimoniales,
la duda de si se habían derogado las catego-
ces reconocidas, o si por el contrario las mis-
es. Hoy, afirman, tal duda no se presenta y es
en un hecho ilícito el derecho a recibir un be-
in mortis causa.

VI

1 de la ley 23.515 el 3 de junio de 1987, cul-
no de resistidos esfuerzos para consagrar defi-
nió vincular en el Derecho de
nueva lav de

nial. El orde
quince artícu
al nombre de
leyes 2395,
y el artículo
Con
la reform
la exhibi
de reflej
casi cen
Pu
dos pla
domin
neces
mento
sociol
vorci
centri
moci
que
nab
lor
his
d

Por el contrario, quienes la cuestionan por estimarla desacer-
tada afirman que los padres adúlteros e incestuosos que concu-
rren a recibir la herencia del hijo se están valiendo de su propia
torpeza⁸, por constituir tanto el adulterio como el incesto con-
ductas ilícitas que impiden fundar en ellas sus derechos. Asimis-
mo, agregan que tanto el adulterio como la relación sexual entre
consanguíneos son contrarios a la moral, lo cual se explicaría por
el carácter aberrante de la relación incestuosa y la reprobación
social hacia la unión adúlterina.

Recuerdan estos últimos, que en ocasión de dictarse la ley
14.367 que dispuso la supresión de las discriminaciones públicas
y oficiales entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales,
se planteó entonces la duda de si se habían derogado las catego-
rías de hijos entonces reconocidas, o si por el contrario las mis-
mas estaban vigentes. Hoy, afirman, tal duda no se presenta y es
procedente fundar en un hecho ilícito el derecho a recibir un be-
neficio por sucesión *mortis causa*.

VI

Con la sanción de la ley 23.515 el 3 de junio de 1987, cul-
mina una larga etapa de resistidos esfuerzos para consagrar defi-
nitivamente el instituto del divorcio vincular en el Derecho de
Familia argentino, al cual se arriba en el marco de una nueva ley de
matrimonio civil que sustituye la ley 2393, y que se incorpora al
Código Civil siguiendo la numeración original en el Título I, Sec-
ción II, Libro I, entre los artículos 159 al 239.

Los nuevos ochenta y uno artículos ordenan el derecho ma-
trimonial en dieciséis capítulos referidos al régimen de derecho in-
ternacional privado aplicable al matrimonio, esponsales, impedi-
mentos, consentimiento, celebración y prueba del matrimonio, de-
rechos y deberes de los cónyuges, separación personal, divorcio
vincular, nulidad del matrimonio y acciones de estado matrimo-

⁸ Ver Méndez Costa, María Josefa, *La filiación*, Rubinzal-Culzoni, Edi-
tores, 1986, págs. 376 y sigtes.

nial. El ordenamiento deroga cinco e introduce modificaciones en quince artículos del Código Civil y en cuatro normas vinculadas al nombre de las personas y a la adopción, dejando sin efecto las leyes 2393, 2681, el decreto 4070/56, ratificado por la ley 14.467, y el artículo 31 de la ley 14.394.

Con anterioridad al análisis de los aportes más destacados de la reforma, partiendo de la recepción misma del divorcio vincular, la exhibición de estos datos debe interpretarse como un intento de reflejar la importancia objetiva de la misma en una regulación casi centenaria del derecho matrimonial.

Puede decirse que la concreción de la ley 23.515 se dio en dos planos, uno exterior y otro interior. El plano exterior estuvo dominado por la confrontación ideológica que se planteó en un necesario aunque demorado debate donde se renovaron los argumentos bíblicos, religiosos, estadísticos, históricos, ontológicos, sociológicos y jurídicos que avalaban las tesis divorcista y antidivorcista. Lejos quedó en este plano, el intento de desplazar del centro del debate el tema del divorcio vincular por el de la promoción de la familia: sin eufemismos se señaló reiteradamente que la resolución y composición del conflicto familiar se relacionaba con la admisión de aquél instituto, “tan antiguo como el color del Nilo” según manifestara el diputado Barroetaveña en su histórica intervención parlamentaria en 1902.

El plano interior fue ocupado por la labor de las Comisiones de Legislaciones General y de Familia, Mujer y Minoridad de ambas Cámaras, y por la intervención de un núcleo de juristas que acercaron a la redacción del texto de la ley la recreación de algunas innovaciones presentes en los proyectos de ley, su preocupación técnico-jurídica y la incorporación de soluciones que venían propiciando la doctrina de los autores y la jurisprudencial.

Superados los enfrentados argumentos acerca de la conveniencia o inconveniencia de la introducción del divorcio vincular, sancionada la ley, es ahora el momento de estudiar los aspectos sobresalientes de la reforma del derecho matrimonial.

1. — *El nuevo régimen de separación personal y divorcio vincular.*

La ley 23.515 ha adoptado un régimen alternativo de separación matrimonial, basado en la separación personal que no disuelve el vínculo, y el divorcio vincular.

La incorporación legislativa de un régimen dual de separación personal a nuestro derecho positivo de familia, ha sido ponderada de manera diferente por los autores que tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre el tema. Quienes cuestionan la diversidad del sistema han sostenido lo siguiente:

a) Es suficiente la regulación del divorcio vincular, siempre que posibilite contraer un nuevo matrimonio, después de un cierto tiempo y bajo determinadas condiciones (Belluscio);

b) Carece de sentido mantener una separación personal que constituye una falacia, desde el momento en que por la voluntad de cualquiera de los cónyuges aquélla puede ser transformada en divorcio vincular (Méndez Costa);

c) Contemplar una separación personal va en contra de la doctrina mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sentenció la inconstitucionalidad de la misma en el caso Sejean (Belluscio);

d) El régimen único es más honesto por escapar a todo intento de transacción jurídica, y por lo tanto más aceptable desde un punto de vista técnico (Zannoni).

Por el contrario, quienes confirman la solución legal, han brindado los siguientes argumentos:

a) La regulación de dos formas diversas de separación matrimonial, es el criterio predominante en la legislación comparada, según se evidencia en Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Suiza, Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Inglaterra, Escocia, Portugal, Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela y Uruguay, entre otros (D'Antonio);

b) Tal diversidad constituye una muestra de pluralismo jurídico, aceptable en temas sobre los que existen convicciones y comportamientos no coincidentes en la sociedad (Grosman);

c) Una forma prudente de prevenir las posibles derivaciones del conflicto familiar, es adecuar la legislación a las ne-

cesidades ideológicas que puedan sobrevenir a la ruptura matrimonial (Bossert);

d) La separación personal cumple las funciones de un divorcio “no vincular”, al que se accede sin las consecuencias de disolver el vínculo y conforme a los importantes efectos de la sentencia de separación (D’Antonio).

Tanto a la separación personal como al divorcio vincular se llega por causas expresas o por mutuo consentimiento (arts. 202, 205, 214 y 215 Cód. Civ.).

Las causales expresas clásicas de separación personal, adulterio, tentativa de homicidio, instigación a cometer delitos, injurias graves y abandono voluntario y malicioso (art. 202 Cód. Civ.), constituyen, conjuntamente con la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuado mayor de tres años, las dos causas del divorcio vincular.

El nuevo régimen mantiene el acceso a la separación personal y al divorcio vincular, a través de la presentación conjunta de ambos cónyuges por causas graves que hagan moralmente imposible la vida en común, lo cual guarda una gran similitud con el procedimiento introducido por el artículo 67 bis de la ley 17.711, limitándose la reforma a extender a tres años el plazo mínimo de convivencia matrimonial.

Los efectos de la separación personal y el divorcio vincular presentan diferencias importantes en algunos temas. A la señalada disolución del vínculo matrimonial, se suma en el divorcio vincular la recuperación de la aptitud nupcial y la pérdida de la vocación sucesoria entre los cónyuges, en este último caso con un alcance más extenso que en la separación personal, donde el llamamiento hereditario se conserva para el cónyuge declarado inocente y para el enfermo de alteraciones mentales graves permanentes, alcoholismo o adicción a la droga, siempre que con ulterioridad no vivieran en concubinato o incurriesen en injurias graves. Las diferencias también se observan en cuanto al derecho de la mujer a utilizar su apellido de casada, facultad que cesa al declararse el divorcio vincular y que se mantiene con posterioridad a la separación personal, salvo mediar la oposición del marido por causas graves.

Por el contrario, las sentencias de separación personal y divorcio vincular producen los mismos efectos en materias tales como ejercicio de la patria potestad, tenencia de los hijos, determinación y atribución de alimentos, uso del inmueble que fuera el asiento del hogar conyugal y disolución de la sociedad conyugal (arts. 217 y 1306 Cód. Civ.).

2. — *Impedimentos matrimoniales.*

Las novedades de la ley 23.515 en la materia de los impedimentos dirimientes para celebrar matrimonio, están reducidas a la incorporación de los impedimentos de parentesco por adopción plena y simple, elevación de la edad legal mínima, privación de la razón y sordomudez, no sufriendo los restantes mayores modificaciones.

El impedimento dirimente de parentesco por adopción plena resultaba ya del artículo 14 de la ley 19.134, como consecuencia de constituir ésta una filiación que sustituye a la de origen. En el caso de la adopción simple se ha agregado la prohibición de celebrar matrimonio entre adoptado y el hijo del adoptante, reformulándose los supuestos que contempla el artículo 26 de la ley 19.134.

Siguiendo el criterio del Anteproyecto Bibiloni (art. 554, inc. 4º) y del Proyecto de Reforma al Código Civil de 1936 (art. 339, inc. 4º), se ha elevado la edad mínima para celebrar matrimonio, fijándola en 16 años para la mujer y 18 años para el hombre, con lo cual se ha receptado la inclinación de la doctrina nacional y de las tendencias legislativas comparadas a aumentar las edades. Así, Francia exige 15 años para la mujer y 18 para el varón; Suiza, 18 y 20; Alemania Federal, 16 y 21; Rusia, 16 y 18; Perú, 18 y 21; Holanda y Brasil, 16 y 18. La medida adoptada también responde, en cuanto a la determinación de la edad superior en el varón, a las conclusiones coincidentes de los estudios psicológicos y sociológicos modernos de atribuir a la falta de madurez la incomprensión de los alcances y trascendencia del acto matrimonial, y no pocas posibilidades de fracaso ulterior.

El inciso 7º del artículo 9 de la ley 2393, al ubicar a la locura como impedimento dirimente, creó algunas dificultades in-

terpretativas acerca de cuáles eran los elementos comprendidos en la disposición legal: exclusivamente los dementes declarados en juicio, o también los alienados mentales de hecho. La solución de que el impedimento lo era de demencia y no de interdicción, había sido puesta de manifiesto en un meduloso voto del doctor Aráuz Castex en un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en 1952⁹.

En una fórmula amplia, y sobre un texto que fue extensamente discutido durante la redacción de la ley, el inc. 8º del nuevo artículo 166 Código Civil fijó como impedimento dirimente la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere, que abarca tanto la situación del demente de hecho como la del demente interdicto. En consecuencia, la ley se ha inclinado por constituir a la carencia de discernimiento en impedimento, no obstante que, en principio, la privación de razón encontraría un mejor encuadre conceptual en la inexistencia, categoría de la cual el legislador se aparta para favorecer la situación del contrayente de buena fe que hubiera desconocido la falta de razón, como también para aprehender tanto las distintas enfermedades mentales comprendidas por la norma, como su diversidad de grados¹⁰.

En cuanto a los impedimentos impeditivos, la ley 23.515 ha suprimido la imposibilidad de la mujer casada de contraer matrimonio hasta pasados diez meses de disuelto o anulado el mismo, y despejó las dudas que se presentaban a la interpretación judicial, acerca de cuáles eran los menores sujetos a la obligación de contar con la autorización de sus representantes legales para contraer matrimonio, aludiéndose expresamente ahora a los menores de edad aunque se encontraren emancipados por habilitación de edad.

3. *Consentimiento matrimonial.*

El consentimiento matrimonial debe ser manifestado por los

⁹ La Ley, 71-340 y Juris. Arg., 1953-III, pág. 444.

¹⁰ Méndez Costa, María Josefa, *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Rubinzal-Culzoni, Editores, 1987, pág. 46.

contrayentes ante el oficial público. Recurrentemente, las doctrinas jurídicas indagaron la composición de esa *conscientia* y la relevancia que debía otorgarse a la voluntad declarada y a la voluntad interna, imponiéndose la necesidad de estar de acuerdo a los términos de la primera por razones de seguridad jurídica, a través de argumentos que en la consideración del acto matrimonial alcanzaban mayor convicción debido a la importancia del instituto.

Sin embargo, las graves discordancias que llegaron a plantearse entre el querer íntimo de los contrayentes y sus manifestaciones ante el oficial público, impulsaron en los últimos años la doctrina judicial de investigar esa voluntad interna, y la aceptación final de la reserva mental configurativa de dolo como vicio del consentimiento matrimonial. Entre nosotros, tal interpretación respondió también a la distorsión de perseguir por la vía de la nulidad matrimonial, la disolución del vínculo matrimonial al que no podía accederse a través del divorcio vincular.

No obstante, ninguna de las dos posiciones doctrinarias, la que otorga preeminencia al elemento externo y la que centra el tema en la voluntad real, alcanzaron mayorías profundas en la interpretación del consentimiento matrimonial.

El nuevo texto del artículo 172 Código Civil, al destacar que el consentimiento requerido para la existencia del matrimonio es el pleno y libre, parecería sugerir, según Méndez Costa, que la expresión no es casual y que tendría una doble finalidad: tomar en consideración la “internidad del consentimiento”, y adecuarse a los términos de la Convención de Nueva York (ley 18.444) que establece: “No podría contraerse matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona”.

No obstante, y aunque la redacción final del artículo 172 Código Civil tenga como fuente la Convención citada y persiga la adecuación legislativa, coincidimos con Zannoni en que tal caracterización del consentimiento es redundante, estimando que el persistente refinamiento del criterio jurídico y la permanencia de las teorías realistas conducen a otorgar un desenvolvimiento favorable a la doctrina de la voluntad interna.

Como dato importante en la materia de los vicios del con-

sentimiento matrimonial, junto al error acerca de la persona del otro contrayente, la reforma introduce el “error qualitatis”, y abandona la confusa categoría del error sobre la identidad de persona civil que contenía el artículo 16 de la ley 2393 derogada.

4. — Derechos y deberes de los cónyuges.

La regulación de los derechos y deberes de los cónyuges se encuentra contenida en tres normas, dos de ellas especialmente significativas.

Partiendo del principio de la igualdad de los cónyuges, la reforma establece que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. El derecho de asistencia, además de ser formulado expresamente, cosa que no ocurría en la legislación originaria sino a través de su aspecto alimentario, recibe un tratamiento equiparado para ambos cónyuges.

Durante el análisis del texto final de la ley, Belluscio señaló que con relación a este tema “se enfrentan dos posiciones claras: la de una igualdad absoluta entre los cónyuges y otra de elevación de la mujer en el sentido de tener los mismos derechos con que ahora cuenta el hombre, sin quitar los privilegios que tiene por ser mujer. Entre uno y otro criterio personalmente me inclino por el segundo. Lo que se ha dado en llamar igualdad jurídica de los cónyuges, igualdad de derechos y obligaciones, no significa necesariamente privar a la mujer de los derechos y privilegios con que cuenta en el matrimonio”.

Pero, sin dejar de ponderar el peso de estos argumentos, el deber de asistencia recíproca obedece a una realidad que la ley no puede desconocer, sin perjuicio de que cada matrimonio organice la propia distribución de sus ingresos. De lo que se trata es que la mujer no pueda sustraerse al sostenimiento económico del hogar conjuntamente con su marido.

Finalmente, se suprime la atribución de la fijación del hogar conyugal por parte del marido, con lo cual la autoridad decisoria marital deja de tener contenido normativo en nuestro derecho positivo. De aquí en más, los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia (art. 200 Cód. Civ.), con lo cual no harán otra cosa que continuar ejercitando una actuación con-

certada, enraizada en las costumbres de nuestra sociedad en los últimos años.

VII

El Derecho Civil se ha caracterizado a través de los siglos por la permanencia de sus normas y su desarrollo racional ¹¹.

En ese marco, el Derecho de Familia se presentó siempre como uno de los derechos más renuentes a sufrir las sacudidas de los cambios y resignar fácilmente su adhesión a costumbres, principios, doctrinas y modos de pensar el comportamiento humano. Como consecuencia del resultado negativo de la confrontación de la realidad social y la justicia de sus normas, el jurista se vio llevado a revisar la interpretación de los hechos y comprender la presencia de nuevos valores en las relaciones familiares. En ese proceso, el Derecho de Familia actual, en su expresión universal ha sido objeto de modificaciones cuya aceleración, caracteres y contenido hemos destacado a lo largo de este trabajo.

Integrado a ese desarrollo legislativo, nuestro derecho positivo de familia acaba de finalizar una primera etapa de actualización y, sin duda, los años venideros permitirán asistir a la profundización de las reformas actuales en dos áreas: el derecho patrimonial del matrimonio y la protección integral de los menores.

Más allá del señalamiento de los desaciertos, que por cierto las leyes 23.264 y 23.515 tienen, ambas aparecen como un significativo avance para alcanzar una mayor justicia en las relaciones familiares.

Analizados en su aspecto global, los ordenamientos legislativos de 1985 y 1987 evidencian ciertas líneas directrices que, en razón de ya haber sido desarrolladas más arriba, nos limitaremos aquí a enunciar:

- 1) Igualdad jurídica de los cónyuges.
- 2) Igualdad jurídica de los progenitores.

¹¹ Cueto Rúa, Julio C., *El futuro del derecho civil*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Año 1981, págs. 213 y siguientes.

- 3) Unidad de las filiaciones.
- 4) Equiparación de los ascendientes, cualquiera sea su condición.
- 5) Protección del interés familiar.
- 6) Protección del interés del menor.
- 7) Ejercicio compartido de la autoridad de los padres o patria potestad.
- 8) Distinción entre la filiación por naturaleza y por adopción.
- 9) Ensanchamiento del campo de la interpretación de la ley.
- 10) Consolidación del pluralismo jurídico.
- 11) Reafirmación del protagonismo del juez.

SUMMARY

The amendments of Family Law enacted through laws 23.264 and 23.515 are the most important ones to have been achieved in Argentina during this century, keeping the country abreast with the legislative trends prevailing in most legal systems.

The new enactments bring significant new approaches to various areas.

In the area of filiation, the new legislation adopts a unitary principle. In the ascertainment of matrimonial paternity and in its contestation it replaces a system of strict presumptions with a so called "open" system.

In the area of parental rights, it provides for both parents sharing in their exercise.

Furthermore, the elimination of all legal distinctions against children born out of wedlock brought about important changes in the order of inheritance.

The one most important feature of the new legislation is that it introduces in Argentina an action for divorce and consequent dissolution of marriage, while maintaining as an alternative choice the action for separation which was the only remedy under previous legislation.

It also reshaped the list of causes giving ground to legal objections to the celebration of marriage and producing its voidness.

It has also redefined the respective rights of the spouses on an equality basis.

In all, the new legislation aims at achieving a higher degree of justice in family relationships.

SACHSCHADENSAUSGLEICH BEI GRENZÜBERSCHREITENDEN NUKLEARSCHÄDEN

NORBERT PELZER *

“Nuclear energy anywhere in the world.
is nuclear energy every where in the world.
A nuclear accident anywhere in the world is
a nuclear accident everywhere in the world”
ROBERT GALE *

1. *Der Sachverhalt und die rechtliche Ausgangslage.*

1.1. *Umfang nuklearer Schadensfälle.*

Nukleare Unfälle können weitreichende schädigende Auswirkungen haben. Freigesetzte Radioaktivität vermag insbesondere über die Medien Luft oder Wasser auch fernliegende Orte zu erreichen. Diese theoretische Erkenntnis wurde durch die Kernwaffentests der 50er Jahre nachhaltig bestätigt: radioaktive Wolken umkreisten die Erde und brachten an vielen Orten radioaktiven fall-out nieder. Der Reaktorunfall in Tschernobyl am 26. April 1986¹ machte deutlich, daß die Erkenntnisse aus den Waf-

* Profesor en la Universidad de Göttingen (Rep. Federal de Alemania).

* Resumé eines Interviews, das der U. S. Knochenmark-Spezialist Robert Gale am 26-6-87 dem deutschen Fernsehen gab. Gale hatte auf Einladung der sowjetischen Regierung unmittelbar nach dem Unfall in Tschernobyl sowjetische Verletzte behandelt.

¹ Der Unfall fand am 26. April 1986 um 1.23 Uhr im. 4. Block des Kernkraftwerks in Tschernobyl (UdSSR) statt. Der Reaktorkern und

INDEMNIZACION DE DAÑOS NUCLEARES
TRANSNACIONALES (QUE TRASCIENDEN
LAS FRONTERAS) *

NORBERT PELZER **

“Nuclear energy anywhere in the world
is nuclear energy everywhere in the world.
A nuclear accident anywhere in the world is
a nuclear accident everywhere in the world.”
ROBERT GALE ***

1. *Las circunstancias y el punto de partida jurídico.*

1.1. *Dimensión de los casos de daños nucleares.*

Los accidentes nucleares pueden tener repercusiones dañosas de amplio alcance. La radioactividad liberada es susceptible de alcanzar también, especialmente a través de los medios aire o agua, lugares muy distantes. Esta noción teórica fue eficazmente confirmada por los tests de armamentos nucleares de los años 50: nubes radioactivas circunvalaron la tierra y precipitaron *fall-out* radioactivo en muchos lugares. El accidente del reactor de Chernobyl el 26 de abril de 1986 ¹ hizo evidente que los resultados de

* Traducción de Rafael Mariano Manóvil.

** Profesor en la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania).

*** Extracto de un reportaje concedido por el especialista norteamericano en médula ósea Robert Gale a la televisión alemana el 26-6-87. Gale había tratado, por invitación del gobierno soviético e inmediatamente después del accidente de Chernobyl, a accidentados soviéticos.

¹ El accidente ocurrió el 26 de Abril de 1986 a la 1.23 en el cuarto bloque de la usina nuclear de Chernobyl (UdSSR). El núcleo del reactor y parte del edificio que lo contenía fueron destruidos. Esto condujo a la li-

fentests auch für die friedliche Kernenergienutzung zutreffen. Tschernobyl verursachte z.B. in der Bundesrepublik Deutschland -1500 km. entfernt- Gesamtschäden von etwa 500 Millionen Deutsche Mark.

Gefahrenquellen sind nicht allein Reaktoren und Kernkraftwerke, sondern alle Tätigkeiten im nuklearen Brennstoffkreislauf und jeglicher Umgang mit radioaktiven Stoffen können zum unkontrollierten Freiwerden von Radioaktivität führen. Lecks in Wiederaufarbeitungsanlagen, Brennelementfabriken und Einrichtungen zur Lagerung radioaktiver Abfälle sind ebenso zu nennen, wie der Unfall bei Isotopenanwendern, z.B. in Krankenhäusern, der Radioaktivität in die Kanalisation und Gewässer geraten läßt; im letzten Beispiel werden freilich wegen der geringeren Aktivitäten regelmäßig nur sehr begrenzte Bereiche kontaminiert werden können. Besondere Gefahren birgt der Transport von radioaktiven Materialien. Ein Autounfall, ein Flugzeugabsturz, eine Schiffshavarie oder ein Zugunglück können zu beträchtlichen radioaktiven Kontaminationen des Bodens, der Luft und insbesondere des Grund- und Oberflächenwassers führen.

Grenzüberschreitende Schadenseinwirkungen liegen deshalb fast immer im Bereich des Möglichen. Dies gilt natürlich in erster Linie für dichtbesiedelte, kleinräumige Gebiete wie z.B. Europa. Dort werden größere nukleare Unfälle nahezu zwangsläufig auch Auswirkungen auf Nachbarstaaten haben. Indessen hat der Unfall von Tschernobyl erwiesen, daß auch große Flächenstaaten wie die UdSSR kein Garant dafür sind, daß sich Folgen eines nuklearen Ereignisses auf das eigene Territorium beschränken. Ein Nuklearunfall in Brasilien kann in Argentinien Schäden verursachen und vice versa.

Teile des umhüllenden Reaktorgebäudes wurden zerstört. Dies führte zur Freisetzung erheblicher Mengen von Radioaktivität, die sich —außer in der Umgebung des Reaktors - zunächst über Nordeuropa, dann aber auch über Mittel- und Südeuropa ausbreitete. Vgr. hierzu den von der Sowjetunion auf der "Post-Accident Review Conference" der IAEA am 25 - 29-8-86 vorgelegten Bericht *The accident at the Chernobyl nuclear power plant and its consequences* (Viena, 1986).

los tests de armamentos también son válidos para el uso pacífico de la energía nuclear. Chernobyl, por ejemplo, ocasionó daños en la República Federal de Alemania —distante 1.500 Km— por un valor total de unos 500 millones de marcos alemanes.

