

# REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1991

## DOCTRINA

HÉCTOR RAÚL SANDLER: *La justicia social constitutiva  
Crítica a un aspecto de la Teoría de la Justicia de Rawls*

EVE I. RIMOLDI DE LADMANN: *Federalismo  
y relaciones económicas internacionales*

ADOLFO LUIS TAMINI: *Autoría mediata: casos y soluciones*

CARLOS A. ZUBIAUR: *La concesión de servicios públicos*

ALEJANDRO FREELAND LÓPEZ LECUBE: *De la primacía  
y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario*

## DOCUMENTO - BIBLIOGRAFIA

III

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

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

# REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1991

III



ABELEDOPERROT  
BUENOS AIRES

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**Decano:** Profesor Dr. Eduardo Antonio Pigretti.

**Vice-Decano:** Profesor Dr. Jaime Luis Anaya.

**Secretaria Técnica y de Relaciones Institucionales:** Profesora Angélica G. E. Vitale.

**Subsecretario Académico:** Profesor Dr. Julio J. Martínez Vivot (h.).

**Subsecretario Técnico y de Relaciones Institucionales:** Dr. Javier M. Pertrantonio.

### CONSEJO DIRECTIVO

#### Profesores:

**Consejeros Titulares:** Dr. Jaime Luis Anaya, Dr. Juan Carlos Goyena; Dr. Lino Enrique Palacio, Eduardo Ventura, Dr. Eduardo R. Conesa, Dr. Eduardo Antonio Zannoni, Dr. Horacio Pedro Fargosi, Abel M. Fleitas Ortiz de Rosas.

**Consejeros Suplentes:** Dr. Alberto J. Bueres, Dr. Julio César Rivera, Dra. Beatriz Silvia Krom, Juan Ramón de Estrada, Dr. Norberto E. Spolansky, Dra. Elena I. Highton de Nolasco, Dra. Ana Raquel Nuta.

#### Graduados:

**Consejeros Titulares:** Laura Cristina Musa, Hugo Germano, Antonio Rafael Cammarotta, Ernesto O'Farrell.

**Consejeros Suplentes:** Carlos A. Cruz, Edgar Ramón Gigena, Pedro Pablo Zannoni, Alejandro Quiroga López.

#### Estudiantes:

**Consejeros Titulares:** Miguel Guruceaga, Pablo Tornielli, Adriana Galafassi, Gonzalo Alvarez.

**Consejeros Suplentes:** Héctor Huici, Santiago Murias, Juan Curutchet, Fernando Solari.

### DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

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

**Secretario General:** Profesor Enrique M. Falcón.

### REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

**Director:** Profesor Carlos E. Colautti.

**Subdirector:** Profesora Ana María M. de Aguinis.

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

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

**COLABORADORES ARGENTINOS  
RESIDENTES EN EL EXTERIOR**

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

## INDICE

### DOCTRINA

HÉCTOR RAÚL SANDLER: <i>La justicia social constitutiva. Crítica a un aspecto de la Teoría de la Justicia de Rawls</i> . . . . .	11
EVE I. RIMOLDI DE LADMANN: <i>Federalismo y relaciones económicas internacionales</i> . . . . .	31
ADOLFO LUIS TAMINI: <i>Autoría mediata: casos y soluciones</i> . . . . .	79
CARLOS A. ZUBIAUR: <i>La concesión de servicios públicos</i> . . . . .	87
ALEJANDRO FREELAND LÓPEZ LECUBE: <i>De la primacía y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario</i> . . . . .	107

### DOCUMENTO

NORBERTO EDUARDO SPOLANSKY: <i>Despedida. República y esperanza</i> . . .	133
---	-----

### BIBLIOGRAFIA

JONATHAN M. MILLER, MARÍA ANGÉLICA GELLI y SUSANA CAYUSO: <i>Constitución y Derechos Humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación</i> , por ALFREDO L. DURANTE . . . . .	139
--	-----

# **DOCTRINA**

## LA JUSTICIA SOCIAL CONSTITUTIVA

CRÍTICA A UN ASPECTO DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS \*

por HÉCTOR RAÚL SANDLER \*\*

### I. IMPORTANCIA DE UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA SOCIAL

El nombre “justicia social” es muy ambiguo. No me detendré en examinar cuán ambiguo es o puede llegar a ser, pues lo que me interesa en este punto es destacar el preferente sentido que tiene la noción de justicia social en Rawls y compararlo con el que puede tener (y de hecho necesita tener) en las sociedades humanas; en especial para su aplicación práctica en países como los latinoamericanos. La cuestión tiene importancia por el gran prestigio del profesor Rawls entre los juristas. El pensamiento sobre la justicia social que predomina entre profesionales como los abogados y economistas o los catedráticos universitarios en general, obra como uno de los principales fundamentos empíricos de la *teoría material de orden social* en que se apoya, explícita o implícitamente, toda sociedad moderna <sup>1</sup>. Como tal directa o indirectamente ese pensamiento incide en las concepciones prácticas de los políticos y los funcionarios del gobierno en cualquiera de sus ramos.