No sólo los reactores y las usinas nucleares son fuentes de riesgo; también todas las actividades en el circuito de circulación del combustible nuclear y cualquier manipulación de elementos radioactivos pueden conducir a la liberación incontrolada de radioactividad. Asimismo deben mencionarse derrames en instalaciones de reprocesamiento, en fábricas de combustible y en instalaciones para el almacenamiento de desechos radioactivos, así como accidentes en lugares de uso de isótopos, vgr, hospitales, que pueden hacer que la radioactividad llegue a la canalización de aguas; en este último ejemplo, por ser menores las actividades, naturalmente la regla será que la contaminación quede restringida a áreas muy limitadas. El transporte de materiales radioactivos encierra peligros muy especiales. Un accidente automovilístico, la caída de una aeronave, una avería marítima o un accidente ferroviario, pueden llevar a una considerable contaminación del suelo, del aire y, en especial, de las aguas, tanto subterráneas como superficiales.

Por ello, casi siempre están en el dominio de lo posible efectos dañosos con alcances transnacionales. Esto es válido en primera línea, naturalmente, para territorios estrechos y densamente poblados, como por ejemplo Europa. Allí es casi fatal que accidentes nucleares mayores tengan consecuencias en Estados vecinos. Sin embargo, el accidente de Chernobyl demostró que Estados de gran extensión territorial, como la Unión Soviética, no son garantía de que los efectos de un evento nuclear se restrinjan a su propio

beración de considerables cantidades de radioactividad que se extendió —además de a los alrededores del reactor— por de pronto, sobre el norte de Europa, y luego también sobre Europa central y meridional. Véase sobre esto el informe presentado por la Unión Soviética en la “Post-Accident Review Conference” de la IAEA con fecha 25 al 29-8-86, intitulado “The accident at the Chernobyl nuclear power plant and its consequences” (Viena, 1986).

Juristisch, oder genauer international-privatrechtlich, haben wir es hier mit einem klassischen Fall eines sog. Distanzdelikts zu tun: die Schadensursache wird im Staat A gesetzt, der Schaden aber entsteht (auch) im Staat B. Welches Recht ist auf einen derartigen Schadensfall anwendbar und vor welchem Gericht muß der Geschädigte klagen?

1.2. *Das allgemeine Internationale Privatrecht bei deliktischen Handlungen.*

Anknüpfungspunkt bei deliktischen Schadensverursachungen ist regelmäßig der sog. Tatort; maßgeblich ist das Recht des Tatorts, die *lex loci delicti*. Das ist unproblematisch und insgesamt wohl auch weltweit unbestritten. Freilich wird es dann schwierig, wenn -wie im Falle des Distanzdelikts- der Ort, an dem die schädigende Handlung begangen wird (bzw. in Fällen einer Haftung ohne Verschulden: der Ort, an dem die gefährliche Sache außer Kontrolle gerät²), und der Ort, an dem der Schaden erlitten wird, in verschiedenen Staaten liegen. Fallen Handlungs- und Erfolgsort unter unterschiedliche Rechtsordnungen, dann sind möglicherweise auch verschiedene Rechte —nebeneinander oder einander ausschließend— anwendbar. Es bedarf keiner großen Phantasie, sich auszumalen, wieviel Tatortrechte es im Falle eines großen nuklearen Unfalls geben mag.

Diese Problematik ist im Internationalen Privatrecht (IPR) keineswegs neu, sie gewinnt wegen der Besonderheiten nuklearer Ereignisse lediglich eine neue Dimension. Die Lösungen, die die Rechtsordnungen der Staaten für diese Fälle vorsehen, sind unterschiedlich. Während etwa in der Bundesrepublik Deutschland und in der Schweiz die Gerichte und auch die Rechtswissenschaft zwischen dem Recht des Handlungsortes und dem des Erfolgsortes das dem Geschädigten günstigere wählen (sog. Günstigkeitsprinzip)³, wenden US-Gerichte überwiegend das Recht des Erfolgs-

² Vgl. hierzu z.B. Kegel, Internationales Privatrecht, München, 5. Aufl. 1985, § 18 (S. 406).

³ Vgl. bereits das Urteil des Reichsgerichts vom 30-3-03 in RGZ 54, 198 (205).

territorio. Un accidente nuclear en Brasil puede ocasionar daños en la Argentina y viceversa.

Jurídicamente, o más exactamente, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, estamos aquí frente a un clásico caso de un llamado delito a distancia: la causa del daño se ubica en el Estado A, el daño ocurre (también) en el Estado B. ¿Qué derecho será aplicable a semejante caso de daños, y ante qué tribunal deberá demandar la víctima?

1.2. *El Derecho Internacional Privado general en casos de actuación delictuosa.*

En los supuestos de daños causados por delitos, por regla, el punto de conexión es el así llamado lugar del hecho; es determinante el derecho del lugar del hecho, la *lex loci delicti*. Esto no genera problemas, y en sí es universalmente indiscutido. La cuestión se complica, ciertamente, cuando —como en el caso del delito a distancia— el lugar en el que se realiza el acto dañoso (respectivamente, en casos de responsabilidad sin culpa: el lugar en el cual se pierde el control sobre la cosa generadora del riesgo,² y el lugar en el cual es sufrido el daño, se encuentran en diferentes Estados. Si el lugar de la acción y el lugar de los efectos caen bajo ordenamientos jurídicos distintos, posiblemente sean también aplicables —sea en forma paralela, sea en forma excluyente— diferentes legislaciones. No requiere de demasiada fantasía imaginar cuántos “derechos del lugar del hecho” podrán existir en caso de un accidente nuclear importante.

Esta problemática no es de ningún modo novedosa en el Derecho Internacional Privado (DIP), sólo que, por la peculiaridad de los eventos nucleares, adquiere nuevas dimensiones. Las soluciones que prevén para estos casos las legislaciones de los diferentes países son diferenciadas. Mientras en la República Federal de Alemania y en Suiza tanto los tribunales como también la doctrina, en la opción entre el derecho del lugar de la acción y el del lugar de los efectos, eligen aquél que sea más favorable

² Véase, al respecto, por ejemplo: Kegel, *Derecho Internacional Privado*, München, 5ª ed., 1985, § 18 (pág. 406).

ortes an ("last-event-rule"). Gleiches gilt für Frankreich⁴. Die Fragen brauchen hier nicht vertieft zu werden, weil sie in jedem Lehrbuch des IPR nachzulesen sind. Insbesondere will sich der Autor nicht anmaßen, das einschlägige argentinische IPR im einzelnen darzulegen. Die Wissenschaft vom IPR ist in Argentinien hochentwickelt; hierfür zeugen Namen wie Werner Goldschmidt⁵, Carlos M. Vico,, Isauro P. Argüello, Pedro Frutos, Romero del Prado, Alberto Juan Pardo, Ricardo M. Zuccherino,, Kaller de Orchansky und andere. Die argentinische Rechtsordnung bietet also Lösungen für den hier interessierenden Fall an. Gilt das aber auch, wenn verschiedene südamerikanische Rechtsordnungen betroffen sind? Sind die IPR— Grundsätze der außervertraglichen Haftung in Argentinien mit denen seiner Nachbarstaaten vereinbar?

Wiederum zögert der ausländische Autor, eine verbindliche Antwort zu geben. Immerhin aber ist folgendes anzumerken: Die internationale vereinheitlichende Kodifikation des IPR hat in Lateinamerika eine lange Geschichte⁶. Die Verträge von Montevideo von 1889 und 1940⁷, denen Argentinien angehört, auf der einen Seite und der sog. "Código Bustamante"⁸, der von Argentinien

⁴ Vgl. Cour de cassation vom 8-2-83, Journal du Droit international (Clunet) 111 (1984), p. 123.

⁵ Von diesem Autor vgl. insbesondere: Leitmotive der argentinischen Wissenschaft des Internationalen Privatrechts, Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a. M. 1977, S. 307 et seq.; Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado I - III, 2 ed., Buenos Aires 1952-1954; Derecho internacional privado, 5ª ed., Buenos Aires, 1985.

⁶ Vgl. hierzu de Maekelt, General rules of private international law in the Americas. New approach, Recueil des Cours 177 (1982 IV), p. 193 et seq.; Valladão, Actualisation et spécialisation des normes du droit international privé des Etats américains, German Yearbook of International Law 21 (1978), p. 335 et seq.

⁷ Die Texte der Verträge von Montevideo sind z. B. abgedruckt in: Goldschmidt, *Derecho internacional privado, op cit*, (Fußn. 5), p. 571 et seq.

⁸ Convention on private international law, signed at Habana 20 Febr. 1928 (League of Nations Treaty Series LXXXVI (1929), p. 246 et seq.). Vgl. dazu auch Samtleben, *Derecho internacional privado en América Latina, teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, 1983.

a quien sufrió el daño (el así llamado principio de la conveniencia)³, los tribunales de los EE.UU. aplican en forma predominante el derecho del lugar de los efectos (*last-event-rule*). Lo mismo es válido para Francia⁴. Estas cuestiones no necesitan ser profundizadas aquí, porque pueden ser consultadas en cualquier obra general de DIP. En especial, el autor no pretende exponer particularidades del DIP argentino vigente. La ciencia del DIP está altamente desarrollada en la Argentina; de ello son testimonio nombres como Werner Goldschmidt,⁵ Carlos M. Vico, Isauro P. Argüello, Pedro Frutos, Romero del Prado, Alberto Juan Pardo, Ricardo M. Zuccherino, Kaller de Orchansky y otros. La legislación argentina, entonces, ofrece soluciones para el caso que aquí interesa. ¿Pero será válido esto cuando se afectan diferentes legislaciones sudamericanas? ¿Serán compatibles los principios de DIP sobre responsabilidad extracontractual de la Argentina con los de sus países vecinos?

Nuevamente duda el autor extranjero en dar una respuesta comprometida. Sin embargo, es preciso señalar lo siguiente: la codificación internacional unificante del DIP tiene una larga historia en Latinoamérica⁶. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940⁷, de los que es parte la Argentina, por un lado, y por el

³ Véase la antigua sentencia del Tribunal del Reich del 30-3-03, en RGZ 54, 198, (205).

⁴ Ver Cour de cassation del 8-2-83, *Journal du Droit International* (Clunet) 111 (1984), pág. 123.

⁵ De este autor ver, en especial: *Leitmotive der argentinischen Wissenschaft des Internationalen Privatrechts* (Temas principales de la ciencia argentina del derecho internacional privado), en *Festschrift für* (Libro en homenaje a) Gerhard Kegel, Frankfurt a. M. 1977, pág. 307 y sigtes.; *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado I - III*, 2ª ed., Buenos Aires, 1952-1954; *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Buenos Aires, 1985.

⁶ Ver sobre esto Maekelt, *General rules of private international law in the Americas*. New approach, *Recueil des Cours* 177 (1982 IV), pág. 193 y sigtes.; Valladao, *Actualisation et spécialisation des normes du droit international privé des Etats américains*, *German Yearbook of International Law* 21 (1978), pág. 335 y sigtes.

⁷ Los textos de los Tratados de Montevideo están publicados, por ejem-

tinien nicht ratifiziert wurde, auf der anderen Seite, kennzeichnen eine Rechtslage, die den südamerikanischen Kontinent in zwei unterschiedliche Kodifikationsbereiche teilt. Das von den internationalen Staatenkonferenzen in Panama 1975, Montevideo 1979 und La Paz 1984 ("CIDIP I - III")⁹ angestrebte Ziel, die Verträge von Montevideo und den Código Bustamante zu reformieren und zu vereinheitlichen, ist bisher noch nicht erreicht worden. Das IPR Südamerikas ist also zur Zeit noch nicht vereinheitlicht.

1.3. *Nationales Atomhaftungsrecht.*

Es kommt ein weiteres hinzu: auch das für Atomanlagen geltende Haftungsrecht Lateinamerikas ist keineswegs vereinheitlicht. Die meisten Staaten haben bisher überhaupt keine Spezialgesetzgebung für diesen Bereich erlassen. Schadensfälle sind daher nach dem allgemeinen Deliktsrecht abzuwickeln. Das bedeutet für den Geschädigten, daß er im Regelfall nicht nur den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem nuklearem Ereignis und seinem Schaden, sondern darüber hinaus auch ein Verschulden des Betreibers der Kernanlage nachweisen muß. Dies erschwert naturgemäß die Durchsetzung von Ersatzansprüchen.

In einigen Staaten gibt es bereits Sonderregelungen für die Ersatzleistung bei nuklearen Schäden, die sämtlich den Grundsatz der Haftung ohne Verschulden enthalten, so daß dem Geschädigten der Nachweis des Verschuldens erspart bleibt. Argentinien hat, ebenso wie Bolivien, Kuba und Peru, die "Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage/Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares" — sog. Wiener Übereinkommen — vom 21. Mai 1963 ratifiziert¹⁰, ohne

⁹ Die Entwurfs-Texte sind abgedruckt bei Goldschmidt (Fußn. 7, 5), p. 622 et seq.; 709 et seq. Vgl. Parra-Aranguren, Recent development of conflict of law conventions in Latin America, Recueil des Cours 164 (1979, III), p. 55 et seq.; Samtleben, Die interamerikanischen Spezialkonferenzen für IPR, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 44 (1980), p. 257 et seq.

¹⁰ Ley nº 17.048, 2-12-66 (Boletín Oficial 16-12-66) —United Nations Treaty Series 1063 (1985), p. 265. Zum WÜ siehe im einzelnen unten Abschnitt 2. Zum Stand der nationalen Implementationen des WÜ in die

otro el "Código Bustamante"⁸ que no fue ratificado por la Argentina, caracterizan una situación jurídica que divide al continente sudamericano en dos áreas diferenciadas de codificación. La meta pretendida en las conferencias internacionales de Panamá 1975, Montevideo 1979 y La Paz 1984 ("CIDIP I - III")⁹, de modificar y unificar los tratados de Montevideo y el Código Bustamante, no fue alcanzada hasta ahora. Por lo tanto, el DIP sudamericano no está, hasta ahora, unificado.

1.3. *Derecho nacional de la responsabilidad nuclear.*

Es preciso agregar algo más: el vigente derecho de la responsabilidad civil en materia de instalaciones nucleares no está en modo alguno unificado en Latinoamérica. La mayoría de los Estados no han dictado hasta ahora regulación especial alguna sobre esta materia. Los casos de daños deberán ser resueltos, en consecuencia, conforme al derecho delictual general. Esto significa para el perjudicado que, como regla, no sólo deberá probar la relación causal entre el evento nuclear dañoso y el daño sufrido, sino también la culpabilidad del explotador de la instalación nuclear.

En algunos Estados existen regulaciones especiales para la indemnización de daños nucleares, todas las cuales contienen el

plo, en Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, en nota 5, pág. 571 y sigtes.

⁸ Convención sobre derecho internacional privado suscripta en La Habana el 20 de febrero de 1928 (League of Nations Treaty Series LXXXVI [1929], pág. 246 y sigtes.). Véase al respecto, asimismo, Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, Teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, 1983.

⁹ Los textos de los proyectos están publicados en Goldschmidt (nota 7, 5), págs. 622 y sigtes.; 709 y sigtes. Véase Parra-Aranguren, *Recent development of conflict of law convention in Latin America*, Recueils des Cours 164 (1979-III), págs. 55 y sigtes.; Samtleben, *Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für IPR (Las conferencias especiales interamericanas para DIP)*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Revista de Rabel para derecho privado extranjero e internacional) 44 (1980), págs. 257 y sigtes.

freilich bisher die erforderliche Ausführungsgesetzgebung zu erlassen¹¹. Nationale Atomhaftungsgesetze mit unterschiedlichem Regelungsinhalt gibt es in Brasilien, Costa Rica und Mexiko¹².

Die Situation in Lateinamerika spiegelt die Situation in den übrigen Teilen der Welt wider: auch dort gibt es längst nicht in allen Staaten Atomhaftungsgesetze; auch dort gibt es Atomhaftungsgesetze unterschiedlicher Regelungsinhalte¹³; auch dort ist das auf grenzüberschreitenden Schadensfall anwendbare IPR nicht allgemein vereinheitlicht.

1.4. *Folgerungen aus der rechtlichen Ausgangslage.*

Die Folgerungen, die sich aus der aufgezeigten Rechtslage ergeben, werden am besten an einem Beispiel deutlich. Unterstellen wir einmal, im Kernkraftwerk Atucha ereignet sich ein größerer nuklearer Unfall. Die freigesetzte Radioaktivität verursacht nicht nur Schäden in Argentinien, sondern infolge ungünstiger Windverhältnisse kommt es auch zu radioaktiven Kontaminationen in Uruguay, Brasilien und Paraguay, die insbesondere Schäden in der Landwirtschaft verursachen. Welche zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche bestehen und wie sind sie durchzusetzen?¹⁴.

Gesetzgebungen der Vertragsstaaten vgl. Martinez Favini, *Application de la Convention de Vienne et mise en pratique au niveau mondial des principes de la responsabilité civile en matière nucléaire*, Nuclear Third Party Liability and Insurance (Munch Symposium, 1984), Paris, 1985, p. 43 et seq.

¹¹ Soweit ersichtlich gibt es jedoch seit längerer Zeit einen diesbezüglichen Gesetzentwurf (OECD Nuclear Law Bulletin N° 14 (November, 1974), p. 4-5).

¹² Brasilien: Lei n° 6.453, 17-10-77 (Diario oficial, Secao I, Parte I 18-10-77, p. 13.957); Costa Rica: Ley básica de energía atómica para usos pacíficos, 18-8-69 (La Gaceta, 23-8-69, n° 190, p. 319); México: Ley de responsabilidad civil por daños nucleares, 29-12-74 (Diario oficial, 31-12-74, n° 41).

¹³ Regelmäßige Informationen über die Entwicklung des nationalen und des internationalen Atomhaftungsrechts bringt das OECD Nuclear Law Bulletin, daz zweimal jährlich erscheint.

¹⁴ Mögliche völkerrechtliche Ersatzansprüche der betroffenen Staaten

principio de la responsabilidad sin culpa, de tal modo que el sujeto perjudicado es eximido de la prueba del elemento subjetivo. La Argentina, lo mismo que Bolivia, Cuba y Perú, ratificó la "Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage / Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares" —llamada Convención de Viena— del 21 de mayo de 1963¹⁰, sin haber dictado, empero, la ley reglamentaria respectiva¹¹. Existen también leyes nacionales sobre responsabilidad civil nuclear, con diverso contenido, en Brasil, Costa Rica y México¹².

La actualidad en Latinoamérica refleja la situación en las demás regiones del mundo: también en éstas existen leyes sobre responsabilidad civil nuclear que contienen regulaciones diferenciadas¹³; también allí el DIP aplicable al evento dañoso con efectos allende las fronteras no está unificado en forma general.

1.4. Consecuencias del punto de partida jurídico.

Nada mejor que un ejemplo para poner en claro las consecuencias de la situación jurídica descripta. Supongamos por un

¹⁰ Ley N° 17.048, 2-12-66 (Boletín Oficial 16-12-66) = United Nations Treaty Series 1063 (1985), pág. 265. Sobre la Convención de Viena véase en detalle la sección 2, más abajo. Sobre el estado de la implementación de la Convención de Viena en las legislaciones nacionales, véase Martínez Favini, *Application de la Convention de Vienne et mise en pratique au niveau mondial des principes de la responsabilité civile en matière nucléaire*, Nuclear Third Party Liability and Insurance (Munich Symposium, 1984), París, 1985, pág. 43 y sigtes.

¹¹ Por lo que se sabe, existe, empero, desde hace ya un tiempo, un proyecto de ley (OECD Nuclear Law Bulletin N° 14 [Noviembre 1974], páginas 4-5).

¹² Brasil: lei N° 6.453, 17-10-77, (Diario oficial, Seção I, Parte I, 18-10-77, pág. 13.957); Costa Rica: *Ley Básica de energía atómica para usos pacíficos*, 18-8-69 (La Gaceta, 23-8-69, N° 190, pág. 319); México: *Ley de responsabilidad civil por daños nucleares*, 29-12-74 (Diario oficial, 31-12-74, N° 41).

¹³ El OECD Nuclear Law Bulletin, que aparece dos veces por año, trae informaciones regulares sobre el desarrollo del derecho nacional e internacional de la responsabilidad civil nuclear.

Am einfachsten hat es auf den ersten Blick der geschädigte Argentinier: Er kann vor einem heimischen Gericht auf Schadensersatz klagen. Dabei bestimmt das argentinische Recht, ob das Gericht seines Wohnsitzes oder das Gericht des Sitzes der Kernanlage oder ein anderes Gericht zuständig ist. Bei dem ausländischen Betrachter taucht dann aber sofort die Frage auf: Welches Recht wendet der argentinische Richter an? Es wurde oben erwähnt, daß es eine argentinische Ausführungsgesetzgebung zum Wiener Übereinkommen noch nicht gibt. Erlaubt es das argentinische Recht, das Übereinkommen unmittelbar anzuwenden? Bis zu welcher Gesamthöhe haftet dann der Inhaber der Kernanlage? Das Wiener Übereinkommen setzt in seinem Artikel V nämlich lediglich eine Mindestsumme von 5 Millionen US-Dollar "equivalente al valor oro del dólar de los Estados Unidos en 29 de abril de 1963, que era de 35 dólares por onza troy de oro fino" fest. Bereits innerstaatlich gibt es also rechtliche Schwierigkeiten.

Klagt ein Angehöriger eines der betroffenen Nachbarstaaten vor dem argentinischen Gericht, so ergeben sich bei ihm die gleichen Fragen, wobei es möglicherweise noch zusätzliche Probleme deshalb gibt, weil er ein Ausländer ist. Klagt der Ausländer jedoch vor seinem heimatlichen Gericht (der geschädigte Brasilianer z.B. in Porto Alegre), so wendet der dortige Richter wahrscheinlich die *lex fori* (= brasilianisches Recht) an. Würde ein obsiegendes Urteil in Argentinien vollstreckt werden können? ¹⁵.

Schließlich ist zu fragen, wie die wahrscheinlich beschränkten finanziellen Mittel des argentinischen Kernanlageninhabers ver-

gegen den Staat Argentinien als Völkerrechtssubjekt sollen hier außer Betrachtung bleiben. —Im übrigen kann der Beispielsfall auch so gestaltet werden, daß das brasilianische Kernkraftwerk Angra I Schäden in Brasilien, Argentinien, Uruguay und Paraguay verursacht. Die rechtliche Problematik verändert sich dadurch nicht.

¹⁵ Generell bejahend: Zaldívar, *International conventions on civil liability and Latin American legislations*, Weinstein (ed.), Progress in Nuclear Energy, Ser. X: Law and Administration vol. 4, Oxford etc. 1966, p. 38 et seq. (45 e seq.).

momento que en la planta nuclear de Atucha ocurra un accidente nuclear importante. La radioactividad liberada ocasiona daños no solamente en la Argentina, sino que, como consecuencia de condiciones eólicas desfavorables se producen contaminaciones radioactivas en Uruguay, Brasil y Paraguay, que causan daños, en particular, en la producción agropecuaria de estos países. ¿Qué pretensiones resarcitorias de derecho civil existirían, y cómo se harían valer ¹⁴?

A primera vista, el perjudicado argentino tiene el caso más sencillo: puede demandar la indemnización de daños ante su tribunal local. El derecho argentino determinará si es competente el tribunal de su domicilio o el de la ubicación de la instalación nuclear, u otro. Al observador extranjero, sin embargo, se le plantea de inmediato la pregunta siguiente: ¿qué derecho aplicará el juez argentino? Se mencionó más arriba que no existe en la Argentina una ley reglamentaria de la Convención de Viena. ¿Permite el derecho argentino aplicar en forma directa la Convención? ¿Hasta qué monto total podrá ser responsabilizado el propietario de la planta nuclear? Porque la Convención de Viena fija, en su artículo V, una suma mínima de 5 millones de dólares de los EEUU “equivalente al valor oro del dólar de los Estados Unidos el 29 de abril de 1963, que era de 35 dólares por onza troy de oro *fino*”. De modo que aún en derecho interno existen problemas jurídicos.

Si el que demanda es un sujeto de uno de los Estados vecinos afectados, y lo hace ante el tribunal argentino, por de pronto estará ante el mismo cuadro de problemas, agregándose posiblemente otros adicionales por el hecho de ser extranjero. Si el extranjero en cambio, demanda ante su propio tribunal local (el brasileño perjudicado, por ejemplo, ante el tribunal de Porto Alegre), entonces el juez del lugar probablemente aplicará la *lex fori*

¹⁴ Dejamos de lado posibles pretensiones resarcitorias de derecho internacional público contra el estado argentino como sujeto del derecho internacional público. Por lo demás, el ejemplo también podría estructurarse como que la planta brasileña de Angra I cause daños en Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay. La problemática jurídica no variaría.

teilt werden sollen, wenn zahlreiche Gerichte, die sich untereinander nicht abstimmen, Verurteilungen aussprechen und der finanzielle Rahmen des Inhabers überschritten wird.

Aus allen diesen Gründen läßt sich wahrscheinlich ein größerer nuklearer Unfall mit grenzüberschreitenden Wirkungen unter der derzeit geltenden Rechtslage zivilrechtlich überhaupt nicht abwickeln. Man wird hier im Wege zwischenstaatlicher Verhandlungen Pauschalentschädigungen vereinbaren müssen, die dann unter die Geschädigten anteilig zu verteilen sind. Das ist für diese wenig wünschenswert, weil sie so regelmäßig vollen Ersatz nicht erlangen werden.

Es muß deshalb das Ziel sein, ein effektives grenzüberschreitendes zivilrechtliches Haftungssystem aufzubauen. Dabei sind die folgenden Mindestanforderungen zu beachten: das materielle Haftungsrecht muß harmonisiert werden; die gerichtliche Zuständigkeit ist festzulegen; ausländischen Geschädigten muß gleicher Zugang wie inländischen Geschädigten zu den Gerichten eingeräumt werden; Entscheidungen des zuständigen Gerichts müssen in allen Staaten vollstreckbar sein; zuerkannte Entschädigungsleistungen müssen frei transferierbar sein. Zu diesen Minimalforderungen kommt eine weitere hinzu: es muß sichergestellt werden, daß eine angemessen hohe Entschädigungssumme auch tatsächlich vorhanden ist.

2. *Die geltenden internationalen Atomhaftungssysteme.*

2.1. *Die Übereinkommen von Paris, Brüssel und Wien.*

Die Notwendigkeit eines weiträumig international vereinheitlichten Atomhaftungsrechts wurde bereits frühzeitig erkannt. Ende der 50er Jahre wurde im Rahmen der damaligen OEEC (jetzt: OECD) das "Übereinkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie/Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear" ausgearbeitet und am 29. Juli 1960 zur Unterzeichnung aufgelegt (sog. Pariser Übereinkommen - PÜ). Das Übereinkommen wurde am 28. Januar 1964 durch ein Zusatzprotokoll und am 16. November 1982 durch ein weiteres Protokoll revidiert. Es ist in der

(derecho brasileño). ¿Sería ejecutable en la Argentina una sentencia que reconociera su derecho?¹⁵

Finalmente, deberá formularse la cuestión de cómo han de distribuirse los recursos financieros, probablemente limitados, del Estado argentino de la instalación nuclear, si numerosos tribunales, que no se consultan entre ellos, dictan condenas que sobrepasan las posibilidades financieras de aquél.

Por todas estas razones, lo más probable es que un accidente nuclear de grandes proporciones, con efectos más allá de las fronteras, sea, en el estado legislativo actual, insusceptible de una solución juscivilista. En un caso así habrán de acordarse, por el camino de negociaciones interestatales, indemnizaciones globales, para ser luego prorrateadas entre los perjudicados. Para éstos, sin embargo, tal cosa no es deseable porque, por regla, no han de obtener una indemnización integral.

Por ello, la meta debe ser la creación de un sistema efectivo de responsabilidad de derecho civil que trascienda las fronteras. Para esto habrán de considerarse los siguientes requisitos mínimos: debe armonizarse el derecho de fondo de la responsabilidad civil; debe precisarse la competencia de los tribunales; los perjudicados extranjeros deben tener garantizado el acceso a los tribunales en condiciones de igualdad con los perjudicados locales; las sentencias de los tribunales deben ser susceptibles de ejecución en cualquier país; el monto de las indemnizaciones fijadas debe ser de libre transferibilidad. A estas exigencias mínimas se agrega otra: debe estar asegurada la disponibilidad efectiva de un monto indemnizatorio de importancia adecuada.

2. *Los sistemas internacionales de responsabilidad nuclear vigentes.*

2.1. *Las Convenciones de París, Bruselas y Viena.*

La necesidad de un derecho de la responsabilidad civil nuclear con unificación internacional de extendidos alcances fue

¹⁵ Zaldívar responde, en general, en sentido afirmativo, *International conventions on civil liability and Latin American legislations*, Weinstein (ed.), *Progress in Nuclear Energy, Ser. X: Law and Administration*, vol. 4, Oxford, etc., 1966, págs. 38 y sigtes. (45 y sigtes.).

Fassung des Zusatzprotokolls 1964 am 1. April 1968 in Kraft getreten; das Protokoll 1962 ist noch nicht in Kraft getreten¹⁶. Das Pariser Übereinkommen enthält Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung des Inhabers einer Kernanlage für Schäden infolge nuklearer Ereignisse sowie Bestimmungen über das zuständige Gericht und die Vollstreckung von Urteilen.

Dieses Übereinkommen wurde am 31. Januar 1963 durch ein "Zusatzübereinkommen zum Pariser Übereinkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie/ *Convenio complementario del Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear*" (sog. Brüsseler Zusatzübereinkommen — BZÜ) argänzt. Auch dieses Übereinkommen wurde durch ein Zusatzprotokoll am 28. Januar 1964 und ein weiteres Protokoll am 16. November 1982 revidiert. Es trat in der Fassung 1964 am 4. Dezember 1974 in Kraft¹⁷. Das Brüsseler Zusatzübereinkommen enthält Regelungen über staatliche Entschädigungsleistungen bei Schäden, die die Haftungshöchstsumme des Inhabers der Kernanlage übersteigen.

Dem Pariser Übereinkommen (Fassung 1964) gehören zur Zeit folgende Staaten an: Belgien, Dänemark, Bundesrepublik Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei.

Mitgliedstaaten des Brüsseler Zusatzübereinkommens (Fassung 1964) sind: Belgien, Dänemark, Bundesrepublik Deutschland, Finnland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Spanien¹⁸.

¹⁶ Internationale Fundstelle des Pariser Übereinkommens in der Fassung 1964: United Nations Treaty Series 956 (1974), 251 — IAEA Legal Series N° 4. Offizielle nationale Fundstellen in der Fassung 1982: Bundesgesetzblatt (D) 1985 II p. 690, 963; Tractatenblad (NL) 1983, Nr. 181.

¹⁷ Fundstellen in Fußnote 16, UNTS jedoch vol. 1041 (1977), 350.

¹⁸ Das Protokoll 1982 zum PÜ tritt in Kraft, wenn zwei Drittel der Vertragsstaaten ihre Ratifikationsurkunden hinterlegt haben — 10 Staaten (zur Zeit haben 8 ratifiziert). Das Protokoll 1982 zum BZÜ tritt in

tempranamente reconocida. Hacia fines de los cincuenta se elaboró en el marco de la entonces OEEC (actualmente OECD), el “Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear”, puesto a la firma el 29 de julio de 1960 (conocido como Convención de París - CP). La Convención fue revisada el 28 de enero de 1964 y el 16 de noviembre de 1982 por sendos Protocolos Adicionales. Entró en vigencia, en la versión que le dio el Protocolo de 1964, el 1º de abril de 1968; el Protocolo de 1982 todavía no entró en vigencia¹⁶. La Convención de París contiene disposiciones sobre la responsabilidad civil del propietario de la instalación nuclear por daños que sean consecuencia de sucesos nucleares, así como disposiciones sobre el tribunal competente y la ejecución de sentencias.

Esta Convención fue complementada el 31 de enero de 1963 por un “Convenio complementario de la Convención de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear” (conocido como Convención complementaria de Bruselas - CCB). También esta Convención fue revisada por sendos Protocolos Adicionales del 28 de enero de 1964 y del 16 de noviembre de 1982. Entró en vigencia en su versión de 1964, el 4 de diciembre de 1974¹⁷. La Convención complementaria de Bruselas contiene regulaciones sobre prestaciones indemnizatorias del Estado en casos de daños que exceden el tope máximo de responsabilidad del propietario de la instalación nuclear.

A la Convención de París (versión 1964) están adheridos actualmente los siguientes países: Bélgica, Dinamarca, República Federal de Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Noruega, Portugal, Suecia, España y Turquía.

A la Convención Complementaria de Bruselas (versión 1964) están adheridos: Bélgica, Dinamarca, República Federal

¹⁶ Puede encontrarse, a nivel internacional, la versión de 1964 de la Convención en: *United Nations Treaty Series* 1956 (1974), 251 = IAEA Legal Series Nº 4. En el ámbito oficial nacional, la versión 1982 en: *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial, Rep. Fed. de Alemania), 1985, II, pág. 690, 963; *Tractatenblad* (*Diario de Tratados*, Holanda) 1983, Nº 181.

¹⁷ Véanse las referencias de la nota (16), *empero UNTS*, vol. 1041 (1977), 350.

Während das Pariser Übereinkommen ein grundsätzlich auf die Mitgliedstaaten der OECD beschränktes regionales Vertragswerk ist (vgl. Art. 21 PÜ), ist die am 21. Mai 1963 in Wien zur Unterzeichnung aufgelegte "Vienna Convention on civil liability for nuclear damage/Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares" (sog. Wiener Übereinkommen - WÜ)¹⁹ weltweit angelegt (vgl. Art. XXIV WÜ). Das Wiener Übereinkommen enthält Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung des Inhabers einer Kernanlage für nukleare Schäden. Es ist am 12. November 1977 in Kraft getreten. Ihm gehören zur Zeit folgende Staaten an: Ägypten, Argentinien, Bolivien, Jugoslawien, Kamerun, Kuba, Niger, Peru, Philippinen sowie Trinidad und Tobago.

Das Wiener Übereinkommen wurde in einer internationalen Konferenz vom 29. April bis 19. Mai 1963 in Wien ausgearbeitet²⁰. Lateinamerikanische Experten hatten maßgeblichen Anteil am Zustandekommen des Entwurfs: der brasilianische Delegierte C. A. Dunshee de Abranches war Rapporteur des "Committee of the Whole", der argentinische Delegationsleiter Enrique Zaldívar war Vorsitzender des "Sub-Committee of the Whole on Execution of Judgements".

2.2. *Die Grundlagen des internationalen Haftungssystem der Übereinkommen.*

2.2.1. *Pariser und Wiener Übereinkommen.*

Die durch das Wiener und das Pariser Übereinkommen errichteten zivilrechtlichen Haftungsregimes sind inhaltlich weitgehend identisch, da einerseits das Wiener Übereinkommen in starker Anlehnung an das ältere Pariser Übereinkommen ausgearbeitet wurde und da andererseits das Pariser Übereinkommen

Kraft, wenn alle Vertragsstaaten (= 11) ihre Ratifikationsurkunden hinterlegt haben (zur Zeit haben 6 ratifiziert).

¹⁹ Fundstellen s. Fußn. 10; ferner auch: IAEA Legal Series N° 4.

²⁰ Vgl. Civil Liability for nuclear damage. Official records... IAEA Legal Series N° 2, Vienna 1964.

de Alemania, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Noruega, Suecia y España ¹⁸.

Mientras la Convención de París es un instrumento regionalmente limitado a los Estados miembros de la OECD (véase Art. 21 de la misma), la "*Vienna Convention on civil liability for nuclear damage*/Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares" (conocida como Convención de Viena - CV) ¹⁹, puesta a la firma en Viena el 21 de mayo de 1963, está prevista para tener alcance mundial (véase su Art. XXIV). La Convención de Viena contiene provisiones sobre responsabilidad civil del explotador de una instalación nuclear por daños nucleares. Entró en vigencia el 12 de noviembre de 1977. Actualmente están adheridos los siguientes Estados: Egipto, Argentina, Bolivia, Yugoslavia, Camerún, Cuba, Nigeria, Perú, Filipinas, Trinidad y Tobago.

La Convención de Viena fue elaborada en una Conferencia Internacional en Viena entre el 29 de abril y el 19 de mayo de 1963 ²⁰. Expertos latinoamericanos tuvieron participación decisiva en la elaboración del proyecto: el delegado brasileño C. A. Dunshee de Abranches fue el miembro informante del *Committee of the Whole*, y el jefe de la misión argentina, Enrique Zaldívar fue presidente del *Subcommittee of the Whole on Execution of Judgements*.

2.2. *Los fundamentos del sistema internacional de responsabilidad de las Convenciones.*

2.2.1. *Convenciones de París y de Viena.*

Los regímenes de responsabilidad civil instaurados por las convenciones de París y de Viena son, en cuanto a su contenido,

¹⁸ El Protocolo Adicional a la CP de 1982 entrará en vigor cuando dos tercios de los Estados adheridos hayan depositado sus ratificaciones = 10 Estados (hasta ahora ratificaron 8). El Protocolo Adicional a la CCB de 1982 entrará en vigor cuando la totalidad de los Estados adheridos (= 11) hayan depositado sus ratificaciones (al presente ratificaron 6).

¹⁹ Puede encontrarse en los lugares indicados en nota (10) y en IAEA, Legal Series N° 4.

²⁰ Véase *Civil Liability for nuclear damage. Official records...*, IAEA, Legal Series N° 2, Viena, 1964.

durch das Zusatzprotokoll 1964 dem jüngeren Wiener Übereinkommen angepaßt wurde. Eine gemeinsame Darstellung beider Verträge ist daher angemessen; im übrigen sei auf die Konkordanz der Bestimmungen in Anhang 1 zu diesem Beitrag hingewiesen.

2.2.1.1. *Haftungsgrundsätze.*

Das durch die Übereinkommen geschaffene Haftungsrecht ist privatrechtlicher Natur. Es verdrängt als *lex specialis* etwaige Haftungsvorschriften nach dem allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrecht. Im Mittelpunkt der Bestimmungen stehen die Begriffe "nukleares Ereignis" (PÜ) bzw. "nuklearer Schaden" (WÜ). Lediglich Schäden infolge eines nuklearen Ereignisses bzw. nukleare Schäden führen zur Anwendung der Vertragssysteme; nicht erfaßt sind also Schadenverursachungen konventioneller Art durch den Betrieb eines Kernkraftwerks, z.B. Schäden durch den Betrieb der Turbinen²¹.

Haftpflichtig für nukleare Schäden ist der Inhaber der Kernanlage, wenn nachgewiesen wird, daß der Schaden von radioaktiven Materialien ("propiedades radiactivas"), in seiner Anlage verursacht wurde²². Es handelt sich um eine Haftung ohne Verschulden ("objective liability", "Gefährdungshaftung"), bei der der Geschädigte lediglich den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schädigendem Ereignis nachzuweisen hat, nicht jedoch ein Verschulden des Inhabers²³.

²¹ Zur Abgrenzung vgl. die Begriffsbestimmungen in Art. 1 (a) (i) PÜ in Verbindung mit Art. 3 (a) PÜ sowie Art. I.1 (k) (1) WD.

²² Art. 3 PÜ; Art. II WÜ.

²³ Zur objektiven Haftung ausdrücklich Art. IV. 1 WÜ. Eine entsprechende Bestimmung fehlt im PÜ, jedoch ergibt sich der Charakter der Haftung aus dem Kontext, vgl. auch N° 6 Exposé des Motifs zum PÜ (abgedruckt z. B. in: OCDE/OECD, Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, Paris, 1974). Inhaber einer Kernanlage ist der, den die zuständige Behörde als solchen benennt (Art. 1 (a) (vi) PÜ; Art. I. 1 (c) PÜ). Zum Begriff "Kernanlage": Art. 1 (a) (ii) PÜ; Art. I. 1 (j) WÜ.

substancialmente idénticos ya que, por una parte, la de Viena se apoyó ampliamente en la de París, que es anterior, y, por la otra, esta última fue adecuada a la de Viena, que es posterior, por el Protocolo Adicional de 1964. Por ello es conveniente efectuar una exposición conjunta de ambas convenciones; por lo demás, nos remitimos al Anexo I para la concordancia de las disposiciones respectivas.

2.2.1.1. *Principios de responsabilidad.*

El régimen de responsabilidad estructurado por las Convenciones es de naturaleza jusprivatista. Como *lex specialis*, desplaza las eventuales disposiciones del derecho civil delictual general. El punto central de las disposiciones lo constituyen los términos “suceso nuclear” (CP) y, respectivamente, “daño nuclear” (CV). Solamente daños consecuencia de un suceso nuclear, respectivamente, daños nucleares, llevan a la aplicación de los regímenes de las Convenciones; por lo tanto, no están comprendidos los daños de naturaleza convencional provocados por el funcionamiento de una usina nuclear, vgr. daños causados por el funcionamiento de las turbinas²¹.

El explotador de la instalación nuclear es responsable por daños nucleares si se prueba que el daño fue provocado por materiales radioactivos (“con propiedades radioactivas”) de su planta²². Se trata de una responsabilidad sin culpa (*objective liability*, responsabilidad por riesgo creado), en la cual el perjudicado solamente debe probar la relación causal entre el daño y el suceso dañoso, pero no la culpa del explotador²³.

²¹ Para la delimitación, véanse las definiciones en el Art. 1 (a) (i) CP en relación con el Art. 3 (a) CP y el Art. I. 1 (k) (1) CV.

²² Art. 3 CP; Art. II CV.

²³ Respecto de la responsabilidad objetiva, expresamente el Art. IV. 1. CP. Falta una disposición semejante en la Convención de París, pero el carácter de la responsabilidad surge del contexto; véase, también, el N° 6 de la Exposición de Motivos de la CP (publicado, por ejemplo, en OCDE/OECD, *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, París, 1974). Explotador de una instalación nuclear es aquél a quien la autoridad competente reconoce como tal (Art. 1 (a) (vi) CP; Art.

Der Inhaber haftet nicht nur für die nuklearen Schäden, die unmittelbar von seiner Anlage verursacht werden, sondern auch für Schäden, die im Verlauf des Transports von Kernmaterial entstehen, das aus der Kernanlage stammt oder zu ihr hinbefördert wird. Art. 4 PÜ bzw. Art. II. 1 (b) WÜ enthalten Regeln, die sicherstellen sollen, daß für Transportschäden stets ein absender oder ein empfangender Inhaber einer Kernanlage haftpflichtig ist.

Niemand sonst hafter für einen nuklearen Schaden außer der Inhaber (Art. 6 PÜ, Art. II. 5 WÜ). Diese sog. rechtliche Kanalisierung der Haftung ausschließlich auf den Inhaber der Kernanlage bedeutet zweierlei: alle sonstigen denkbaren Ersatzansprüche gegen den Inhaber auf Grund anderer Rechtsgrundlagen sind ausgeschlossen; Ersatzansprüche gegen andere Personen als den Inhaber sind ebenfalls ausgeschlossen. Es ist also z.B. nicht zulässig, Zulieferer, die fehlerhafte Komponenten für den Reaktor geliefert haben und damit den Schaden verursacht haben, in Anspruch zu nehmen. Ein Rückgriff ist nur in eng umrissenen Ausnahmefällen möglich (Art. 6 (f) PÜ; Art. X WÜ). Man mag bezweifeln, ob das Prinzip der Kanalisierung eine in jeder Beziehung gerechte Lösung darstellt. In jedem Fall aber trägt sie zur Rechtssicherheit dadurch bei, daß sie klare und überschaubare Verhältnisse schafft. Der Kanalisierungsgrundsatz hat sich heute international durchgesetzt und wurde auch von Staaten national übernommen, die keinem der Atomhaftungsübereinkommen angehören²⁴.

2.2.1.2. *Haftungsausschlüsse.*

Der Inhaber der Kernanlage haftet grundsätzlich auch für Schäden, die durch höhere Gewalt ("Acts of God", "force majeure") verursacht werden. Jedoch sehen die Übereinkommen

²⁴ Er gilt interessanterweise nicht in den USA, obwohl dort die Idee zu dieser Rechtskonstruktion ursprünglich entwickelt wurde; vgl. *International problems of financial protection against nuclear risk. A study under the auspices of Harvard Law School and Atomic Industrial Forum, Ins., New York, 1959, p. 58 et seq.*

El explotador no responde solamente por los daños nucleares causados directamente por su usina, sino también por daños que ocurran en el transcurso del transporte de material nuclear, ya sea desde su planta como hacia ella. Los artículos 4 de la CP y II. 1 (b) de la CV contienen reglas que quieren asegurar que un explotador de una instalación nuclear, destinatario o remitente de un transporte, sea responsable.

Nadie más que el explotador es responsable por un daño nuclear (Art. 6 CP, Art. II. 5 CV). Esta así llamada “canalización” legal de la responsabilidad hacia el explotador de la instalación nuclear exclusivamente, significa dos cosas: se excluyen todas las demás pretensiones resarcitorias imaginables contra el propietario sobre la base de otros fundamentos jurídicos; también se excluyen pretensiones resarcitorias contra otras personas que no sean el explotador. No es admisible, por lo tanto, demandar vgr. a proveedores que hubieren provisto componentes defectuosos para el reactor, y con ello causado el daño. Solamente es posible en casos excepcionales una acción de regreso, estrictamente delimitados (Art. 6 (f) CP; Art. X CV). Se podrá dudar sobre si el principio de la canalización constituye una solución siempre justa. Pero, en todo caso, contribuye a la seguridad jurídica porque crea situaciones claras y transparentes. El principio de la canalización se ha impuesto hoy internacionalmente y fue adoptado también en el derecho nacional de países que no son adherentes a ninguna de las convenciones sobre responsabilidad civil nuclear²⁴.

2.2.1.2. *Exclusiones de responsabilidad.*

El explotador de la instalación nuclear responde también, en principio, por daños ocurridos por fuerza mayor (“*Acts of God*”,

I. 1 (c) CV). Sobre el concepto “instalación nuclear”: Art. 1 (a) (ii) CP; Art. I.1 (j) CV.

²⁴ Es interesante señalar que no rige en los EE. UU. pese a que originariamente la idea para esta construcción jurídica fue desarrollada allí; véase *International problems of financial protection against nuclear risk. A study under the auspices of Harvard Law School and Atomic Industrial Forum, Inc.*, New York, 1959, págs. 59 y sigtes.

bestimmte qualifizierte Fälle höherer Gewalt als Gründe für den Haftungsausschluß an. Nicht gehaftet wird, wenn das Ereignis verursacht wurde durch Handlungen eines bewaffneten Konfliktes, durch Feindseligkeiten, durch einen Bürgerkrieg, einen Aufstand oder durch eine schwere Naturkatastrophe außergewöhnlicher Art. (Art. 9 PÜ; Art. IV, 3 WÜ). Die Ausschlußklausel ist rechtstechnisch mißlungen, weil die verschiedenen Ausschlußtatbestände nicht genau abzugrenzen sind. Es ist überdies fraglich, ob potentielle Opfer eines nuklearen Ereignisses nicht gerade in diesen Fällen des Schutzes bedürfen, z.B. bei Nuklearunfällen, die durch Guerrillas oder Terroristen verursacht werden²⁵.

2.2.1.3. Zeitliche und summenmäßige Haftungsbegrenzung.

Ersatzansprüche auf Grund der Übereinkommen erlöschen regelmäßig, wenn nicht innerhalb von 10 Jahren nach dem Schadensereignis Klage erhoben wird (Art. 8 PÜ; Art. VI WÜ). Die nationale Gesetzgebung der Vertragsstaaten kann jedoch längere Fristen vorsehen, sofern für die gesamte Dauer des Anspruchs für eine finanzielle Sicherheit (Deckung) gesorgt ist.

Im Hinblick auf die Möglichkeit von Spätschäden ist die 10-Jahres-Frist sicherlich zu kurz bemessen. Sie ist den Möglichkeiten des Versicherungsmarktes angepaßt, nicht aber den Interessen etwaiger Geschädigter. Eine Verlängerung ist deshalb geboten, gegebenenfalls mit Hilfe staatlicher Deckungsleistung²⁶.

Zu den problematischsten Bestimmungen der Übereinkommen gehören jene über den summenmäßig begrenzten Umfang der Haftung. Wiener Übereinkommen und Pariser Übereinkom-

²⁵ Kritisch zu der Ausschlußklausel insbesondere: Pelzer, On modernising the Paris Convention, Nuclear Law Bulletin N° 12 (November, 1973), p. 46 et seq. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Anwendung des Art. 9 PÜ ausgeschlossen, vgl. § 25 Abs. 3 Atomgesetz (Bundesgesetzblatt 1985 I S. 1565).

²⁶ Eine 30jährige Frist gilt in der Bundesrepublik Deutschland (§ 32 Atomgesetz, s. Fußn. 25) und demnächst in den Niederlanden (vgl. Staatscourant Nr. 76, 21-4-87, p. 1). In beiden Ländern deckt der Staat die Haftpflicht, soweit, sie nicht länger als 10 Jahre versicherbar ist.

“*force majeure*”). Sin embargo, las Convenciones prevén ciertos y calificados casos de fuerza mayor como causales de exclusión de responsabilidad. No responde si el suceso fue causado por acciones en un conflicto armado, por hostilidades, por guerra civil, insurrección o por una grave catástrofe natural de características extraordinarias (Art. 9 CP; Art. IV. 3 CV). La cláusula de exclusión está malograda desde el punto de vista de la técnica jurídica, porque las circunstancias fácticas que tipifican cada caso de exclusión no son susceptibles de una delimitación precisa. Además correspondería preguntarse si no es precisamente en estos casos que las víctimas potenciales tienen necesidad de protección, vgr. en supuestos de accidentes nucleares causados por guerrilleros o terroristas²⁵.

2.2.1.3. *Limitación temporal y cuantitativa de la responsabilidad.*

Las pretensiones resarcitorias con sustento en las Convenciones se extinguen, por regla, si no se presenta demanda dentro de los diez años del evento dañoso (Art. 8 CP; Art. VI CV). La legislación interna de los países adheridos puede, sin embargo, prever plazos más largos, siempre que por el mismo plazo total de la vigencia del derecho existan provisiones financieras (cobertura).

Si se considera la posibilidad de aparición de daños tardíos, el plazo de diez años resultará un término demasiado breve. Estará acomodado a las posibilidades del mercado asegurador, pero no a los intereses de las posibles víctimas. Por ello sería apropiada una prolongación del plazo, eventualmente con ayuda de una cobertura estatal²⁶.

²⁵ Crítico respecto de la cláusula de exclusión, en particular: Pelzer, *On modernising the Paris Convention*, Nuclear Law Bulletin Nº 12 (Noviembre 1973), págs. 46 y sigtes. En la República Federal de Alemania está excluida la aplicación del Art. 9 CP por el § 25, inciso 3 de la ley nuclear (Bundesgesetzblatt [Boletín Oficial], 1985, I, S. 1565).

²⁶ En la República Federal de Alemania rige un plazo de treinta años (§ 32 de la ley nuclear, ver nota (25) que próximamente será también el de Holanda (véase Staatscourant Nº 76, 21-4-87, pág. 1). En ambos países el

men scheinen sich in diesem Punkt zu unterscheiden. Während in Artikel V WÜ lediglich ein Mindestbetrag der Haftung festgelegt wird, ohne eine obere Grenze zu bestimmen, erweckt Art. 7 PÜ den Anschein, als ob die Haftung in jeden Fall summenmäßig zu limitieren sei. Der Mindestbetrag nach dem Wiener Übereinkommen beträgt 5 Millionen U.S. Golddollar (es liegt also eine Währungseinheit zugrunde, die inzwischen obsolet geworden ist, so daß insoweit eine Revision des Wiener Übereinkommens geboten ist). Der Regelhaftungshöchstbetrag nach dem Pariser Übereinkommen beträgt 15 Millionen Sonderziehungsrechte (SZR) des Internationalen Währungsfonds. Er kann durch die nationale Gesetzgebung bis auf 5 Millionen SZR herabgesetzt werden, er kann aber auch erhöht werden, sofern für Deckung gesorgt ist. Auf die Problematik der summenmäßigen Haftungsbegrenzung wird unten noch näher einzugehen sein (Abschn. 3.2.1.).

2.2.1.4. *Kongruenz von Haftung und Deckung.*

Art. VII WÜ bzw. Art. 10 PÜ verpflichten den Inhaber einer Kernanlage, in Höhe seiner nuklearen Haftpflicht nach den Übereinkommen eine sog. finanzielle Sicherheit — durch eine Haftpflichtversicherung oder in anderer Weise — zur Deckung seiner Haftpflicht aufrechtzuerhalten. Dies ist eine wichtige Regelung im System der Haftungskonventionen, die einerseits sicherstellen soll, daß der Geschädigte tatsächlich Ersatz erlangt, und die andererseits das finanzielle Risiko des Inhabers verringert.

2.2.1.5. *Gerichtsstand, Vollstreckung, Grundsatz der Nichtdiskriminierung.*

Die Effizienz des Haftungssystems der Übereinkommen steht und fällt mit den Vertragsbestimmungen, die grenzüberschreitende Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gewährleisten sollen. Hier sind vorrangig drei Bestimmungen zu nennen:

Die Übereinkommen schaffen einen einheitlichen Gerichtsstand. Nach Art. 13 PÜ und nach Art. XI WÜ sind für Schadensersatzklagen auf Grund der Übereinkommen ausschließlich die Gerichte des Vertragsstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet

Las limitaciones cuantitativas de la responsabilidad forman parte de las disposiciones más problemáticas de las Convenciones. Las Convenciones de Viena y de París parecen diferenciarse en este punto. Mientras en el Artículo IV de la CV solamente se establece un importe mínimo de la responsabilidad, sin fijar un tope máximo, el Art. 7 de la CP sugiere la apariencia de que, en todos los casos, se limita el monto de la responsabilidad. El monto mínimo conforme a la Convención de Viena es de cinco millones de dólares oro (es decir, está basada en una unidad monetaria que entretanto se ha vuelto obsoleta, lo que hace indicada, a este respecto, una revisión de la Convención de Viena). El monto máximo regular de responsabilidad según la Convención de París asciende a quince millones de Derechos Especiales de Giro (DEG) del Fondo Monetario Internacional. El importe puede ser reducido por la legislación interna a cinco millones de DEG, y también puede ser aumentado en tanto exista cobertura. Más abajo se ha de hacer referencia específica a los problemas derivados de la limitación cuantitativa de los montos de responsabilidad (párrafo 3.2.1.).

2.2.1.4. *Congruencia entre responsabilidad y cobertura.*

Los Arts. VII CV y 10 CP obligan al explotador de una instalación nuclear a mantener vigente una así llamada “seguridad financiera” —por medio de un seguro de responsabilidad civil o de otro modo— para cubrir su deber de responsabilidad por el importe establecido para la misma en las Convenciones. Esta es una regla importante del sistema de las convenciones sobre responsabilidad civil que, por una parte, pretende garantizar que el perjudicado efectivamente ha de recibir reparación, y que, por la otra, disminuye el riesgo financiero del explotador.

2.2.1.5. *Jurisdicción, ejecución, principio de no discriminación.*

La eficacia del sistema de responsabilidad de las Convenciones se sostiene y cae con las disposiciones destinadas a garan-

Estado cubre la responsabilidad en cuanto no sea asegurable por más de diez años.

das nukleare Ereignis eingetreten ist “...the nuclear incident occurred”/“...haya tenido lugar el accidente nuclear” (WÜ) bzw. “haya ocurrido el accidente nuclear” (PÜ). Die Konventionen machen — für den Regelfall — also den Handlungsort zum ausschließlichen Gerichtsstand, wobei allerdings insoweit eine Besonderheit besteht als Handlungsort der gesamte Vertragsstaat angesehen wird (also nicht z.B. der Sitz der Kernanlage), der seinerseits dann nach nationalem Recht das zuständige Gericht bestimmt.

Die Übereinkommen sichern die Vollstreckung von Urteilen des zuständigen Gerichts in allen Vertragsstaaten und gewährleisten die freie Transferierbarkeit zuerkannter Schadensersatzbeträge (Art. 12, 13 (d) PÜ; Art. XIII WÜ).

Die Übereinkommen stellen sicher, daß die Haftungs Vorschriften ohne Diskriminierung auf Grund Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Aufenthalt angewendet werden (Art. 14 PÜ; Art. XIII WÜ).

2.2.1.6. *Räumlicher Geltungsbereich*

Das Pariser Übereinkommen ist gemäß seinem Art. 2 weder auf nukleare Ereignisse, die sich im Hoheitsgebiet von Nicht-Vertragsstaaten ereignen, noch auf dort erlittene Schäden anwendbar, sofern nicht die nationale Gesetzgebung des haftpflichtigen Inhabers etwas anderes bestimmt. Einige Vertragsstaaten des PÜ haben national den Geltungsbereich durch Nichtanwendung des Art. 2 oder durch Modifizierung des Art. 2 ausgedehnt²⁷.

Eine dem Art. 2 PPÜ vergleichbare Bestimmung gibt es im Wiener Übereinkommen nicht. Ob daraus zu folgern ist, daß

²⁷ Das Steering Committee der NEA/OECD hat sich zwei Empfehlungen vom 25-4-68 und vom 22-4-71 für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf die Hohe See und auf Schäden, die im Vertragsbereich erlitten und deren auslösendes Ereignis in nichtvertragsstaaten eingetreten ist, ausgesprochen (NEA/OECD-Doc. NE/M (68) (1); (71 in 1). Die Bundesrepublik Deutschland hat die Anwendung des Art. 2 PÜ gänzlich ausgeschlossen (vgl. § 25 Abs. 4 Atomgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Fußn. 25)).

tizar la posibilidad de hacer valer pretensiones resarcitorias más allá de las fronteras. Al respecto deben citarse en forma prioritaria tres disposiciones:

Las Convenciones crean una jurisdicción unitaria. Conforme al Art. 13 CP y Art. XI CV, para entender en demandas por resarcimiento de daños y perjuicios basadas en las Convenciones, son exclusivamente competentes los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio haya ocurrido el acontecimiento nuclear “...*the nuclear incident occurred*” / “...haya tenido lugar el accidente nuclear” (CP). Por lo tanto, las Convenciones —para el caso general— hacen del lugar del hecho, lugar de jurisdicción exclusiva, lo que, sin embargo, implica una peculiaridad en cuanto se considera como lugar del hecho al Estado contratante en su totalidad (es decir, no vgr. el asiento de la instalación nuclear); ese Estado será el que luego determinará el tribunal competente conforme a su derecho nacional.

Las Convenciones aseguran la ejecución de sentencias del tribunal competente en todos los Estados contratantes, y garantizan la libre transferibilidad de los montos indemnizatorios reconocidos (Art. 12, 13 [d] CP; Art. XIII [CV]).

Las Convenciones aseguran que las disposiciones sobre responsabilidad serán aplicadas sin discriminación por causa de nacionalidad, domicilio o residencia (Art. 14 CP; Art. XIII CV).

2.2.1.6. *Ámbito de vigencia territorial.*

La Convención de París no es aplicable, de acuerdo a su Art. 2, ni a accidentes nucleares que ocurran en el territorio de Estados no contratantes, ni a daños ocurridos en el territorio de Estados no contratantes, a menos que la legislación nacional interna del explotador responsable disponga diversamente. Algunos países adheridos a la Convención de París han extendido el ámbito de vigencia, a nivel nacional, mediante la no aplicación o la modificación del Art. 2²⁷.

²⁷ El Steering Committee de la NEA/OECD se pronunció en sendas recomendaciones del 25-4-68 y del 22-4-71, por una extensión del ámbito de aplicación a alta mar y a daños sufridos en el ámbito territorial de la

das Übereinkommen über die Hoheitsgebiete der Vertragsstaaten hinaus anwendbar ist, muß offen bleiben²⁸.

2.2.2. *Das Brüsseler Zusatzübereinkommen.*

Das Brüsseler Zusatzübereinkommen (BZÜ) ist ein unselbständiger Vertrag, der dem Pariser Übereinkommen akzessorisch ist. Mitglieder des Zusatzübereinkommens können nur solche Staaten sein, die Mitglieder des Pariser Übereinkommens sind (Art. 19 BZÜ). Ziel des Übereinkommens ist es nach Absatz 3 seines Präambel, die nach dem Pariser Übereinkommen zur Verfügung stehende Entschädigungssumme zu erhöhen. Ein entsprechend ergänzendes Übereinkommen zum Wiener Übereinkommen gibt es nicht.

Art. 3 BZÜ setzt eine Gesamtentschädigungssumme von 120 Millionen SZR fest, nach Inkrafttreten des Protokolls 1982 erhöht sich dieser Betrag auf 300 Millionen SZR. Er wird wie folgt aufgebracht:

—bis zum Höchstbetrag der Haftung des Inhabers der Kernanlage, mindestens jedoch bis 5 Millionen SZR, hat der Inhaber der Kernanlage eine finanzielle Sicherheit bereitzustellen;

—zwischen diesem Betrag und 70 Millionen SZR (Protokoll 1982: 175 Millionen SZR) hat der Staat, in dessen Hoheitsgebiet die Kernanlage des haftenden Inhabers gelegen ist, öffentliche Mittel bereitzustellen;

—zwischen 70 Millionen SZR (175 Millionen SZR) und 120 Millionen SZR (Protokoll 1982: 300 Millionen SZR) haben die Vertragsstaaten gemeinsam öffentliche Mittel zur Entschädigung bereitzustellen.

Die in der dritten Tranche der Entschädigung von den Vertragsstaaten gemeinsam aufzubringenden Mittel errechnen sich

²⁸ Während der Vertragsverhandlungen wurde ein Vorschlag, eine dem Art. 2 PÜ vergleichbare Bestimmung in das WÜ aufzunehmen, abgelehnt (vgl. Official records (Fußn. 20), p. 448, 121-123). Die Behandlung dieser Frage auf der Ersten Serie von Sitzungen des "IAEA Standing Committee on Civil Liability for Nuclear Damage" vom 13. - 17-4-64 (IAEA-Doc. CN-12/SC/9 (Chairman: Enrique Zaldívar) erbrachte kein klares Ergebnis.

No existe en la Convención de Viena una disposición comparable a la del Art. 2 CP. Si de ello cabe deducir, o no, que la Convención es aplicable más allá de los territorios de las Partes Contratantes, es una cuestión que queda abierta²⁸.

2.2.2. *La Convención Complementaria de Bruselas.*

La Convención Complementaria de Bruselas (CCB) es un convenio no independiente, que tiene carácter de accesorio de la Convención de París. Solamente pueden ser adherentes de la Convención Complementaria los Estados parte de la Convención de París (Art. 19 CCB). El objeto de la convención es, conforme al párrafo 3 de su preámbulo, elevar los montos indemnizatorios disponibles. No existe un convenio complementario equivalente respecto de la Convención de Viena.

El Art. 3 CCB fija un importe indemnizatorio total de 120 millones de DEG, que luego de la entrada en vigencia del Protocolo de 1982 se elevará a 300 millones de DEG. Esta suma se compone de:

—hasta el importe máximo de responsabilidad del explotador de la instalación nuclear, pero en todo caso hasta un mínimo de 5 millones de DEG, el explotador debe proporcionar una seguridad financiera;

—desde esta suma y hasta 70 millones de DEG (Protocolo de 1982: 175 millones de DEG), el Estado del país en el que se encuentra la instalación nuclear del explotador responsable, debe poner a disposición recursos públicos;

Convención aunque el accidente determinante hubiere ocurrido en países no adheridos (NEA/OECD — Docs. NE/M [68]: NE/M [71] 1). La República Federal de Alemania ha excluido totalmente la aplicación del Art. 2 CP (véase § 25, inc. 4 de la ley nuclear de la República Federal de Alemania [nota 25]).

²⁸ Durante la negociación de la Convención fue rechazada una propuesta de una disposición similar a la del Art. 2 CP (véase Official records [nota 20], pág. 448, 121-123). El tratamiento de esta cuestión en la primera serie de sesiones del *IAEA Standing Committee on Civil Liability for Nuclear Damage*, del 13 al 17-4-64. (IAEA —Doc. CN— 12/SC/9 [Presidente: Enrique Zaldívar]), no condujo a resultados claros.

anteilmäßig nach einem in Art. 12 BZÜ festgelegten Schlüssel. Dieser Aufbringungsschlüssel wird wie folgt bestimmt: zu 50 % auf der Grundlage des Verhältnisses zwischen dem Bruttosozialprodukt einer jeden Vertragsparteien zu jeweiligen Preisen einerseits und der Summe der Bruttosozialprodukte aller Vertragsparteien zu jeweiligen Preisen andererseits; zu 50 % auf der Grundlage des Verhältnisses zwischen der thermischen Leistung der im Hoheitsgebiet jeder einzelnen Vertragsparteien gelegenen Reaktoren einerseits und der thermischen Gesamtleistung in den Hoheitsgebieten aller Vertragsparteien andererseits.

Das Brüsseler Zusatzübereinkommen ist ein sehr komplizierter Text, der nicht leicht zu verstehen ist und der deshalb im Anwendungsfall wohl zahlreiche Zweifelsfragen aufwerfen wird. Zudem ist auch die Angemessenheit einiger Grundprinzipien anzuzweifeln. Insbesondere muß man fragen, welche Bedeutung das Bruttosozialprodukt bei der Berechnung des Aufbringungsschlüssels der 3. Entschädigungstranche haben soll. Es geht um die Entschädigung in Schadensfällen, also um das nukleare Risiko. Dieses hat mit dem Bruttosozialprodukt überhaupt nichts zu tun. Eine Revision des Übereinkommens mit dem Ziel einer Vereinfachung der Regelungen und einer Überprüfung der zugrundeliegenden Philosophie ist daher zu fordern.

2.3. Bewertung der bestehenden internationalen Atomhaftungssysteme.

Die im Abschnitt 1 dieses Aufsatzes gegebene Darstellung des geltenden allgemeinen Rechts der Haftung für grenzüberschreitende Nuklearschäden führte zu der Folgerung, daß es eines speziell zu errichtenden Sonderregimes der Nuklearhaftung bedarf, um einen gerechten Schadenausgleich sicherzustellen. Es waren am Ende des Abschnitts 1.4 Minimalforderungen bezüglich eines solchen Regimes aufgestellt worden. Entsprechen die Regelungen des Wiener Übereinkommens und des Pariser Übereinkommens diesen Anforderungen?

Die Antwort ist — trotz mancher unbefriedigend gelöster Einzelprobleme —: ja. Durch die internationalen Atomhaftungs-

—entre 70 millones de DEG (175 millones de DEG) y 120 millones de DEG (Protocolo de 1982: 300 millones de DEG) los Estados adheridos, en común, deben poner a disposición recursos públicos para proveer a la indemnización.

La participación relativa en el aporte de los fondos públicos comunes del tercer tramo indemnizatorio se calculan conforme a una llave establecida en el Art. 12 CCB, del modo siguiente: un 50 % sobre la base de la relación entre el P.B.I. de cada Estado contratante, a sus respectivos precios internos, por una parte, y por la otra la suma de los P.B.I. de todos los Estados contratantes a sus respectivos precios internos; el otro 50 % sobre la base de la relación entre el rendimiento térmico de los reactores ubicados en el territorio de cada uno de los Estados contratantes, por una parte, y por la otra el rendimiento térmico de los reactores ubicados en el territorio de todas las partes contratantes.

La Convención Complementaria de Bruselas es un texto muy complicado, que no es fácil de entender y que, por ello, en caso de ser aplicado, seguramente ha de engendrar numerosas dudas. A ello debe agregarse que también es dudosa la pertinencia de algunos de sus principios rectores. Particularmente, cabe preguntarse qué relevancia ha de tener el P.B.I. en el cálculo de la llave de recursos del tercer tramo indemnizatorio. El tema es la indemnización en casos de eventos dañosos, es decir el riesgo nuclear. Éste último no tiene absolutamente nada que ver con el P.B.I. En consecuencia, sería exigible una revisión de la Convención con el objeto de simplificar las regulaciones y de repensar la filosofía que la sustenta.

2.3. *Valoración de los sistemas internacionales de responsabilidad existentes.*

La exposición hecha en el parágrafo 1. del derecho común vigente en materia de responsabilidad en caso de daños nucleares que trascienden las fronteras, llevó a la conclusión de la necesidad de construir un régimen especial de responsabilidad nuclear para asegurar una adecuada indemnización. Se fijaron, al final del parágrafo 1.4., exigencias mínimas para tal régimen. ¿Responden las Convenciones de París y de Viena a esas exigencias?

systeme wird das materielle Atomhaftungsrecht in seinen tragenden Grundstrukturen vereinheitlicht, so daß gravierende Unterschiede zwischen verschiedenen nationalen Rechten nicht mehr bestehen. Das internationale Atomhaftungsrecht ist auch dem besonderen nuklearen Risiko angepaßt. Es wird eine auf jeweils ein Land konzentrierte gerichtliche Zuständigkeit geschaffen. Die Angehörigen aller Vertragsstaaten können ohne Diskriminierung wegen ihrer Nationalität, ihres Wohnsitzes oder ihres Aufenthalts dieses Gericht anrufen. Urteile dieses Gerichts sind vollstreckbar, Schadensersatzbeträge können frei transferiert werden. Schließlich gewährleistet der Grundsatz der Kongruenz von Haftung und Deckung, daß auch tatsächlich finanzielle Mittel für die Ersatzleistung vorhanden sind.

Dennoch gibt es einen erheblichen Fehler: den beiden Systemen von Paris und von Wien gehören in aller Welt nur insgesamt 24 Staaten an. Das Pariser Übereinkommen und das Wiener Übereinkommen sind vergleichbar mit zwei nebeneinander liegenden, sehr ähnlichen Teppichen, bei denen jeweils mehr Löcher als heiles Gewebe vorhanden sind; der größte Teil des Bodens bleibt unbedeckt.

Der im Abschnitt 1.4. gebildete Beispielsfall eines nuklearen Ereignisses in Atucha mit Schäden auch in den angrenzenden Nachbarstaaten bleibt deshalb weiter ungelöst: Argentinien ist Vertragsstaat des Wiener Übereinkommens, die Nachbarstaaten sind es nicht. Ein zusammenhängendes Vertragsgebiet gibt es lediglich für den Bereich des Pariser Übereinkommens in Europa: Mit Ausnahme der Schweiz, Österreichs und Luxemburgs gehören alle west-, nord- und südeuropäischen Staaten dem Pariser Übereinkommen an. Dies gilt nicht für Osteuropa. Bis auf Jugoslawien, das Vertragsstaat des Wiener Übereinkommens ist, hat kein osteuropäischer Staat sich dem internationalen Haftungssystem angeschlossen.

Hauptaufgabe für die nähere Zukunft ist es also, den Kreis der Vertragsstaaten zu vergrößern und nach Möglichkeit auch aus den zwei Teppichen einen zu machen, d.h. Pariser und Wiener Übereinkommen zu verbinden. Diese Aufgabe hat in erster Linie politische Aspekte, sie bedarf aber der juristischen Vor-

La respuesta —pese a la insatisfactoria solución de algunos problemas puntuales— es: sí. A través de los sistemas internacionales de responsabilidad nuclear el derecho de fondo de la responsabilidad civil nuclear está unificado en la estructura de sus pilares fundamentales, de modo tal que ya no existen diferencias relevantes entre los distintos derechos nacionales. El derecho internacional de la responsabilidad civil nuclear es, también, adecuado al especial carácter del riesgo nuclear. Se crea una jurisdicción judicial concentrada, en cada caso, en un solo país. Los sujetos de todos los Estados contratantes pueden demandar ante ese tribunal sin discriminación por nacionalidad, domicilio o residencia. Las sentencias de ese tribunal son ejecutables, las indemnizaciones son libremente transferibles. Finalmente, el principio de congruencia entre responsabilidad y cobertura garantiza la existencia efectiva de medios financieros para la indemnización. Sin embargo, existe una falencia considerable: a los dos sistemas, el de París y el de Viena, solamente están adheridos, en total, 24 países. Las Convenciones de París y de Viena son comparables a dos alfombras muy parecidas, extendidas una al lado de la otra, en cada una de las cuales hay más agujeros que tejido sano; la mayor parte del piso permanece descubierta.

El ejemplo puesto en el párrafo 1.4. de un accidente nuclear en Atucha con daños también en los países limítrofes, permanece, por ello sin solución: la Argentina es parte de la Convención de Viena, no así los países vecinos. Solamente en el ámbito de la Convención de París existe, en Europa, un territorio convencional intervinculado: con excepción de Suiza, Austria y Luxemburgo, todos los países del occidente, norte y sur europeo están adheridos a la Convención de París. Esto no rige para Europa del este. Con la excepción de Yugoslavia, que es parte de la Convención de Viena, ningún país de Europa oriental se adhirió al sistema internacional de responsabilidad civil.

La tarea principal para el futuro inmediato es, en consecuencia, ampliar el círculo de los Estados contratantes y, también, hacer de las dos alfombras una sola, es decir, vincular las Convenciones de Viena y de París. Esta tarea tiene, en primer término, aspectos políticos, pero requiere de preparación jurídica. Por lo

bereitung. Darüber hinaus sind die Lehren, die Tschernobyl uns gebracht hat, zu berücksichtigen und gegebenenfalls insoweit die bestehenden Übereinkommen zu verbessern. Diese Fragen werden Gegenstand des folgenden Abschnitts sein.

3. *Schritte zur Verbesserung der internationalen Atomhaftungsübereinkommen.*

3.1. *Vergrößerung des räumlichen Geltungsbereichs.*

Wenn es gelingt, die Vertragswerke von Wien und Paris miteinander zu verschmelzen oder jedenfalls zu verbinden, könnte die dann entstehende Konventionsgemeinschaft von 24 Staaten den attraktiven Kern für weitere Beitritte bilden und so zu einer immer weiträumigeren Harmonisierung des Atomhaftungsrechts führen. Gewiß soll damit nicht einer ausnahmslosen Egalisierung national gewachsener Rechtstraditionen das Wort geredet werden. Die Vielfalt von unterschiedlichen Rechtskulturen ist ebenfalls ein nicht zu unterschätzender Wert. Lückenlose Harmonisierung wird auch durch die Haftungsübereinkommen überhaupt nicht angestrebt. Vereinheitlicht werden nur die Rechtsgrundlagen und die sie tragenden Haftungsprinzipien. Überdies wird die grenzüberschreitende Durchsetzung von Ansprüchen erleichtert. Es bleibt daneben genügend Raum für nationale Besonderheiten, denn die Haftungsübereinkommen sind ohne die Einbettung in die jeweiligen nationalen Rechte gar nicht funktionsfähig²⁹.

Die anzustrebende Vereinheitlichung des Pariser und des Wiener Übereinkommens kann auf unterschiedliche Weise verwirklicht werden.

Die rigoroseste Lösung wäre es, unter Aufhebung der alten Verträge einen neuen Vertrag auszuarbeiten und in Kraft zu setzen. Dies wäre ein sehr langfristiges und zeitraubendes Unternehmen, dessen glücklicher Ausgang keineswegs sicher ist.

Gleiches gilt für diese Möglichkeit: eines der bestehenden Übereinkommen wird beendet, und die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens treten dann dem verbleibenden bei. Wie wird

²⁹ Vgl. z. B. auch Art. 11 PÜ; Art. III WÜ.

demás, han de ser consideradas las lecciones que nos trajo Chernobyl y, eventualmente, mejorar acorde a ello las Convenciones existentes. Estas cuestiones serán el objeto del párrafo siguiente.

4. *Pasos necesarios para el perfeccionamiento de las convenciones internacionales sobre responsabilidad civil nuclear.*

3.1. *Ensanchamiento del ámbito territorial de vigencia.*

Si se lograra fusionar, o por lo menos vincular, los edificios contractuales de Viena y París, la comunidad convencional de 24 estados resultante podría constituir el atractivo núcleo para nuevas adhesiones y, así, conducir a una cada vez más extendida armonización del derecho de la responsabilidad civil nuclear. Por cierto que con ello no se pretende pregonar una igualación, sin excepciones, de tradiciones jurídicas crecidas en los diferentes ámbitos nacionales. La diversidad de las distintas culturas jurídicas es también un valor respetable. Las convenciones sobre responsabilidad de ningún modo propugnan una armonización total. Solamente se unifican las bases jurídicas y los principios de responsabilidad que los sustentan. Por lo demás, se facilita la imposición transnacional de pretensiones resarcitorias. Queda, al lado de ello, espacio bastante para las peculiaridades nacionales, habida cuenta de que las convenciones sobre responsabilidad ni siquiera son funcionales sin su incorporación a cada derecho nacional²⁹.

La deseable unificación de las Convenciones de París y de Viena puede ser hecha realidad de diferentes maneras.

La solución más rigurosa sería la derogación de las convenciones existentes y la elaboración y puesta en vigencia de una nueva. Pero ésta sería una empresa a muy largo plazo, cuyo final feliz de ningún modo es seguro.

Lo mismo es válido para la posibilidad siguiente: una de las Convenciones existentes es derogada, y las naciones miembro de la misma se adhieren a la otra. ¿Pero cómo se asegura que lo

²⁹ Véase, vgr., Art. 11 CP; Art. III CV.

jedoch sichergestellt, daß sie es dann auch wirklich tun? Welches der beiden Übereinkommen wäre zu beenden?

Man kann ferner daran denken, den territorialen Geltungsbereich der beiden Übereinkommen jeweils auszudehnen (vgl. dazu oben Nr. 2.2.1.6.). Hier wäre dann z.B. zu klären, wie derartige einseitige Ausdehnungserklärungen verbindlich zu machen sind.

Schließlich besteht die Möglichkeit, daß die Vertragsparteien des Pariser Übereinkommens zusätzlich dem Wiener Übereinkommen beitreten und umgekehrt. Dies würde dazu führen, daß die Staaten jeweils zwei nahezu identische Übereinkommen nebeneinander anzuwenden hätten. Es liegt auf der Hand, daß das zu Rechtsunsicherheit und Zweifelsfragen führen wird, die zu Lasten der Geschädigten und des haftpflichtigen Inhabers der Kernanlage gehen.

Die hier nur im Ansatz aufgeworfenen Fragen sind erstmals von U.K. Nordenson auf dem Monaco-Symposium 1968 erörtert worden³⁰. Die Sekretariate der IAEA und der NEA/OECD beschäftigten sich in der Folgezeit mit diesem Problemkreis und kamen zu dem Ergebnis, daß ein gemeinsames Protokoll (Joint Protocol) zur Verbindung beider Vertragssysteme das am besten geeignete Instrument sei. 1974 wurde der Entwurf eines derartigen "Joint Protocol" vorgelegt. Danach sollten für die Zwecke des Protokolls die Vertragsstaaten des Pariser Übereinkommens, die Parteien des Protokolls sind, so angesehen werden, als seien sie auch Vertragsstaaten des Wiener Übereinkommens — und umgekehrt. Der vollständige Text des Entwurfs ist im Anhang 2 wiedergegeben.

Mangels Interesse der Vertragsstaaten der beiden Haftungsübereinkommen ruhte die Angelegenheit bis 1984. Auf der am 2. und 3. Mai 1984 stattfindenden Fünften Serie von Sitzungen des "IAEA Standing Committee on Civil Liability for Nu-

³⁰ U. K. Nordenson, Legal conflicts arising from the simultaneous application of the Paris and the Vienna Conventions with regard to nuclear incidents in the course of carriage of nuclear substances, Third party liability and insurance in the field of maritime carriage of nuclear substances (Monaco Symposium 1968), Paris, 1970, p. 427 et seq.

hagan efectivamente? ¿Cuál de las dos Convenciones sería derogada?

Todavía puede pensarse en ampliar el respectivo ámbito de vigencia territorial de ambas (véase *supra*, nº 2.2.1.6.). En tal caso habría que resolver, por ejemplo, cómo hacer vinculante una unilateral declaración extensiva semejante.

Finalmente, existe la posibilidad de que las partes contratantes de la Convención de París se adhieran adicionalmente a la Convención de Viena y viceversa. Esto conduciría a que las naciones deberían aplicar paralelamente dos Convenciones casi idénticas. Es obvio que ello traería aparejadas inseguridad jurídica y cuestiones dudosas, en desmedro de las víctimas y del propietario responsable de la instalación nuclear.

Estas cuestiones, aquí solamente esbozadas, fueron planteadas por primera vez por U. K. Nordenson en el Simposio de Mónaco de 1968³⁰. Los secretarios de la IAEA y de la NEA/OECD se ocuparon posteriormente de esta problemática y llegaron a la conclusión que el instrumento más adecuado para la combinación de los dos sistemas convencionales sería un Protocolo Conjunto (*Joint Protocol*). En 1974 fue presentado un proyecto de tal *Joint Protocol*. Conforme a ese texto, a los efectos del Protocolo, los Estados adheridos a la Convención de París que fueran partes del Protocolo, serían consideradas como si también fueran partes de la Convención de Viena, y viceversa. El texto completo del proyecto se reproduce en el Anexo 2.

Por falta de interés de los Estados parte de ambas Convenciones, la cuestión quedó relegada hasta 1984. En la quinta serie de sesiones del “IAEA Standing Committee on Civil Liability for Nuclear Damage” que tuvieron lugar el 2 y 3 de mayo de 1984, se señaló nuevamente la necesidad de una interrelación entre las Convenciones de París y de Viena³¹. Por iniciativa conjunta del

³⁰ U. K. Nordenson, *Legal conflicts arising from the simultaneous application of the Paris and the Vienna Conventions with regard to nuclear incidents in the course of carriage of nuclear substances, Third party liability and insurance in the field of maritime carriage of nuclear substances* (Monaco Symposium, 1968), París, 1970, págs. 427 y sigtes.

³¹ IAEA-Doc. NS-TC 462. 5, Nos. 14, 15.

clear Damage" wurde erneut auf die Notwendigkeit einer Verbindung des Pariser und des Wiener Übereinkommens hingewiesen³¹. Auf eine gemeinsame Initiative des IAEA-Sekretariats und des NEA/OECD-Sekretariats trat vom 8. bis 10. September 1986 eine informelle Regierungsexpertengruppe in Wien zusammen; diese bekräftigte den 1974 vorgeschlagenen Weg, ein "Joint Protocol" zu errichten, um beide Haftungsübereinkommen zu verbinden. Die Ergebnisse der informellen Arbeitsgruppe wurden sowohl von der OECD/NEA "Group of Governmental Experts on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy" in ihrer Sitzung vom 25. bis 27. November 1986 wie auch auf der Sechsten Serie von Sitzungen des "IAEA Standing Committee on Civil Liability for Nuclear Damage" vom 9. bis 11. März 1987³² bestätigt.

Auf Grund der Empfehlungen dieser beiden Expertengruppen stimmten das "NEA Steering Committee for Nuclear Energy" auf seiner Sitzung am 28./29. April 1987 und der "IAEA Board of Governors" auf seiner Sitzung vom 10. bis 12. Juni 1987 der Einrichtung einer "Joint IAEA/NEA Working Group" zu, die den Text eines Gemeinsamen Protokolls ausarbeiten soll. Hierzu liegen der Gruppe zur Zeit folgende Vorentwürfe vor: Entwurf 1974 der NEA/IAEA Sekretariats, Teilentwurf 1987 des IAEA Standing Committee, Entwurf 1987 der NEA Group of Governmental Experts.

Wenn die Arbeit der Joint IAEA/NEA Working Group, die im Herbst 1987 zusammentreten wird, erfolgreich abgeschlossen wird, soll noch 1988 eine diplomatische Staatenkonferenz zur endgültigen Verabschiedung eines unterschriftsreifen Entwurfs eines Joint Protocol einberufen werden³³.

³¹ IAEA-Doc. NS-TC-462.5, Nos. 14, 15.

³² Vgl. Meeting of the Standing Committee on Civil Liability for Nuclear Damage, Nuclear Law Bulletin N° 39 (June 1987), p. 31/32. Das offizielle Protokoll der Sitzung liegt zur Zeit noch nicht vor.

³³ Eingehend zur rechtlichen Problematik der Verbindung von Wiener und Pariser Übereinkommen: von Busekist, Haftungsprobleme im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten des Pariser und des Wiener Atomhaftungsübereinkommens, Pelzer (Hrsg.), Friedliche Kernenergienutzung und Staatsgrenzen in Mitteleuropa, Baden-Baden 1987, S. 271 et seq.

secretariado de la IAEA y del secretariado de la NEA/OECD, se reunió en Viena del 8 al 10 de setiembre de 1986 un grupo informal de expertos gubernamentales; éste ratificó el camino propuesto en 1974 de establecer un *Joint Protocol* para coordinar ambas convenciones sobre responsabilidad civil. Las conclusiones de ese grupo de trabajo informal fueron confirmadas tanto por el *Group of Governmental Experts on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* de la NEA/OECD en su sesión del 25 al 27 de noviembre de 1986, como por la sexta serie de sesiones del *IAEA Standing Committee on Civil Liability for Nuclear Damage* del 9 al 11 de marzo de 1987³².

Como consecuencia de las recomendaciones de ambos grupos de expertos, el *NEA Steering Committee for Nuclear Energy* en su sesión del 28/29 de abril de 1987 y el *IAEA Board of Governors* en su sesión del 10 al 12 de junio de 1987, dieron aprobación a la creación de un *Joint IAEA/NEA Working Group*, que deberá elaborar el texto de un Protocolo Conjunto. A ese fin el grupo tiene actualmente sobre su mesa de trabajo los siguientes anteproyectos: proyecto de 1974 del secretariado de la NEA/IAEA, proyecto parcial de 1987 del *IAEA Standing Committee*, proyecto de 1987 del *NEA Group of Governmental Experts*.

Si el trabajo del *Joint IAEA/NEA Working Group* —que se reunirá en el otoño de 1987— concluye exitosamente, durante 1988 se convocaría a una conferencia diplomática de Estados para la emisión definitiva de un proyecto de *Joint Protocol* ya maduro para la firma³³.

³² Véase *Meeting of the Standing Committee for Nuclear Damage*, Nuclear Law Bulletin N° 39 (Junio de 1987), págs. 31/32. El protocolo oficial de la sesión todavía no ha sido publicado.

³³ En detalle sobre la problemática jurídica de la vinculación de las Convenciones de Viena y de París: von Busekist, *Haftungsprobleme im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten des Pariser und des Wiener Atomhaftungsübereinkommens* (Problemas de responsabilidad en la relación entre estados miembros de las Convenciones de París y de Viena sobre responsabilidad civil nuclear), Pelzer (ed.), *Friedliche Kernenergienutzung und Staatsgrenzen in Mitteleuropa* (Aprovechamiento pacífico de la energía nuclear y límites estatales en Centroeuropa), Baden Baden 1987, págs. 271 y sigtes.).

Man wird dann abwarten müssen, ob das Joint Protocol dazu beiträgt, die Zahl der Vertragspartner der internationalen Atomhaftungsübereinkommen zu vergrößern. In Europa hängt die weitere Entwicklung davon ab, ob die osteuropäischen Staaten, voran die Sowjetunion, dem System beitreten, denn ohne diese Staaten besteht für die westeuropäischen Staaten, die dem Pariser Übereinkommen angehören, kein unmittelbarer Anlaß, das Joint Protocol zu übernehmen. In Lateinamerika hat Argentinien mit der Ratifizierung des Wiener Übereinkommens gemeinsam mit Bolivien, Kuba und Peru die Vorreiterrolle übernommen. Es wird darauf ankommen, andere lateinamerikanische Staaten zum Beitritt zu gewinnen.

3.2. *Wichtige materiellrechtliche Verbesserungsmöglichkeiten der Übereinkommen.*

3.2.1. *Höhe des Entschädigungsbetrags.*

Vielfach gilt die summenmäßige Beschränkung der Haftung des Inhabers der Kernanlage als ein notwendiges Korrelat zur strengen absoluten Haftung, der der Inhaber unterworfen wird. Dies war indessen niemals überzeugend und steht auch nicht im Einklang mit der historischen Entwicklung der Haftung ohne Verschulden³⁴. Tatsächlich ist die in den meisten nationalen Atomrechten vorgesehene summenmäßige Haftungsbegrenzung³⁵ nichts anderes als eine Förderungsmaßnahme für die Atomwirtschaft: Der Inhaber der Kernanlage soll nicht möglicherweise ruinösen Ersatzansprüchen ausgesetzt werden, sondern er soll nur für das haften, was er auch versichern kann³⁶. Die wirtschaftliche Kapazität des Versicherungsmarktes bestimmt die Höhe der Haftpflicht; die berechtigten Interessen möglicher Geschädigter

³⁴ Vgl. dazu mit Nachweisen: Pelzer, *Begrenzte und unbegrenzte Haftung im deutschen Atomrecht*, Baden-Baden, 1982, S. 33 et seq.

³⁵ Überblick über nationale Höchstsummen bei: Pelzer, *Begrenzte und unbegrenzte Haftung* (Fußn. 34), S. 17 et seq.; diese Zusammenstellung entspricht allerdings teilweise nicht mehr dem neuesten Stand.

³⁶ Vgl. dazu sehr prägnant Nos. 43 - 46 Exposé des Motifs zum Pariser Übereinkommen (Fußn. 23) in der Fassung 1964.

Habrá que aguardar luego, para ver si el *Joint Protocol* contribuirá a agrandar el número de adherentes a las Convenciones internacionales sobre responsabilidad civil nuclear. En Europa la futura evolución dependerá de si los Estados de Europa oriental —en primer término la Unión Soviética— se adhieren al sistema, porque sin ellos no existe para los Estados de Europa occidental, miembros de la Convención de París, ningún incentivo inmediato para adoptar el *Joint Protocol*. En Latinoamérica, con la ratificación de la Convención de Viena, la Argentina, junto con Bolivia, Cuba y Perú, han adoptado el papel precursor. Será substancial ganar a otros países latinoamericanos para la adhesión.

3.2. *Importantes posibilidades de mejoramiento del derecho material de las convenciones.*

3.2.1. *Monto indemnizatorio.*

A menudo se alega que la limitación del importe de la responsabilidad civil del explotador de la instalación nuclear es un correlato necesario de la severa responsabilidad absoluta a la que el mismo es sometido. Pero esta argumentación nunca fue convincente y no está, por lo demás, en consonancia con la evolución histórica de la responsabilidad sin culpa³⁴. En los hechos, la limitación del importe de la responsabilidad civil prevista en la mayoría de las legislaciones nucleares nacionales³⁵, no es otra cosa que una medida de promoción de la economía atómica: el explotador de una instalación nuclear no debe ser expuesto a posibles reclamos indemnizatorios ruinosos, sino responder solamente por tanto como por lo que pueda contratar seguros³⁶. La ca-

³⁴ Véase, al respecto, con referencias: Pelzer, *Begrenzte und unbegrenzte Haftung im deutschen Atomrecht* (Responsabilidad limitada e ilimitada en el derecho atómico alemán), Baden-Baden, 1982, págs. 33 y sigtes.

³⁵ Panorama de los topes nacionales en: Pelzer, *Begrenzte und unbegrenzte Haftung* (Responsabilidad limitada e ilimitada) (nota 34), págs. 17 y sigtes.; esta recopilación, sin embargo, no responde ya al último estado del tema.

³⁶ Compárese, al respecto, muy significativamente, Nos. 43-46. Exposición de Motivos de la Convención de París (nota 23), en la versión de 1964.

bleiben dabei unberücksichtigt. Das ist weder rechtsethisch vertretbar, noch bedarf eine erstarkte Atomwirtschaft heute noch einer solchen Förderungsmaßnahme. Das gilt umsomehr im Lichte von Tschernobyl. Nach offiziellen sowjetischen Angaben wurden allein in der Sowjetunion bis zum 19. September 1986 2 Milliarden Rubel Entschädigung gezahlt; der tatsächliche Schaden liegt höher, weil z.B. Körperschäden in dieser Summe nicht erfaßt sind. Die durch Tschernobyl in anderen Staaten verursachten Schäden können zur Zeit noch nicht abschließend beziffert werden³⁷.

Dieser Hintergrund gibt Anlaß, die Frage der Haftungshöchstsummen erneut zu überdenken. Sicher ist, daß die derzeit geltenden Summen in vielen Fällen geradezu lächerlich gering sind. Eine angemessene Anhebung ist daher in jedem Fall geboten. Rechtssysteme, die für einen nuklearen Unfall Schadensersatz vorsehen, der unter einer Milliarde Deutsche Mark liegt, dürften von vornherein als unzulänglich zu bezeichnen sein. Man muß darüber hinaus prüfen, ob die summenmäßige Haftungsbegrenzung nicht überhaupt aufzugeben ist. Wenn man sie jedoch beibehalten will, dann ist sicherzustellen, daß jedenfalls der Staat nach Erschöpfung der Haftungssumme des Inhaber der Kernanlage weitergehenden Ersatz leistet.

Schließlich ist folgendes zu bedenken: Bei gar so großen Unterschieden in den Entschädigungshöchstsummen zwischen den einzelnen Staaten wird das Ziel einer allgemeinen Harmonisierung des Haftungsrechts gefährdet. Jene Staaten nämlich, die hohe Entschädigungen vorsehen, werden nicht bereit sein, die Vorzüge ihrer nationalen Regelungen auf andere Staaten zu erstrecken, wenn sie umgekehrt von diesen Staaten nur wenig zu erwarten haben³⁸.

³⁷ Vgl. dazu: The accident at Chernobyl —economic damage and its compensation in Western Europe, Nuclear Law Bulletin N° 30 (June 1987), p. 58 et seq.

³⁸ Dies hat z. B. dazu geführt, daß die Bundesrepublik Deutschland und die Schweiz die Gewährung der unbegrenzten Haftung von der Reziprozität abhängi machen (§ 31 deutsches Atomgesetz (Fußn. 25); Art. 34 Schweizer Kernenergiehaftpflichtgesetz, Sammlung der eidgenössischen Gesetze 1983, S. 1886).

pacidad económica del mercado asegurador determina el *quantum* de la responsabilidad indemnizatoria; los legítimos intereses de las posibles víctimas quedan, con ello, sin consideración. Esto ni es defendible desde la ética jurídica, ni una industria nuclear hoy día fortalecida requiere de semejantes medidas promocionales. Esto es tanto más válido si se lo mira a la luz de Chernobyl. Conforme a datos oficiales soviéticos, sólo en la Unión Soviética se pagaron hasta el 19 de setiembre de 1986 dos mil millones de rublos por indemnizaciones; el daño real indudablemente es superior, ya que, por ejemplo, en esa suma no están comprendidos los daños corporales. Los daños ocasionados por Chernobyl en otros países aún no pueden ser definitivamente mensurados³⁷.

Este es el telón de fondo que sugiere replantearse enteramente la cuestión de los topes indemnizatorios. Lo que es seguro es que los importes actualmente vigentes son, en muchos casos, ridículamente bajos. Por ello, en todo caso, será pertinente un adecuado aumento. Los regímenes jurídicos que para un caso de accidente nuclear prevean una indemnización que esté por debajo de los mil millones de marcos, deberían ser derechamente calificados de insuficientes. Incluso sería ya del caso considerar si no corresponde abandonar totalmente la fijación de un tope indemnizatorio. Pero aun si se desea mantenerlo, habrá que asegurar que, en todo caso, agotado el tope de responsabilidad del propietario de la instalación nuclear, el Estado preste indemnización adicional.

Por último, habrá que considerar lo siguiente: las diferencias excesivas entre los topes indemnizatorios de los distintos Estados atentan contra el objetivo de una armonización general del derecho de la responsabilidad en la materia. Ello porque aquellos Estados que tienen previstas indemnizaciones elevadas, no estarán dispuestos a extender a otros Estados las ventajas de su regulación nacional si, en el caso inverso, es poco lo que tienen para esperar de éstos³⁸.

³⁷ Véase al respecto: *The accident at Chernobyl - economic damage and its compensation in Western Europe*, Nuclear Law Bulletin Nº 39, (Junio de 1987), págs. 58 y sigtes.

³⁸ Esto, por ejemplo, condujo a que la República Federal de Alemania

Die hier zu lösenden Grundfragen sind rechtspolitischer Natur, die von den Parlamenten zu entscheiden sind. Die Frage einer summenmäßig unbegrenzten Haftung des Inhabers einer Kernanlage wirft jedoch auch die Frage der rechtlichen Vereinbarkeit mit dem internationalen Atomhaftungsübereinkommen auf.

Das gilt weniger für das Wiener Übereinkommen als vielmehr für das Pariser Übereinkommen. Art. V WÜ sieht nämlich lediglich eine Begrenzung der Haftung nach unten (Mindesthaftungssumme), nicht aber eine nach oben (Höchsthaftungssumme) vor. Anders ist das in Art. 7 PÜ: dort scheint eine summenmäßige Haftungsbegrenzung zwingend stipuliert zu sein. Zwar kann, sofern für Deckung gesorgt ist, der Höchstbetrag beliebig erhöht werden, aber es wird argumentiert, daß eine gängliche Aufhebung der Begrenzung nicht zulässig sei. Tatsächlich sprechen aber überzeugende Gründe dafür, daß auch das Pariser Übereinkommen in Verbindung mit dem Brüsseler Zusatzübereinkommen eine unbegrenzte Haftung zuläßt. Dies kann hier aus Raumgründen nicht näher ausgeführt werden³⁹. Nachdem die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat des Pariser Übereinkommens im Jahre 1985 die Begrenzung der Haftung des Inhabers aufgehoben hat⁴⁰, ist diese Frage Gegenstand von Diskussionen innerhalb der Vertragsstaaten des Pariser Übereinkommens. Wie immer diese Diskussionen ausgehen mögen, es ist an der Zeit, das Problem der Entschädigungssummen erneut zu überprüfen.

Da indessen Haftung ohne Deckung wenig wert ist, wird im Gesamtzusammenhang dieses Problemkreises zugleich auch die Frage der finanziellen Sicherheit zu erörtern sein. Selbstverständlich sind die Möglichkeiten des internationalen Versicherungsmarktes beschränkt, nicht jede gewünschte Haftpflichtsumme kann versichert werden. Dennoch ist zu fragen, ob eine größere Nachfrage nicht auch ein größeres Angebot bringt. Reichen die

³⁹ Vgl. dazu ausführlich Pelzer, Begrenzte und unbegrenzte Haftung (Fußn. 34); anders: Reyners, Limiting the liability of the nuclear operator, NEA/OECD Newsletter 4 (1986), N° 1, p. 3 et seq.

⁴⁰ Vgl. § 31 Atomgesetz (Fußn. 25).

Las cuestiones básicas a resolver aquí, son de naturaleza político-jurídica, y deberán serlo por los Parlamentos. El tema de una responsabilidad de importe ilimitado en cabeza del explotador de una instalación nuclear, trae consigo, empero, la cuestión de la compatibilidad jurídica con las Convenciones sobre responsabilidad civil nuclear.

Esto es menos válido para la Convención de Viena que para la de París. En efecto: el Art. V CV prevé únicamente una limitación de responsabilidad hacia abajo (tope mínimo de responsabilidad), pero no un límite superior (tope máximo de responsabilidad). Distinto es el Art. 7 CP: allí parece estar establecido en forma obligatoria un tope límite de indemnización. Si bien es cierto que, en tanto exista cobertura, el importe máximo puede ser elevado a voluntad, se sostiene que estaría proscripto un levantamiento total de la limitación. Sin embargo, razones convincentes hablan a favor de que también la Convención de París, coordinada con el Protocolo Adicional de Bruselas, admite una responsabilidad ilimitada. Esto no puede ser desarrollado aquí por razones de espacio³⁹. Después que la República Federal de Alemania, en su condición de Estado-miembro de la Convención de París, levantó en el año 1985 la limitación de la responsabilidad del explotador⁴⁰, esta cuestión es objeto de discusiones entre las partes de la Convención de París. Terminen como sea esas discusiones, ha llegado el tiempo de revisar nuevamente el problema de los montos indemnizatorios.

Como por lo demás, la responsabilidad sin cobertura es de escaso valor, el contexto general de esta problemática hace que simultáneamente deba tratarse la cuestión del aseguramiento finan-

y Suiza hicieran depender de la reciprocidad la concesión de la responsabilidad ilimitada (§ 31 de la ley nuclear alemana, nota [25]; Art. 34 de la ley de responsabilidad civil nuclear suiza, colección de leyes de la Confederación, 1983, pág. 1886).

³⁹ Véase al respecto, in extenso, Pelzer, *Begrenzte und unbegrenzte Haftung (Responsabilidad limitada e ilimitada [nota 34])*; en sentido distinto: Reyners, *Limiting the liability of the nuclear operator*, NEA/OECD, Newsletter 4 (1986), N° 1, págs. 3 y sigtes.

⁴⁰ Véase § 31 de la ley nuclear (nota 25).

Kapazitäten der Versicherungswirtschaft gleichwohl nicht aus, so ist an staatliche Versicherungen — gegebenenfalls gegen Prämie⁴¹ — zu denken.

3.2.2. Kausalitätsprobleme.

Es ist seit langem bekannt, daß die Besonderheiten von Strahlen und Strahlenwirkungen beim Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen nuklearem Ereignis und Schaden Probleme aufwerfen können. Ob ein Lungenkrebs von einer radioaktiven Bestrahlung oder von anderen Ursachen herrührt, läßt sich oftmals nicht feststellen. Eine generelle rechtliche Lösung dieses Problems wurde bisher nicht gefunden⁴². Es soll auch nicht versucht werden, diesen Fragen hier erneut nachzugehen.

Der Unfall von Tschernobyl hat jedoch eine neue Erfahrung mit den Schwierigkeiten des Kausalzusammenhangs bei Strahlenschäden gebracht. Unmittelbar nach dem Unfall wurden in Europa von den Regierungen zahlreiche Maßnahmen ergriffen, die verhindern sollten, daß durch den radioaktiven fall-out Gesundheitsschäden bei der Bevölkerung verursacht würden. Es wurden z.B. folgende Präventivmaßnahmen ergriffen: Vieh durfte nicht auf die Weiden gelassen werden, damit es nicht radioaktiv verseuchtes Gras frißt; bestimmte Blattgemüse mußten vernichtet werden; Einfuhren aus östlichen Staaten wurden gestoppt; Milch mußte überwacht und teilweise zu Käse verarbeitet werden, um das radioaktive Jod abklingen zu lassen.

⁴¹ Dies sieht z. B. das Kernenergiehaftpflichtgesetz der Schweiz (Fußn. 38) vor (Art. 12). Die gleiche Lösung planen die Niederlande (Nachweis, vgl. Fußn. 26).

⁴² Vgl. z. B. Pelzer, *Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire*, Droit nucléaire européen, Paris, 1968, p. 41 et seq.; Hébert, *Observations sur l'établissement du lien de causalité entre "le fait ou la succession de faits de même origine" et les "dommages" nécessaires à la mise en oeuvre de la Convention sur la Responsabilité civile dans le Domaine de L'Energie nucléaire*, OE CD Nuclear Third Party Liability and Insurance (Munich Symposium, 1984), Paris, 1985, p. 241 et seq.

ciero. Por supuesto que las posibilidades del mercado asegurador internacional son limitadas: no cualquier monto deseado de responsabilidad puede ser asegurado. Sin embargo, es del caso preguntarse si una mayor demanda no traerá consigo una mayor oferta. Si igualmente no alcanzaren las capacidades de la economía aseguradora, habrá que pensar en seguros estatales —eventualmente contra el pago de una prima—⁴¹.

3.2.2. *Problemas de causalidad.*

Es sabido desde hace tiempo que las peculiaridades de las radiaciones y de sus consecuencias, pueden suscitar problemas de prueba de la relación causal entre el accidente nuclear y el daño. Muchas veces es imposible determinar si un cáncer de pulmón proviene de una radiación radioactiva o de otras causas. Hasta ahora no se ha encontrado una solución jurídica general para este problema⁴². Tampoco se ha de reintentar aquí la búsqueda.

El accidente de Chernobyl, empero, produjo una nueva experiencia sobre las dificultades en torno de la relación causal en casos de daños por radiaciones. Inmediatamente después del accidente, los gobiernos europeos adoptaron diversas disposiciones destinadas a impedir que el *fall-out* radioactivo produjera daños en la salud de la población. Se adoptaron, por ejemplo, las siguientes medidas preventivas: se prohibió que el ganado fuera llevado a las praderas para que no se alimentara con pastos contaminados; se obligó a destruir ciertas verduras; se bloquearon las importaciones de los países de Europa del este; se dispuso el control so-

⁴¹ Esto es lo que prevé, por ejemplo, la ley de responsabilidad civil nuclear suiza (nota [38]). (Art. 12). La misma solución se planteada en los Países Bajos (véase referencia en nota (26)).

⁴² Véase, por ejemplo: Pelzer, *Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire*, Droit nucléaire européen, París, 1968, págs. 41 y sigtes.; Hébert, *Observations sur l'établissement du lien de causalité entre "le fait ou la succession de faits de même origine" et les "dommages" nécessaire à la mise en oeuvre de la Convention sur la Responsabilité civile dans le Domaine de l'Energie nucléaire*, (OECD Nuclear Third Party Liability and Insurance, Munich Symposium, 1984), París, 1985, págs. 241 y sigtes.

ciero. Por supuesto que las posibilidades del mercado asegurador internacional son limitadas: no cualquier monto deseado de responsabilidad puede ser asegurado. Sin embargo, es del caso preguntarse si una mayor demanda no traerá consigo una mayor oferta. Si igualmente no alcanzaren las capacidades de la economía aseguradora, habrá que pensar en seguros estatales —eventualmente contra el pago de una prima—⁴¹.

3.2.2. *Problemas de causalidad.*

Es sabido desde hace tiempo que las peculiaridades de las radiaciones y de sus consecuencias, pueden suscitar problemas de prueba de la relación causal entre el accidente nuclear y el daño. Muchas veces es imposible determinar si un cáncer de pulmón proviene de una radiación radioactiva o de otras causas. Hasta ahora no se ha encontrado una solución jurídica general para este problema⁴². Tampoco se ha de reintentar aquí la búsqueda.

El accidente de Chernobyl, empero, produjo una nueva experiencia sobre las dificultades en torno de la relación causal en casos de daños por radiaciones. Inmediatamente después del accidente, los gobiernos europeos adoptaron diversas disposiciones destinadas a impedir que el *fall-out* radioactivo produjera daños en la salud de la población. Se adoptaron, por ejemplo, las siguientes medidas preventivas: se prohibió que el ganado fuera llevado a las praderas para que no se alimentara con pastos contaminados; se obligó a destruir ciertas verduras; se bloquearon las importaciones de los países de Europa del este; se dispuso el control so-

⁴¹ Esto es lo que prevé, por ejemplo, la ley de responsabilidad civil nuclear suiza (nota [38]). (Art. 12). La misma solución se planteada en los Países Bajos (véase referencia en nota (26)).

⁴² Véase, por ejemplo: Pelzer, *Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire*, Droit nucléaire européen, París, 1968, págs. 41 y sigtes.; Hébert, *Observations sur l'établissement du lien de causalité entre "le fait ou la succession de faits de même origine" et les "dommages" nécessaire à la mise en oeuvre de la Convention sur la Responsabilité civile dans le Domaine de l'Energie nucléaire*, (OECD Nuclear Third Party Liability and Insurance, Munich Symposium, 1984), París, 1985, págs. 241 y sigtes.

Selbstverständlich sind durch diese Maßnahmen erhebliche wirtschaftliche Schäden entstanden. Es fragt sich, ob der haftpflichtige Inhaber der Kernanlage auch dafür Ersatz zu leisten hat. Die Sowjetunion hat dies bestritten und behauptet, für solche Schäden sei nicht der Reaktorunfall in Tschernobyl ursächlich, sondern die Schäden seien durch die überflüssigen Präventivmaßnahmen der westlichen Regierungen verursacht worden.

Es handelt sich bei den Präventivmaßnahmen um Maßnahmen zur Minderung des Schadens: Um größere Schäden zu verhindern (= Gesundheitsschäden), werden kleinere Schäden (= Vermögensschäden) in Kauf genommen. Derartige Schadensminderungsmaßnahmen unterbrechen grundsätzlich den Kausalzusammenhang zum schädigenden Ereignis nicht. Anders ist das jedoch, wenn es sich bei vernünftiger Beurteilung der Notwendigkeit und Angemessenheit der Maßnahmen ex post um objektiv überflüssige oder objektiv ungeeignete Maßnahmen zur Vorsorge handelt. Solche Maßnahmen unterbrechen den Ursachenzusammenhang zum nuklearen Ereignis und beginnen eine neue selbständige Ursachenkette. Schäden, die durch derartige Maßnahmen entstehen, können dem Inhaber der Kernanlage nicht zugerechnet werden⁴³.

Diese Ausgangsüberlegung dürfte grundsätzlich unproblematisch sein. Schwierig wird es jedoch, wenn Unklarheit darüber besteht, welche Maßnahmen nun objektiv geboten sind und welche nicht. Insbesondere gilt das für die Festlegung von Dosisgrenzwerten der Strahlenbelastung von Lebensmitteln, Futtermitteln und Gebrauchsgegenständen. Wenn derartige "intervention levels" von Staat zu Staat differieren, dann beeinträchtigt das auch die harmonisierte Anwendung des Atomhaftungsrechts, weil der jeweils zuständige Richter die Angemessenheit von Präventivmaßnahmen jeweils an den Dosiswerten seines eigenen Staates messen wird.

Die nationale Festlegung von "intervention levels" für Handelsrestriktionen und Restriktionen im Gebrauch und Verbrauch

⁴³ Vgl. Pelzer, *Current problems of nuclear liability law in the post-Chernobyl period*, Nuclear Law Bulletin N° 39 (June 1987), p. 66 et seq. (68 et seq.).

De la leche y, en parte, se obligó a transformarla en queso para hacer descender el yodo radioactivo.

Por supuesto que, como consecuencia de estas medidas, se produjeron considerables daños económicos. La cuestión a resolver es si el explotador responsable de la planta nuclear también debe indemnizar por esta clase de daños. La Unión Soviética ha controvertido el punto, sosteniendo que la causa de esos daños no ha sido el accidente en el reactor de Chernobyl, sino que fueron provocados por el exceso en las medidas preventivas adoptadas por los gobiernos occidentales.

Las medidas preventivas, sin embargo, fueron medidas para disminuir los daños: para evitar daños mayores (=daños en la salud) se asumieron daños menores (= daños patrimoniales). Semejantes medidas para la disminución de los daños no interrumpen, como principio, la relación de causalidad con el evento dañoso. Sin embargo, la cuestión sería distinta si al evaluar criteriosamente la necesidad y proporcionalidad de las medidas, se juzgara *ex post* que se trató de provisiones objetivamente superfluas o inadecuadas. Medidas de esta naturaleza interrumpen la relación de causalidad con el accidente nuclear y dan comienzo a una cadena causal nueva e independiente. Los daños causados por tales medidas no le pueden ser atribuidos al explotador de la instalación nuclear⁴³.

Este punto de partida no sería, como principio, problemático. Empero el tema se vuelve complejo cuando no hay claridad sobre cuáles son las medidas objetivamente conducentes y cuáles no. En especial esto último es válido cuando se trata de la determinación de los límites de la dosis de carga radioactiva de alimentos, forrajes y artículos de uso corriente. Si estos *intervention levels* varían de Estado a Estado, queda menoscabada la aplicación armónica del derecho de la responsabilidad civil nuclear, porque cada juez competente medirá la pertinencia de las medidas preventivas según los valores tope fijados para esa dosis en su propio país.

⁴³ Ver Pelzer, *Current problems of nuclear liability law in the post-Chernobyl period*, Nuclear Law Bulletin Nº 39 (Junio 1987), págs. 66 y sigtes. (68 y sigtes.).

von Lebensmitteln und sonstigen Gegenständen des Gebrauchs hat deshalb neben den strahlenschutzrechtlichen Aspekten stets auch haftungsrechtliche Implikationen. Wenn eine weitgehende Harmonisierung des Atomhaftungsrechts erreicht werden soll, dann müssen auch die "intervention levels" international vereinheitlicht werden. Die Rechtsunsicherheit in diesem Punkt, die nach Tschernobyl in der Bundesrepublik Deutschland und im übrigen Europa entstanden ist, ist ein Lehrstück für die Notwendigkeit der internationalen Harmonisierung. Internationale Zusammenarbeit ist hier erforderlich, und sie hat im Rahmen der IAEA, der WHO, der ILO, der OECD und der Europäischen Gemeinschaften auch bereits begonnen⁴⁴.

3.2.3. *Der Schadensbegriff.*

Nach dem Pariser und dem Wiener Übereinkommen wird Ersatz geleistet für Schäden an Leben und Gesundheit von Menschen und für "damage to, or loss of, property/daño a bienes" (bzw. "daños y perjuicios materiales"). Die Übereinkommen enthalten keine Bestimmung dessen, was unter "damage to, or loss of, property" zu verstehen ist. Deshalb ist insoweit auf die Rechtsordnungen der Vertragsstaaten zurückzugreifen (vgl. Art. 11 PÜ; Art. VIII WÜ).

Legt man beispielsweise den Begriff "property" nach der Bedeutung des Begriffs im anglo-amerikanischen Rechtskreis zugrunde, dann zeigt sich sehr bald, daß "property" nahezu jedes Vermögensinteresse sein kann; der Begriff ist also sehr weitreichend. Ähnliche Ergebnisse wird man für den französischen Begriff "biens" und wohl auch für die entsprechenden Begriffe der anderen Vertragssprachen finden⁴⁵.

Es erscheint zweifelhaft, ob die Haftungsübereinkommen tatsächlich einen derartig weiten Schadensbegriff abdecken wollen, zumal die vorhandenen Deckungsmittel ja begrenzt sind.

⁴⁴ Vgl. IAEA Newsbriefs vol. 2, n° 3 (5 March 1987), p. 3; Radiation protection: Towards a unified approach.

⁴⁵ Vg. den Überblick bei Pelzer, in: Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, 2. Aufl., Band 1, Baden-Baden 1978, Note 8 zu Art. 3 PÜ.

La fijación nacional de *intervention levels* para restricciones comerciales y para restricciones en el uso y consumo de alimentos y demás bienes tiene, en consecuencia, implicancias no sólo en el campo de la protección contra las radiaciones, sino también en el derecho de la responsabilidad civil. Si se pretende alcanzar una amplia armonización de la responsabilidad civil nuclear, también deberán unificarse internacionalmente los *intervention levels*. La inseguridad jurídica que en este punto se produjo luego de Chernobyl en la República Federal de Alemania y en el resto de Europa, pone en evidencia la necesidad de la armonización internacional. Es necesaria la colaboración internacional, y la misma ya ha comenzado en el marco de la IAEA, de la WHO, de la ILO, de la OECD y de las Comunidades Europeas ⁴⁴.

3.2.3. El concepto de daño.

Conforme a las convenciones de París y de Viena se prestará indemnización por daños a la vida y a la salud de personas y por *damage to, or loss of, property* (daño a bienes, o daños y perjuicios materiales). Las convenciones no contienen precisiones sobre lo que habrá de entenderse por *damage to, or loss of, property*. Por tanto, será necesario referirse a los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes (véase Art. 11 CP; Art. VIII CV).

Si, por ejemplo, se toma el concepto *property* conforme a su significado en el ámbito del derecho anglo-americano, se encontrará que *property* puede comprender casi cualquier interés patrimonial; el concepto es, por lo tanto, muy amplio. Resultados parecidos se obtendrán respecto del término francés *biens* y posiblemente también para los conceptos correspondientes en los demás idiomas de las Convenciones ⁴⁵.

⁴⁴ Véase IAEA Newsbrief, vol. 2, N° 3 (5 de marzo de 1987), pág. 3: *Radiation protection: Towards a unified approach*.

⁴⁵ Véase el panorama en Pelzer, en: *Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht* (Ley atómica y derecho de la protección contra radiaciones en Alemania), 2a. edición, tomo 1, Baden-Baden, 1978, nota 8 al Art. 3 CV).

Die Nichtvermeidbarkeit durch Hilfspersonen des Projekts "Vermögensverlust" wird von Leber bei Haftungsverträgen als Teilantwort nach Art. 11 Nr. 1, das System der nach dem Unfall z. B. in der Bundesrepublik Deutschland geltenden gesetzlichen Schadensersatzansprüche ist umfassender, als alle Umstände, die vor dem Unfall zu dieser Frage festgestellt wurden, ergeben⁴⁶. Es wurden bereits oben unter Abschnitt 3.2.2. einige Grundfälle genannt: Vernichtung von Blutgemischen; höhere Futterkosten für Vieh; Verluste durch Einfuhr- und Handelsrestriktionen; Umstellung bei der Produktion von Milchprodukten. Hinzu kommen wirtschaftliche Folgeschäden mannigfacher Art: Umsatzrückgang durch Änderung des Käuferverhaltens (z.B. wurden Obst, Pilze, Kräuter nicht gekauft, auch wenn sie aus ganz anderen Teilen der Welt kamen); Reise- und Transportunternehmen, die auf Osteuropa spezialisiert sind, verloren Kundschaft; Saisonarbeiter in der Landwirtschaft verloren ihren Arbeitsplatz; Wildfleisch konnte nicht verkauft werden; Zeltlager von Jugendgruppen wurden abge sagt; Sand von Spielplätzen wurde ausgetauscht; Klimagebäude, deren Filter kontaminiert waren, wurden erneuert; Angestellte weigerten sich, aus Skandinavien eingeführtes Moos zu berühren und zu verarbeiten; Präparatoren von Wild hatten Umsatzeinbußen; besorgte Eltern kauften teure Strahlenmeßgeräte oder reisten in außereuropäische Gebiete usw.⁴⁷.

⁴⁶ Es bedarf hier einer Erläuterung des deutschen Rechts. Gemäß § 38 Atomgesetz (Fußn. 25) hat ein durch einen ausländischen Reaktorunfall innerhalb der Bundesrepublik Deutschland Geschädigter dann einen Ersatzanspruch gegen den deutschen Staat, wenn nach dem eigentlich anwendbaren ausländischen Recht kein Ersatz oder weniger Ersatz als bei Anwendung deutschen Rechts zu erlangen ist. Im Falle Tschernobyl fand diese Vorschrift Anwendung, weil die Rechtsverfolgung in der Sowjetunion aussichtslos erschien. Die zuständige deutsche Behörde hat bei Anwendung des § 38 Atomgesetz zu prüfen, ob ein Ersatzanspruch nach deutschem Atomhaftungsrecht (= Pariser Übereinkommen und ergänzende Vorschriften im Atomgesetz) gegeben wäre, sofern dieses Anwendung fände. Die Erfahrungen bei Anwendung des § 38 sind daher zugleich auch Erfahrungen mit der Anwendung des Pariser Übereinkommens. Es war also zu entscheiden, ob es sich im Einzelfall um "damage to, or loss of, property" im Sinne von Art. 3 PÜ handelt.

⁴⁷ Vgl. auch die Beispiele bei Pelzer, Current problems (Fußn. 43), p. 69-71.

Empero, teniendo en cuenta que los recursos para la cobertura son limitados, parece dudoso que las convenciones sobre responsabilidad realmente hayan querido cubrir un espectro de daños de tal amplitud. La necesidad de una delimitación del concepto "bienes patrimoniales" se hace aún más urgente a la luz de la experiencia de Chernobyl. El espectro de las pretensiones resarcitorias hechas valer luego del accidente, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, abarca mucho más que lo que resultaba de todas las reflexiones existentes con anterioridad sobre esta cuestión⁴⁶. Ya se han mencionado más arriba, en el parágrafo 3.2.2., algunos casos básicos: destrucción de verduras; costos más elevados para el alimento del ganado; pérdidas por restricciones en la importación y en el comercio; alteraciones en la fabricación de productos lácteos. A esto se agregan consecuencias económicas dañosas de múltiples tipos: disminución de las ventas por modificación de los hábitos de consumo y compra (vgr. se dejaron de comprar frutas, hongos, hortalizas, incluso si provenían de partes del mundo totalmente alejadas); perdieron clientela las empresas de transporte y turismo especializadas en Europa oriental; perdieron su empleo los trabajadores temporarios del agro; no pudieron venderse carnes de caza; se cancelaron campamentos juveniles; debió cambiarse la arena de los juegos para chicos; se renovaron los acondicionadores de aire cuyos filtros estaban conta-

⁴⁶ Es preciso aquí hacer una referencia al derecho alemán. Conforme al § 38 de la ley atómica (nota 25), una persona perjudicada por un accidente en un reactor extranjero tiene derecho a reclamar indemnización del Estado alemán si, aplicando el derecho extranjero originariamente aplicable, se vería privado de indemnización, o la obtendría menor a la que le correspondería según el derecho alemán. Esta disposición tuvo aplicación en el caso Chernobyl porque la prosecución de una causa en la Unión Soviética aparecía como sin chances. La autoridad alemana competente debe comprobar, al aplicar el § 38 de la ley atómica, si, conforme al derecho alemán de responsabilidad civil nuclear (= Convención de París y disposiciones complementarias de la ley atómica), en tanto aplicable, cabría un reclamo resarcitorio. Por lo tanto, las experiencias en la aplicación del § 38 son, a la vez, experiencias en la aplicación de la Convención de París. Debió decidirse, por tanto, si en el caso concreto se trataba de "damage to, or loss of, property" en el sentido del Art. 3 CP.

Selbstverständlich wurden in der Bundesrepublik Deutschland keineswegs alle diese Ansprüche befriedigt; zahlreiche Prozesse sind deswegen anhängig. Es ist offen, wie die Richter entscheiden werden, und es ist ebenso offen, wie über derartige Fälle in anderen Staaten entschieden würde. Diese Lage zwingt geradezu zu einer internationalen Beschränkung des Begriffs "Schaden an Vermögenswerten", wenn man nicht Gefahr laufen will, nicht nur in einem wichtigen Teilbereich die Haftungsharmonisierung zu gefährden, sondern auch die begrenzten Schadensersatzmittel für weitreichende Vermögensschäden zu verbrauchen, so daß andere Ansprüche unbefriedigt bleiben. Es ist deshalb zu begrüßen, daß die "Group of Governmental Experts on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy" der OECD/NEA diese Problematik in ihr Arbeitsprogramm aufgenommen hat. Man kann vermuten, daß sich auch das "IAEA" Standing Committee on Third Party Liability for Nuclear Damage" dieser Fragen demnächst annehmen wird.

Der Begriff "damage to property" wirft einen weiteren Fragenkomplex auf. Er betrifft die allgemeinen Umweltschäden durch die Einwirkung radioaktiver Emissionen. Decken die internationalen Atomhaftungsübereinkommen auch allgemeine Umweltschäden durch Radioaktivität ab, also z.B. die Kontamination von Luft, Wasser und Boden, die zur Verschlechterung ihrer Qualität führen? Ist das auch "damage to property"?

Die Frage ist nach meiner Auffassung eindeutig zu verneinen. Die Haftungsübereinkommen sind — obwohl völkerrechtlichen Ursprungs — Teil der Privatrechtsordnung. Sie schützen also lediglich individuell zugeordnete Rechtspositionen; Ersatzansprüche werden wegen individuell zurechenbarer Schäden gewährt. Wird also etwa Weideland kontaminiert, so hat der Eigentümer oder der Nutzungsberechtigte einen Ersatzanspruch nach dem Übereinkommen. Das gilt jedoch nicht für Schäden an Dingen, die niemandem individuell gehören, also für Schäden an einer "res communis omnium". Diese sind nicht als "damage to property" einzuordnen. Saubere Luft, sauberes Wasser, sauberer Boden, gesunde Wälder und Pflanzen können generell nicht mit

minados; los trabajadores se negaron a tocar y trabajar musgo importado de Escandinavia; padres preocupados compraron costosos aparatos de medición de radiaciones o viajaron a lugares fuera de Europa ⁴⁷.

Por supuesto que no todas las pretensiones de este tipo planteadas en la República Federal de Alemania fueron satisfechas; por ello están pendientes numerosos procesos. Está por verse cómo habrán de resolver los jueces, y está también por verse cómo se resolverán casos semejantes en otros países. Esta situación obliga a una limitación internacional del concepto “daños en bienes patrimoniales” si se quiere evitar el riesgo de poner en peligro no sólo una parte importante de la armonización del régimen de responsabilidad, sino también la suficiencia de los limitados medios disponibles: si éstos son afectados a indemnizar daños patrimoniales en una acepción muy amplia, ello determinará que otros reclamos queden insatisfechos. Es de saludar, por lo tanto, que el *Group of Governmental Experts on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* de la OECD/NEA haya incorporado esta problemática en su programa de trabajo. Puede presumirse que también el *IAEA Standing Committee on Third Party Liability for Nuclear Damage* se ocupará en el futuro próximo de este tema.

El concepto *damage to property* trae aparejado otro orden de cuestiones. Se refiere a los daños genéricos en el medio ambiente producidos por emisiones radioactivas. ¿Cubren las convenciones internacionales sobre responsabilidad civil nuclear los daños ecológicos generales producidos por la radioactividad, por ejemplo la contaminación del aire, del agua y del suelo, que contribuyen a la disminución de su calidad? ¿Es esto también *damage to property*? En mi opinión, la respuesta debe indudablemente ser negativa. Las convenciones sobre responsabilidad civil —si bien con origen en el Derecho Internacional Público— son parte del ordenamiento del derecho privado. Por tanto, protegen solamente derechos subjetivos individuales; las pretensiones indemnizatorias son reconocidas por daños individualmente sufridos. Si,

⁴⁷ Compárense también los ejemplos en Pelzer, *Current problems* (nota 43), págs. 69-71.

Mitteln des Zivilrechts individuell angeklagt werden. Hierzu bedarf es anderer rechtlicher Instrumente.

4. *Völkerrechtliche Staatshaftung.*

4.1. *Allgemeines völkerrechtliches Deliktsrecht.*

Nach dem Reaktorunfall in Tschernobyl erhob sich die Frage nach der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Sowjetunion für diesen Unfall. Sollte diese bejaht werden, so wäre die Sowjetunion — unabhängig von etwaigen zivilrechtlichen Ersatzansprüchen — nach Völkerrecht zur Wiedergutmachung verpflichtet. Völkerrechtliche Ersatzansprüche können nicht von Einzelpersonen, sondern lediglich von Völkerrechtssubjekten geltend gemacht werden. Soweit ersichtlich hat — außer einer britischen Rechtsprechung vom Juli 1986 — bisher kein Staat Ansprüche auf Grund Völkerrechts gegen die Sowjetunion erhoben. Allerdings ist diese Frage innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften noch nicht abschließend entschieden. Unbeschadet der Frage, ob völkerrechtliche Ansprüche gegen die Sowjetunion geltend gemacht werden oder geltend gemacht werden können, kann der Tschernobyl-Fall dazu dienen, etwaige Rechtsgrundlagen im Völkergewohnheitsrecht für Ersatzansprüche in möglichen vergleichbaren Fällen aufzuzeigen.

Als Grundlage für eine Anspruchserhebung könnten insbesondere zwei Sätze des Völkergewohnheitsrechts herangezogen werden.

Der eine Satz, der erstmals im amerikanisch-kanadischen Trail-Smelter-Fall entwickelt wurde und heute anerkanntes Völkergewohnheitsrecht ist⁴⁸, besagt, daß kein Staat befugt ist, auf seinem Staatsgebiet Tätigkeiten zu betreiben, zuzulassen oder zu

⁴⁸ Reports of International Arbitral Award vol. 3 (1949), p. 1905 et seq. (1965). Ebenso auch z.B. Prinzip 21 der Umweltdeklaration der Vereinten Nationen von 1972 (UN Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1) sowie, statt vieler, mit weiteren Nachweisen: Klopfer und Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981; einschränkend: Silagi, Völkerrechtliche Verpflichtungen des Genehmigungsstaates bei Stör— und Unfällen, Pelzer (Hrsg.), Friedliche Kernenergienutzung (Fußn. 33), S. 150 et seq.

entonces, se contaminan pastizales, de acuerdo a las convenciones, el derecho a indemnización está en cabeza del propietario o del titular del uso.

Pero este derecho no rige para daños en cosas que no pertenecen a nadie en forma individual, es decir, para daños en una *res communis omnium*. Éstos no son clasificables como *damage to property*. Aire, aguas y suelo limpios, bosques y plantas sanas, no pueden ser objeto de reclamos individuales con los medios del derecho civil. Para esto se requieren otros instrumentos.

4. *Responsabilidad estatal del Derecho Internacional Público.*

4.1. *Derecho delictual general en el Derecho Internacional Público.*

Luego del accidente en el reactor de Chernobyl se planteó la cuestión de la responsabilidad de la Unión Soviética en el ámbito del Derecho Internacional Público. Si la respuesta al planteo fuera afirmativa, la Unión Soviética —al margen de los eventuales reclamos indemnizatorios de derecho civil— estaría obligada a reparaciones conforme al Derecho Internacional Público. Los reclamos resarcitorios de Derecho Internacional Público no pueden ser hechos valer por personas individuales, sino solamente por sujetos del Derecho Internacional Público y contra sujetos del Derecho Internacional Público. Por lo que se conoce, salvo una reserva de derechos británica de julio de 1986, hasta el presente ningún Estado planteó reclamos contra la Unión Soviética sobre la base del Derecho Internacional Público. Por cierto que este tema no ha sido decidido aún en forma definitiva en el seno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Más allá de la cuestión de si finalmente se harán valer pretensiones de Derecho Internacional Público contra la Unión Soviética, o si las mismas son susceptibles de hacerse valer, el caso Chernobyl puede servir para delinear eventuales principios jurídicos básicos en el derecho consuetudinario internacional, aplicables a reclamos de reparaciones en posibles casos similares. Como fundamentos para el planteo de una pretensión de reparación podrían invocarse especialmente dos enunciados del derecho consuetudinario internacional.

dulden, die sich in erheblicher Weise schädigend auf die Territorien anderer Staaten auswirken. Es würde zu prüfen sein, ob der Betrieb und der Unfall des Reaktorblocks 4 in Tschernobyl derartige Tätigkeiten sind und ob der Unfall ursächlich für erhebliche Schädigungen anderer Staatsgebiete geworden ist.

Die zweite hier möglicherweise einschlägige völkerrechtliche Verhaltenspflicht wäre die Pflicht zur sofortigen Information und Warnung über eine Notfallsituation im eigenen Hoheitsgebiet, die sich schädigend auch auf andere Staaten auswirken könnte⁴⁹. Bekanntlich hat die Sowjetunion den Unfall zunächst verschwiegen und erst nach Tagen und nach und nach über seinen Ablauf informiert. Dies erschwerte angemessene Reaktionen der betroffenen Staaten. Ist dieses Verhalten der Sowjetunion eine zur Wiedergutmachung verpflichtende Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht?

Diese Fragen sollen hier aus Raumgründen nicht näher untersucht werden; sie sind auch bereits anderweitig Gegenstand von Abhandlungen gewesen⁵⁰. Im übrigen wäre auch die Durchsetzung etwaiger Ansprüche schwierig, weil sich die Sowjetunion der Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs (IGH) nicht unterworfen hat.

⁴⁹ Vgl. z.B. Art. 7 der Montreal Rules of the International Law Association (ILA-Report of the 60th Conference held at Montreal, 1982, p. 171); Rauschnig, Interim Report of the Committee "Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution", ILA Seoul Conference 1986, paragraphs 50, 51.

⁵⁰ Vgl. Harndt, Völkerrechtliche Aspekte des Reaktorunglücks in Tschernobyl, Berliner Anwaltsblatt 1986, S. 141 et seq.; Rest, Tschernobyl und die internationale Haftung, Versicherungsrecht, 1986, S. 609 et seq.; German Branch of the International Nuclear Law Association, Tschernobyl und die Rechtsfolgen, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1986, S. 515 et seq.; Strohl, Tschernobyl et le problème des obligations internationales relatives aux accidents nucléaires, Politique étrangère 1986, p. 1035 et seq.; Gaja, *Incidente a Chernobyl ed obbligo di informazione*, Rivista di Diritto internazionale, vol. LXIX (1986), p. 828 et seq.; Silagi (Fußn. 48).

El primero de esos enunciados, que fue desarrollado por primera vez en el caso americano-canadiense *Trail-Smelter*, y que hoy es derecho consuetudinario reconocido⁴⁸ dice que ningún Estado está autorizado a desarrollar, admitir o tolerar actividades en su territorio, que en modo considerable repercutan dañosamente en territorios de otros Estados. Sería del caso analizar si el funcionamiento y el accidente del reactor 4 de Chernobyl configuran actividades de tal naturaleza, y si el accidente se constituyó en causa de daños considerables en otros territorios.

Posiblemente, el segundo deber de conducta procedente conforme al Derecho Internacional Público, sea el deber de inmediata información y alerta sobre la situación de emergencia en el territorio propio, que pueda entrañar también el peligro de efectos dañosos en otros países⁴⁹. Como es sabido, la Unión Soviética guardó al principio silencio y sólo después de algunos días, y gradualmente, informó sobre el desarrollo. Esto dificultó las reacciones adecuadas de los países afectados. ¿Debe considerarse que esta conducta de la Unión Soviética importó la violación de un deber de Derecho Internacional Público generando la obligación de reparar?

Por razones de espacio estas cuestiones no serán analizadas aquí en mayor detalle; han sido, por lo demás, objeto de trata-

⁴⁸ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 3 (1949), págs. 1905 y sigtes. (1965). Del mismo modo también Principio 21 de la Declaración sobre Medio Ambiente de las Naciones Unidas de 1972 (UN Doc. A/CONF. 48/14 Rev. 1), así como, por todos, con mayores referencias: Klopfer y Kohler, *Kernkraftwerk und Staatsgrenze* (Usina nuclear y límite territorial), Berlín 1981; en forma limitativa: Silagi, *Völkerrechtliche Verpflichtungen des Genehmigungsstaates bei Stör— und Unfällen* (Obligaciones de Derecho Internacional Público del estado concedente en casos de molestias y accidentes), Pelzer, (editor), *Friedliche Kernenergienutzung* (Uso pacífico de la energía nuclear) (nota 33), págs. 150 y siguientes.

⁴⁹ Véase, por ejemplo: el Art. 7 de las Montreal Rules of the International Law Association (ILA-Report of the 60th Conference held at Montreal 1982, pág. 171); Rauschnig, *Interim Report of the Committee*, "Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution". ILA Seoul Conference 1986, párrafos 50, 51.

4.2. *Übereinkommen über die völkerrechtliche Staatshaftung?*

Im Rahmen der IAEA wird seit Herbst vergangenen Jahres die Frage erörtert, ob es sinnvoll ist, ein internationales Übereinkommen über die völkerrechtliche Staatshaftung abzuschließen. Bejürwoter eines solchen Übereinkommens ist insbesondere die Sowjetunion aber auch einige westliche Staaten scheinen ein derartiges Vertragswerk zu befürworten (z.B. Kanada). Es ist damit eine Frage zur internationalen Diskussion gestellt, die Enrique Zaldívar bereits 1960 aufgeworfen und 1973 erneut in Erinnerung gerufen hat⁵¹.

Angesichts der eher ungewissen Rechtslage nach Völkergewohnheitsrecht ist der Abschluß eines Übereinkommens über die völkerrechtliche Staatshaftung für nukleare Schäden grundsätzlich zu begrüßen. Da sowohl das Pariser als auch das Wiener Übereinkommen eine etwaige völkerrechtliche Staatshaftung für nukleare Schäden grundsätzlich unberührt lassen⁵², bilden diese Übereinkommen auch keinen Hinderungsgrund für ihre Mitgliedstaaten, an einem Übereinkommen über die völkerrechtliche Haftung mitzuwirken.

Indessen bedarf es einiger Einschränkungen. Ein Abkommen über die völkerrechtliche Haftung für nukleare Schäden kann niemals ein Ersatz für ein Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung sein. Das Wiener und das Pariser Übereinkommen sind unverzichtbar. Für den Geschädigten ist es stets am günstigsten, wenn er unmittelbar den Schädiger verklagen kann⁵³. Vorrang

⁵¹ Zaldívar, *Cuestiones legales originadas por el uso de la energía nuclear*, Buenos Aires, etc., 1960, p. 82 et seq.: *La responsabilidad internacional de los Estados*; Zaldívar, *International responsibility of States for the peaceful use of nuclear energy*, Nuclear Inter Jura '73, Karlsruhe 1973, S. 139 et seq.

⁵² Anhang II PÜ; Art. XVIII WÜ.

⁵³ Dies schließt nicht aus, daß der eigene Staat als Vertreter des Geschädigten vor fremdem Gerichten auftritt. Man muß nämlich befürchten, daß die Sowjetunion auch deshalb die völkerrechtliche Haftung bevorzugt, weil sie weder wünscht, daß ihre Bürger selbständig im Ausland zu klagen berechtigt sind, noch, daß Ausländer direkt vor sowjetischen Gerichten klagen können.

miento en otros lugares ⁵⁰. Por otra parte, la imposición de eventuales reclamos sería difícil, porque la Unión Soviética no se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

4.2. *¿Convención sobre responsabilidad de los Estados en Derecho Internacional Público?*

En el marco de IAEA se analiza desde el otoño del año pasado si tiene sentido celebrar un tratado internacional sobre la responsabilidad del Estado. Patrocinante de esta idea es, en especial, la Unión Soviética; pero también algunos estados occidentales parecen favorecer un acuerdo de este tipo (vgr. Canadá). Con esto se pone en el tapete de la discusión internacional una cuestión que Enrique Zaldívar ya planteó en 1960, y que renovó en 1973 ⁵¹.

Habida cuenta de la situación jurídica más bien incierta conforme al derecho de gentes consuetudinario, es básicamente plausible la celebración de una Convención sobre la responsabilidad de derecho internacional público de los Estados por daños nucleares. Dado que tanto la Convención de París como la de Viena dejan intacta una eventual responsabilidad de los estados por da-

⁵⁰ Ver Harndt, *Völkerrechtliche Aspekte des Reaktorunglücks in Tschernobyl* (Aspectos de Derecho Internacional Público del accidente del reactor de Chernobyl), *Berliner Anwaltsblatt* 1986, págs. 151 y sigtes.; Rest, *Tschernobyl und die internationale Haftung* (Chernobyl y la responsabilidad internacional), *Versicherungsrecht* (Derecho del seguro), 1986, pág. 609 y sigtes.; German Branch of the International Nuclear Law Association, *Tschernobyl und die Rechtsfolgen* (Chernobyl y sus consecuencias jurídicas), *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* (Cuestiones actuales de economía energética), 1986, págs. 515 y sigtes.; Strohl, *Tschernobyl et le problème des obligations internationales relatives aux accidents nucléaires*, *Politique étrangère* 1986, pág. 1035 y sigtes.; Gaja, *Incidente a Chernobyl ed obbligo di informazione*, *Rivista di Diritto internazionale* vol. LXIX ([1986], págs. 828 y sigtes.; Silagi nota 48).

⁵¹ Zaldívar, *Cuestiones legales originadas por el uso de la energía nuclear*, Buenos Aires, etc., 1960, págs. 82 y sigtes.; *La responsabilidad internacional de los Estados*; Zaldívar, *International responsibility of States for the peaceful use of nuclear energy*, *Nuclear Inter Jura '73*, Karlsruhe 1973, págs. 139 y sigtes.

bei den internationalen Bemühungen zur Verbesserung des nuklearen Schadensersatzrechts muß deshalb die Fortentwicklung des Wiener und des Pariser Übereinkommens haben.

Einem Übereinkommen über die völkerrechtliche Haftung kommt somit stets nur eine subsidiäre und ergänzende Bedeutung zu. Schadensfälle, die im Zivilrecht nicht angemessen bewältigt werden können, könnten in einem solchen Vertragswerk geregelt werden. An erster Stelle ist hier die Entschädigung für allgemeine Umweltschäden zu nennen (vgl. oben Abschnitt 3.2.3. am Ende).

Bei der Ausarbeitung eines derartigen Übereinkommens wird in besonderem Maße Wert darauf zu legen sein, die haftungsbegründenden Tatbestände äußerst präzise zu formulieren. Das gilt zumal für die Frage, ob der Vertrag eine Haftung nur auf Grund schuldhaften Handelns des Staates oder auch ohne Verschulden vorsehen soll. Bleibt man nämlich im allgemeinen, so ist der Vertrag wertlos. Zutreffend hat Michael Silagi jüngst darauf hingewiesen, daß im neueren Völkerrecht oftmals zu beobachten sei, daß vertragliche Regelungen hinter der nach allgemeinem Völkergewohnheitsrecht bestehenden Rechtslage zurückbleiben⁵⁴. Das jedoch ist gerade in diesem Bereich nicht wünschenswert.

Schließlich ist unabdingbare Voraussetzung für ein effektives Vertragssystem, daß es ein verbindliches Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten mit Unterwerfung unter eine Gerichtsbarkeit (Schiedsgericht oder IGH) vorsieht. Fehlen verbindliche Streitbeilegungsmechanismen oder werden sie nur in Form eines "Optional Protocol" angehängt, wird wiederum der Wert des Übereinkommens in Frage gestellt.

Will man diese Forderungen mit der politischen und rechtlichen Realität in Einklang bringen, so erscheint es eher zweifelhaft, ob es gelingt, innerhalb absehbarer Zeiträume ein effektives internationales Instrument über die völkerrechtliche Haftung für nukleare Schäden auf universaler Ebene

⁵⁴ Silagi (Fußn. 48), S. 164; zustimmend: Pelzer, *The impact of the Chernobyl accident on international nuclear energy law*, Archiv des Völkerrechts, vol. 112 (1987), Nr. 3.

ños nucleares según Derecho Internacional Público ⁵², las mismas no constituyen un impedimento para que sus Estados miembros participen de una convención sobre responsabilidad en Derecho Internacional Público.

De todos modos, son necesarias algunas precisiones. Una convención sobre responsabilidad de Derecho Internacional Público por daños nucleares nunca puede ser sustitutiva de una convención sobre responsabilidad civil. Las Convenciones de Viena y de París son irrenunciables. Lo más conveniente para la víctima siempre es poder demandar directamente al autor del daño ⁵³. La preeminencia de los esfuerzos internacionales para el mejoramiento del derecho de los daños y perjuicios nucleares debe, en consecuencia, centrarse en el desarrollo de las Convenciones de Viena y de París.

Una convención sobre la responsabilidad de Derecho Internacional Público solamente tiene, pues, una importancia subsidia-ria y complementaria. En una convención de este tipo podrían ser reglamentados los casos de daños que no puedan ser adecuadamente resueltos según el derecho civil. En primer término habrá que mencionar, en esta línea, las reparaciones por daños generales en el medio ambiente (véase más arriba, parágrafo 3.2.3. *in fine*).

En la elaboración de una convención semejante habrá que asignar especial importancia a la formulación extremadamente precisa de los hechos fundantes de la responsabilidad. Esto es válido, en particular, para la cuestión relativa a si la convención preverá solamente responsabilidad por la actuación culposa del Estado o si también incluirá responsabilidad sin culpa. Es que si se restringe a generalidades, la convención carecerá de valor. Michael Silagi recientemente señaló, con acierto, que en el más

⁵² Anexo II CP; Art. XVIII CV.

⁵³ Esto no excluye que el propio Estado, como representante del perjudicado, litigue ante los tribunales extranjeros. Es que debe temerse que la Unión Soviética prefiera la responsabilidad de Derecho Internacional Público porque ni desea que sus ciudadanos tengan la facultad de litigar por su cuenta en el extranjero, ni que los extranjeros puedan demandar directamente ante los tribunales soviéticos.

ne zustande zu bringen. Einerseits sind die politischen Interessengegensätze vielleicht zu groß. Andererseits ist die Frage der "International State Responsibility" seit Jahrzehnten in der Diskussion und bisher ungelöst⁵⁵. Welche Chancen haben dann ausgerechnet die Nuklearjuristen, sich zu einigen? Muß man nicht vielmehr fürchten, daß das Scheitern eines solchen Projektes auch zu einer Klimaverschlechterung im Hinblick auf eine Verbesserung der internationalen zivilrechtlichen Atomhaftungssysteme führen kann? So verlockend es also erscheinen mag, das internationale Nuklearrecht durch ein Instrument über die völkerrechtliche Staatshaftung anzureichern — kluge Vorsicht ist geboten. Im übrigen: wenn schon eine "Staatshaftung" zur Diskussion gestellt wird, ist es dann nicht naheliegender, in Anlehnung an die dem Brüsseler Zusatzübereinkommen zugrundeliegende Idee ein Übereinkommen anzustreben, nach dem staatliche Ersatzleistungen zur Aufstockung der Ersatzleistung des Inhabers der Kernanlage vereinbart werden? Dies könnte regional, den jeweiligen Gegebenheiten angepaßt, geschehen, und man vermiede dadurch den Zwang zu universalem Konsens, der vielfach den Zwang zum nicht sachgerechten Kompromiß bedeutet.

⁵⁵ Zum Stand der Beratungen dieses Komplexes innerhalb der UN vgl. z.B. neuestens: Spinedi und Simma, *United Nations Codification of State Responsibility*, Dobbs Ferry, N. Y., 1987.

nuevo Derecho Internacional Público se observa con frecuencia que las regulaciones convencionales quedan rezagadas respecto del derecho consuetudinario preexistente⁵⁴. Esto, precisamente, es lo que debe evitarse en este ámbito.

Finalmente, es condición imprescindible para un sistema convencional efectivo, prever un procedimiento obligatorio para la resolución de disputas, con sometimiento a una jurisdicción predeterminada (Tribunal arbitral o Corte Internacional de Justicia). Si faltan mecanismos obligatorios para la resolución de conflictos, o si son solamente adicionados en forma de un "Optional Protocol", nuevamente quedará cuestionado el valor de la convención.

Si se desea compatibilizar estas exigencias con la realidad política y jurídica, más bien parece dudoso que se logre componer, en un período de tiempo previsible, un instrumento internacional efectivo a nivel universal sobre la responsabilidad en Derecho Internacional Público por daños nucleares. Por una parte, la divergencia de intereses políticos será, tal vez, demasiado grande. Por la otra, la discusión sobre el tema de la "International State Responsibility" desde hace décadas, y hasta el presente, permanece sin resolverse⁵⁵. ¿Qué chances de ponerse de acuerdo tienen, entonces, justamente los juristas nucleares? ¿No será del caso, más bien, temer que el fracaso de semejante proyecto también produzca un empeoramiento del clima en vistas de una mejora en los sistemas internacionales de responsabilidad civil nuclear? En consecuencia, por muy tentador que aparezca enriquecer el derecho internacional nuclear con un instrumento sobre la responsabilidad de los Estados en Derecho Internacional Público, es preciso obrar con inteligente prudencia. Por lo demás: ya que se pone sobre el tapete una "responsabilidad del

⁵⁴ Silagi (nota 48), pág. 164; conforme: Pelzer, *The impact of the Chernobyl accident on international nuclear energy law*, Archiv des Völkerrechts, vol. 112 (1987), N° 3.

⁵⁵ Acerca del estado de las deliberaciones sobre este complejo en el marco de las Naciones Unidas, véase, recientísimamente: Spinedi y Simma, *United Nations Codification of State Responsibility*, Dobbs Ferry, N. Y., 1987.

Estado”, ¿no sería más adecuado promover una convención apoyada en la idea que fundamenta la Convención adicional de Bruselas, conforme a la cual se establecen indemnizaciones a cargo del Estado para acrecentar las indemnizaciones del explotador de la instalación nuclear? Esto podría hacerse en el plano regional, en forma adecuada a las circunstancias pertinentes, y con ello se evitaría la obligatoriedad de un consenso universal que comporta, a menudo, la necesidad de un compromiso inadecuado a la solución substancial buscada.

COMPENSATION FOR TRANSFRONTIER NUCLEAR DAMAGE SUMMARY

The reactor accident at Chernobyl (USSR) proved that major nuclear incidents may cause far-reaching transborder detrimental effects. In the territory of the Federal Republic of Germany —at a distance of 1.500 km. from Chernobyl— damage amounting to half a billion Deutsche Mark was suffered, especially in the agricultural sector. The risk of transnational damage is, of course, extremely high in densely populated areas like Europe. But Chernobyl gave evidence that large regions, like Latin America, are also exposed to that kind of risk.

The challenge of transfrontier damage requires a legal system which has transborder effectiveness, too. It is doubtful whether this objective can be attained under the terms of general Private International Law (PIL). For example, Latin America is divided into the PIL systems of the treaties of Montevideo of 1889 and 1940 on the one side, and of the so-called “Código Bustamante” on the other side. There is no complete harmonization as to transnationally raising claims and enforcing judgments. The same holds for the national liability laws applicable to nuclear incidents. There are only few States in South America having issued special legislations, in most of the other States the victim of a nuclear incident has to claim for compensation under the aggravating conditions of common law. The Latin America legal situation reflects that of all other continents, which means that existing civil law systems are currently not suited to cope with major nuclear accidents on an international level.

An effective international civil liability régime should comply with the following minimum prerequisites: Harmonization of national nuclear liability principles; exclusive jurisdiction for nuclear incidents; right of equal access for victims irrespective of what nationality or domicile they have; enforcement of judgments of the competent court in all member States;

... of competence amongst the monetary areas of the
... of States; financial security of the person liable has to be guaranteed.

Regarding international nuclear liability Conventions, the Paris Convention of 1960 (revised 1964 and 1982) with its Brussels Supplementary Convention of 1963 (revision: 1964, 1982), and the Vienna Convention of 1988 are being assessed whether they meet with these requirements and whether they provide a nuclear liability system which is adequate to the nuclear risk. The article in detail discusses the issues of these Conventions, their leading principles and their scope of application.

The conclusion to be drawn from the evaluation is that the Conventions in principle are adequate instruments. There is, however, need for improvement.

The first field to be improved is the territorial scope of application. The regional Paris Convention covers 14 member States, while the Vienna Convention, conceived as a worldwide instrument, has been accepted by only 10 States. Currently within the frame of the OECD/NEA and the IAEA work is on the way to establish a Joint Protocol linking both Conventions. Such a bridging Protocol would form a nucleus of 24 States which is thought to attract more States to accede either to the Paris or to the Vienna Convention and to the Joint Protocol.

The second field of activities applies to material improvements of the Conventions. Issues to be discussed are: Increase of compensation amounts; prevention measures against the effects of an incident, and their influence on establishing the causal link between damage and incident; concept of damage to property with a view to restricting the wide range of the term "property".

Parallel to the international efforts to increase the effectiveness of the international civil third party liability law régimes, it is being discussed whether an instrument on State liability under Public International Law should be erected. Such an instrument might have some advantage, especially concerning compensation for damage to the environment. Priority should, however, be given to the improvement of the civil liability régimes. State liability should only be a supplementing means to civil liability.

**COMPARATIVE CHART OF THE ARTICLES OF THE
PARIS CONVENTION AND THE VIENNA CONVENTION**

Compiled by the Secretariat of the
Nuclear Energy Agency (NEA) of the OECD

PARIS CONVENTION <i>Articles</i>	VIENNA CONVENTION <i>Articles</i>
i (a) (i)	I.1 (1)
(ii)	I.1 (j)
(iii)	I.1 (f)
(iv)	I.1 (g)
(v)	I.1 (h)
(vi)	I.1 (c)
(b)	I.2
2	—
3 (a) (i)	II.1 (a), I.1 (K) (i), (iii).
(ii) 1, 2	IV.5 (a)
(b)	IV.4
4 (a)	II.1 (b)
(b)	II.1 (c)
(c)	III
(d)	II.2
5 (a)	—
(b)	II.1 in fine
(c)	—
(d)	II.3
6 (a)	II.7
(b)	II.5
(c) (i) 1	IV.7 (a)
2	—
(ii)	—
6 (d)	IX.2 (a)
(e)	—
(f)	X
(g)	—

PARIS CONVENTION <i>Articles</i>	VIENNA CONVENTION <i>Articles</i>
(h)	IX.1
7 (a)	
(b)	V.1, 3, 4
(c)	IV.6
(d)	—
(e)	—
(f)	—
(g)	V.2
8 (a)	VI.1
(b)	VI.2
(c)	VI.3
(d)	VI.5
(e)	VI.4
9	IV.3
10 (a)	VII.1
(b)	VII.4
(b)	VII.3
11	VIII
12	XV
13 (a)	XI.1
(c)	XI.2
(c) (i)	XI.3 (a)
(ii)	XI.3 (b)
(d)	XII.2, 3
(e)	XIV
14 (a)	XIII
(b)	I.1 (e)
(c)	XIII
15 (a)	(V.1)
(b)	—
16	—
17	Optional Protocol
18	—
19	XXII
20	—
21	XXIV
22 (a)	XXV.1
(b)	XXV.2
(c)	XXVI.1
23	—
24	XXVII
ANNEX I	—
ANNEX II	XVIII

VIRGINIA CONVENTION
Articles

PARIS CONVENTION
Articles

§ 1 (a)	—
(b)	—
(c)	1 (c) (iv)
(d)	—
(e)	14 (b)
(f)	1 (a) (iii)
(g)	1 (a) (iv)
(h)	1 (a) (v)
(i)	—
(j)	1 (a) (ii)
(k) (i)	3 (a)
(ii)	—
(iii)	1 (a) (i)
(1)	1 (a) (i)
2.	1 (b)
II.1 (a)	3 (a), 5 (b)
(b)	4 (a), 5 (b)
(c)	4 (b), 5 (b)
2	4 (d)
3	5 (d)
4	5 (d)
5	6 (b)
6	—
7	6 (a)
III	4 (c)
IV.1	— (§ 6 Exposé des Motifs)
2	— (§ 48 Exposé des Motifs)
3	9
4	3 (b)
5 (a)	3 (a) (ii) 1, 2
(b)	—
IV.6	7 (c)
7 (a)	6 (c) (i) 1
(b)	—
V. 1	7 (a), (b)
2	7 (g)
3	7 (b)
4	7 (b)
VI, 1	8 (a)
2	8 (b)
3	8 (c)
4	8 (e)

VIENNA CONVENTION
Articles

PARIS CONVENTION
Articles

5	8 (d)
VII. 1	10 (a)
2	—
3	10 (c)
4	10 (b)
VIII	11
IX. 1	6 (h)
2 (a)	6 (d)
(b)	—
X	6 (f)
XI. 1	13 (a)
2	13 (b)
3 (a)	13 (c) (i)
(b)	13 (c) (ii)
XII. 1	—
2	13 (d)
3	13 (d)
XIII	14 (a)
XIV	13 (e)
XV	12
XVI	—
XVII	—
XVIII	Annex II
XIX	—
XX	—
XXI	—
XXII	19 (a)
XXIII	19 (b)
XXIV	21
XXV. 1	22 (a)
2	22 (b)
XXVI. 1	22 (c)
2	—
3	—
XVII	24
XXVIII	
XXIX	Annex II

DRAFT JOINT PROTOCOL

*Relating to the Application of the Vienna Convention
on Civil Liability for Nuclear Damage and the Paris
Convention on Third Party Liability in the Field of
Nuclear Energy
(1974)*

Article I

(a) For purposes of application of the Vienna Convention, the Parties to this Protocol which are Parties to the Paris Convention shall be considered as if they were Parties to the Vienna Convention, with the XXVI of the latter Convention.

(b) For purposes of application of the Paris Convention, the Parties to this Protocol which are Parties to the Vienna Convention shall be considered as if they were Parties to the Paris Convention, with the exception of Articles 6(e), 7(e), 17, 18, 19, 20, 21 and 22 of the latter Convention.
exception of Articles XVI, XVII, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV and

Article II

For the purposes of this Protocol and taking into account the provisions of Article I above, either the Paris Convention or the Vienna Convention shall apply to a nuclear incident, to the exclusion of the other. The Convention applicable shall be that to which the Installation State of the operator liable, by virtue of either Convention, is a Party.

Article III

This Protocol shall be open for signature by all States which have signed or acceded to either the Vienna Convention or the Paris Convention, until the date of the entry into force of this Protocol.

Article IV

(a) This Protocol shall be ratified and instruments of ratification shall be deposited with

(b) Instruments of ratification shall be accepted only from States which have ratified or acceded to either the Vienna Convention or the Paris Convention.

Article V

This Protocol shall come into force after the deposit of instruments of ratification by not less than (5) States Party to the Vienna Convention and (5) States Party to the Paris Convention.

Article VI

After the date of the entry into force of this Protocol, States which are Party to either the Vienna Convention or the Paris Convention and which have not signed this Protocol may accede thereto by depositing an instrument of accession with

Article VII

If a State ceases to be a Party to either the Vienna Convention or the Paris Convention it shall cease to be a Party to this Protocol and shall inform thereof.

Article VIII

- (a) Any Party may denounce this Protocol by notification to
- (b) Denunciation shall take effect on year or such longer period as may be specified in the notification, after its receipt by

Article IX

..... shall give notice to the States invited to the (Conference.....) and States which have acceded subsequently to this Protocol of the following.

- (i) signatures and instruments of ratification and accession received pursuant to Articles III, IV and VI;
- (ii) the date on which this Protocol comes into force pursuant to Article V;
- (iii) notifications of denunciation received pursuant to Article VIII; and
- (iv) information received pursuant to Article VII.

BIBLIOGRAFIA

"Mantenimiento de la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos". Simposio internacional organizado por la Universidad de las Naciones Unidas y el Instituto Internacional de Derecho del Espacio en cooperación con el Palacio de la Paz y la Fundación Carnegie. La Haya, 12 al 15 de marzo de 1984. Estudios Internacionales Avanzados serie Cooperación Académica Internacional. Córdoba 1986, 134 páginas.

Juristas de diversos países se reunieron en La Haya convocados por la necesidad de resolver un problema de vital importancia, que hace a la subsistencia misma de la humanidad toda, me refiero a la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos.

La apertura de las sesiones de este Simposio, estuvo a cargo de Manfred Lachs, que hace una relación del hombre con el ambiente y su progresivo dominio sobre el espacio ultraterrestre. Señala que las palabras "uso pacífico" utilizadas por la ONU y los tratados, tienen dos significados: 1º) uso no agresivo que permitiría el uso disuasivo y 2º) uso no militar, siendo este último concepto el considerado correcto por Lachs.

Nos advierte sobre la gravedad de la utilización no pacífica del espacio ultraterrestre, señalando que es errado suponer que un conflicto en el espacio ultraterrestre, sólo abarcaría ese ámbito sin afectar otros como la Tierra.

La Dra. Eilene Galloway, señaló a continuación las bases del Simposio:

- a) Reconocer la preocupación mundial sobre las armas espaciales;
- b) Protección del ambiente espacial de las influencias nocivas: armas, polución, desechos, interferencias en las comunicaciones, etc.;

- c) Crear controles de armas teniendo en consideración las características del espacio ultraterrestre;
- d) Necesidad de nuevos tratados;
- e) Definir los términos empleados.

Advierte que es necesario cambiar el clima político, reemplazando la suspicacia y tensión por la credibilidad.

Los acuerdos deben ser preferentemente multilaterales y el desarme debe llevarse a cabo en forma gradual mediante tratados.

Las definiciones en los tratados deben ser suficientemente amplias para que no se tornen desactualizadas y resolver inmediatamente el papel de lo militar.

Se discutieron a continuación tres propuestas de desarme, una italiana y dos soviéticas (1981 y 1983). La que se presentó como más conveniente fue la de 1983 que se basaba en el concepto de un triángulo: proscripción de armas, desde la Tierra al espacio; de espacio a espacio; de espacio a Tierra.

Se observaron carencias de instituciones especiales para la solución de controversias.

Lo realmente importante es mantener un equilibrio razonable entre factores nacionales e internacionales para la utilización pacífica del espacio ultraterrestre. Los factores nacionales son: políticos, económicos y culturales con énfasis en la seguridad y defensa. Los factores internacionales son: tecnológicos y políticos con énfasis en aspectos culturales y económicos.

Luego, el Dr. Aldo Armando Cocca hace referencia a los antecedentes históricos del desarme para llegar a una conclusión: la paz como necesidad para la supervivencia humana.

Advirtió que el problema se agrava porque excluye a los juristas del tema del desarme y se los reemplaza por políticos.

El concepto de ética es el único límite a la carrera armamentista y hace surgir el concepto de humanidad como nuevo sujeto jurídico, titular del patrimonio universal.

La responsabilidad es de los gobernantes, no de la Nación ni de los gobiernos, porque como autores de las medidas que disponen, asumen responsabilidad en el orden interno e internacional; los copartícipes en esta responsabilidad son los científicos y los tecnólogos, no la ciencia ni la tecnología.

Indica las causas que socavan la ética y la responsabilidad:

- a) Militarización y armamentismo como plataforma de política interna;
- b) Investigación y desarrollo militar;
- c) Bajo porcentaje de investigación civil;
- d) Presupuestos y gastos militares;
- e) Comercio de armas;
- f) Política de armar al tercer mundo.

¿Cuáles son los factores que favorecen la coexistencia pacífica?. Indica los siguientes:

La *detente*, ejemplo: Salt II; la paz como virtud moral; organismos de control y sancionatorios; la utilización del derecho; armar la opinión pública a favor del desarme.

No basta con destruir las armas existentes, se debe renunciar además a desarrollar nuevas formas de destrucción en masa e introducir mayores limitaciones.

Para finalizar, Cocca sugiere formas para alcanzar la paz: el regionalismo; voluntad de gobierno y pueblo para alcanzar la paz; participación activa del pueblo en el control de sus mandatarios; un código universal como compendio de obligaciones asumidas por la comunidad internacional; jurisdicción obligatoria.

Las conclusiones del Simposio fueron las siguientes: se distinguieron dos cuerpos legales dentro del Derecho Internacional, uno es el Derecho Internacional relativo al desarme y el otro regula las actividades espaciales; necesidad de nuevos instrumentos jurídicos; asegurar la prohibición de actividades antisatélites; crear una agencia internacional de monitoreo por satélites para la verificación.

Podemos estar de acuerdo o disentir con los puntos tratados en este Simposio, pero lo que no podemos eludir es el reconocimiento de la importancia fundamental que reviste el tema para la supervivencia misma del género humano. No podemos sostener la posibilidad de armar el espacio ultraterrestre, sin pensar en las consecuencias que ello traería al frágil equilibrio del planeta Tierra.

Es necesario comprometerse ya mismo con esta realidad, antes de que sea demasiado tarde y ejercer un control activo y eficaz, para no transitar indefectiblemente un camino sin retorno.

RODOLFO E. CAFFARO KRAMER

Le développement du droit des investissements étrangers dans certains pays socialistes, por Jerzy RAJSKI, profesor en la facultad de derecho de Varsovia.

El autor describe la evolución de las relaciones económicas internacionales de los estados socialistas con otros países que pasa del intercambio comercial tradicional hacia formas complejas de cooperación industrial, científica y tecnológica. Esta cooperación toma muchas veces la forma de sociedades comerciales que en los países occidentales existen desde 1919.

Las regulaciones específicas de los países del este europeo que se refieren a inversiones extranjeras en esos países, aparecen por primera vez en 1967 con la legislación yugoslava sobre *joint venture*. La ley rumana es de 1971, la húngara de 1972, la polaca de 1976, la República Socialista de Vietnam promulgó una ley en 1977, la República Popular de China en 1979, Bulgaria en 1980, Cuba en 1982 y a República Popular Democrática de Corea en 1984.

Los legisladores del Este han intentado gradualmente adaptar a la empresa con participación extranjera al sistema socioeconómico y legal del país del Este que recibe la inversión. La ley yugoslava de 1967 fue modificada en 1978 y 1984 y con la última reforma se ha eliminado el tope de 49 % de la inversión extranjera en el *joint venture*. También se ha modificado la ley de control de cambio y facilitado la repatriación de utilidades, pero se prohíben *joint ventures* en determinadas áreas de la economía.

Las distintas leyes admiten las formas de las sociedades comerciales y sólo la ley búlgara de 1980 prevé la creación de asociación específica llamada *Zdruzhenie*. Asimismo todas las legislaciones se preocupan por proteger y estimular la confianza de los inversores extranjeros.

Finalmente es de hacer notar que Yugoslavia y Rumania han firmado tratados bilaterales con algunos países occidentales a los efectos de acordar garantías a los inversores. Estos dos países han ratificado la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre la solución de controversias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados.

Muchos países socialistas han creado regulaciones específicas para estos *joint ventures* que dentro del marco de la economía socialista han provocado problemas que han sido resueltos de una manera flexible, tomando en consideración los intereses de ambas partes.

INÉS M. WEINBERG

REVISTA DE REVISTAS

TERRE, Francois, *Breves notes sur les problèmes de la traduction juridique*. En la *Revue Internationale de Droit Comparé*, año 38, nº 2, abril/junio 1986, Estudios de Derecho Contemporáneo. Contribuciones francesas al 12º Congreso Internacional de Derecho Comparado (Sydney-Melbourne 18/26 de agosto 1986), (pág. 347). Editada por la Société de Legislation Comparée.

El autor aborda el tema de la traducción jurídica no desde el punto de vista del derecho positivo, sino desde el de la teoría general del derecho o de la filosofía.

Comienza por considerar que la traducción, en tanto “copia hecha en un lenguaje de un discurso enunciado primeramente en otro” (*Diderot*), presenta problemas tanto desde la perspectiva de la “copia” como desde la del modelo. Afirma que las dificultades son de tal magnitud que se tiende a pensar que la traducción es imposible. Pero asegura que es indispensable coincidir en su posibilidad práctica.

A su vez, esta problemática puede ser estudiada en relación a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía del Lenguaje.

En cuanto al primer aspecto, el autor presenta tres clases de problemas que denotan —según su opinión— la estrecha vinculación de la traducción jurídica con el derecho comparado.

El primer aspecto es el del campo de la traducción jurídica. Comprende la traducción, sobre todo en el pasado, de textos redactados en lenguas muertas, impuesta con frecuencia a los juristas,

y en la actualidad, principalmente la comparación de los enfoques jurídicos a través del tiempo y del espacio. La necesidad de la traducción, en lo relativo a este primer aspecto, se manifiesta con fines documentales en el marco de un proceso o fuera de él y con fines legislativos o de perfeccionamiento del derecho en el marco de negociaciones internacionales o fuera de dicho marco.

El segundo aspecto se refiere a la realización de la traducción jurídica. Los objetos de ella son muy diversos, regla de derecho escrito o consuetudinario, documento del proceso judicial o de la práctica extrajudicial. El autor afirma que es en relación a los procesos judiciales que el problema de la traducción se plantea en términos que justifican la existencia de reglas específicas, en derecho francés, esto se relaciona con la exigencia del empleo del lenguaje nacional, y que lo que se sigue del análisis de las soluciones dadas por el derecho francés, es que el problema de la interpretación del derecho (operación jurídica) y de la traducción jurídica (operación técnica) aparecen entremezcladas y difusas, tanto en lo que se refiere a sus fundamentos, sus métodos y sus consecuencias. Otros aspectos que pueden proporcionar la base para una reflexión filosófica amplia son el marco en que aparece la traducción (asamblea parlamentaria, proceso judicial, trámite administrativo) y los agentes de la traducción (traductores) que se conducen de manera diferente según se trate de traducciones oficiales u oficiosas o según sea el objeto y cuadro de la traducción.

El tercer aspecto abordado en relación a la teoría general del derecho, es el de los obstáculos que se oponen a la traducción. Según el autor, los principales son: la imperfección de las herramientas, por ejemplo los diccionarios jurídicos, la relación del lenguaje jurídico con otros lenguajes, y finalmente algunas perplejidades del lenguaje jurídico, como la proveniente de servir para expresar la regla de derecho, su aplicación y los enunciados de la ciencia del derecho.

Finalmente, la relación de la traducción con la filosofía del lenguaje es abordada bajo dos versiones: lenguaje jurídico y traducción jurídica y lingüística.

Con respecto al primer aspecto, el autor sostiene que si bien el lenguaje técnico-jurídico plantea algunos problemas, su misma precisión puede facilitar la tarea. Dice que todo sistema jurídico establece sus propios criterios. Dificultades pueden surgir de los diversos contextos (social, sistemático, lingüístico, etc.), de las particularidades propias del vocabulario jurídico (signos jurídicos y sus relaciones), y de la enunciación jurídica (obligación, prohibición, permisión, facultativo, enunciados positivos y negativos, preformativos). Finalmente el lenguaje del derecho es una lengua de acción y no puede ser escindido de los actos jurídicos, las palabras-actos no pueden ser tratadas sin una previa tipología que tome en consideración los aspectos lingüísticos y las condiciones institucionales de su funcionamiento.

En cuanto a la relación de la traducción jurídica y la lingüística, el autor sostiene que una de las grandes dificultades de la traducción jurídica reside en desentrañar el sentido de los enunciados jurídicos. Estas dificultades son tanto desde el punto de vista del análisis lógico como del de los aspectos socio-lingüísticos. A partir de estas reflexiones, el autor invita a poner a prueba la noción de "sentido" para resolver la cuestión de la posibilidad teórica de la traducción, de la determinación de equivalencia, de la aprehensión de significados por medio de la definición, del rol de los universales del lenguaje.

El trabajo se limita a enumerar los problemas a que se ve sometida la traducción jurídica, de manera no demasiado sistemática y a grandes rasgos, que conspiran contra la claridad expositiva. Por ejemplo no se aclara en qué sentido el lenguaje jurídico dificulta la tarea de traducción y la facilita al mismo tiempo. Tampoco aclara cómo y por qué las características propias del lenguaje jurídico influyen en materia de traducción.

De cualquier manera el trabajo insinúa un campo interesante de problemas no sometido con frecuencia a las inquietudes de quienes se ocupan de problemas jurídicos. Quizá no haya sido otra la intención del autor.

LILIA M. GÓMEZ DE BACQUÉ

ANTONIO PAVONE LA ROSA
Catedrático de la Universidad de Catania (Italia).
Profesor Ordinario de Derecho Comercial

LA LETRA DE CAMBIO

Traducción del italiano y referencias al régimen argentino por el
doctor OSVALDO J. MAFFIA

Este libro refleja, por un lado, la trayectoria del autor, que en 1958 sorprendió, en plena juventud, con su celebrada obra "*Studi sulla polizza de carico*" y, años después, contribuyó con la densa voz "*Cambiale*" a la ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, para culminar esa sentida orientación en el notable tratado que presentamos. Por otro, es el punto de arribo de un continuado esfuerzo doctrinario de la comercialística italiana en materia cartular, iniciado por VIVANTE hace casi un siglo y proseguido ininterrumpidamente por estudiosos de la autoridad de Arcangeli, Mossa, De Semo, Ascarelli, Angeloni, Pellizzi, entre otros.

El llamativo nivel científico de este libro se enriquece con una inusual claridad, tanto conceptual como expositiva.

1 tomo de 792 páginas.

ABELED0 - PERROT

GIACOMO MOLLE

MANUAL DE DERECHO BANCARIO

Segunda edición actualizada con las normas bancarias uniformes,
legislación y jurisprudencia italiana.

Traducción del italiano por el doctor MARIO ALBERTO BONFANTI

Un verdadero manual que expone en forma sucinta los principios del Derecho Bancario.

Contenido de la obra: cuatro secciones que abarcan los siguientes temas: Los Sujetos; Los Documentos; Las Operaciones y Los Créditos Especiales.

1 tomo de 296 páginas.

ABELED0 - PERROT

CODIGOS

ABELED0 - PERROT

BAJO LA SUPERVISION DE DESTACADOS ESPECIALISTAS

- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA
- CODIGO DE COMERCIO DE LA REPUBLICA ARGENTINA
- CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA.
- CODIGO ADUANERO DE LA REPUBLICA ARGENTINA.
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL.
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL Y LEYES PROCESALES EN LO LABORAL Y EN LO RURAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

SIEMPRE ACTUALIZADOS

LINO ENRIQUE PALACIO

DERECHO PROCESAL CIVIL

Tomo 1º

NOCIONES GENERALES

Tomo 2º

SUJETOS DEL PROCESO

Tomo 3º

SUJETOS DEL PROCESO

Tomo 4º

ACTOS PROCESALES

Tomo 5º

ACTOS PROCESALES

Tomo 6º

PROCESOS DE CONOCIMIENTO
(PLENARIOS)

Tomo 7º

PROCESOS DE CONOCIMIENTO
(SUMARIOS) Y DE EJECUCION

Tomo 8º

PROCESOS CAUTELARES
Y VOLUNTARIOS

Tomo 9º

PROCESOS ARBITRALES
Y UNIVERSALES
INDICE ANALITICO
DE TODA LA OBRA

Tomos 1º a 9º

ABELED0-PERROT

“ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA”