\* Exposición hecha en el Instituto de Investigaciones Jurídicas el 30 de abril de 1992.

\*\* Profesor titular de Filosofía, U.B.A.

<sup>1</sup> Sobre la Constitución como teoría material del derecho, cf. Viehweng, Theodor, “Tópica y Filosofía del Derecho”, *Estudios Alemanes*, Gedisa, Barcelona, 1991.

Si aquel pensamiento, además, cristaliza en una constitución escrita que opere como criterio de legalidad del ordenamiento jurídico de esa sociedad, los juristas, economistas y políticos, se enfrentarán con una *teoría material del derecho* a la que deberán ajustar sus producciones teóricas y comportamientos prácticos en cuanto pretendan contribuir a ordenar la sociedad. De ahí que pese a la indudable inefabilidad de la justicia, su conceptualización y su tratamiento teórico, tema que aborda Rawls, revista singular importancia.

## II. LOS MOMENTOS DE LA JUSTICIA SOCIAL

Para facilitar la comprensión de lo que sigue, anticipo que a mi noción de justicia social le convendría el nombre de “justicia social constitutiva”. Más abajo veremos en que consiste; pero por el momento esta denominación serviría para distinguir mi noción de la de Rawls. Este autor no usa ninguna adjetivización y trata de la justicia social a secas. Ello impide ver los distintos sentidos específicos o momentos que puede presentar la noción de justicia social o, si se lo prefiere, las distintas perspectivas que este objeto admite. A mi juicio Rawls pone el acento de su análisis en lo que yo llamo “justicia social distributiva”. La *consecuencia teórica* es que en su libro *A Theory of Justice*<sup>2</sup> expone ciertos principios, criterios o reglas que permitirían examinar el grado de justicia social imperante en una determinada sociedad, como si hubiese sólo un concepto posible de justicia social, lo cual, por lo que diré más adelante, no me parece conveniente. La *consecuencia práctica* es que mientras la teoría de Rawls tiene mucha significación para algunas sociedades (al menos aquellas en las que la justicia social constitutiva haya sido aceptablemente resuelta), la tiene poca o quizá ninguna para aquellas en las que su justicia social constitutiva es tan deficiente que la justicia social distributiva nada remedia o no es siquiera viable.

<sup>2</sup> Para las citas usamos Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, F.C.E., México, 1978.

### III. LA JUSTICIA COMO IDEA RECTORA DEL ORDEN SOCIAL

La importancia de la cuestión de los distintos conceptos posibles de "justicia social", es grande tanto para Rawls como para mí, pues ese concepto es, para decirlo en el lenguaje kantiano, una idea "reguladora". En nuestro lenguaje, diríamos que es una obra de la imaginación, una construcción mental que lejos de describir alguna cosa real, postula un principio (o conjunto de principios) que sirven de fundamento espiritual a un modelo de orden debido. La noción de justicia aparece así como un principio de orden; de un orden al que los hombres, precisamente por ser parte de la realidad, deben ceñirse, si quieren que su asociación rinda los beneficios que esperan y, además, evitar los perjuicios que la efectiva constitución de una sociedad puede aparejar a sus miembros. Esos principios, reglas o criterios —que históricamente son de aparición tardía y de lenta evolución— no sólo permiten la asociación fructífera y perdurable sino que, son una de las llaves a disposición de los hombres de cada generación para juzgar y en su caso mejorar el orden en que les ha sido dado nacer.

Con esos principios como metro pueden juzgar y comparar la calidad de los distintos tipos de orden social y a partir de allí mediante nuevos actos de observación e imaginación, discurrir sobre las mejorías necesarias y los medios para lograrlas.

### IV. LA PERSPECTIVA DE RAWLS

Hasta este punto no encuentro diferencias sustanciales entre mis ideas y las de Rawls. La diferencia comienza, como lo anticipé, en lo siguiente: Rawls menciona, como no podría ser de otro modo, aspectos relacionados con lo que yo llamo justicia social constitutiva; pero los trata como algo que se da en los supuestos de su análisis. Lo hace, por decirlo así, sin una conciencia clara que esa materia, ese momento de la justicia social, tiene tal singularidad que reclama un trato previo y especial. Remitido los problemas de justicia constitutiva al mundo de los supuestos,

el análisis de Rawls recae sobre lo que yo llamo justicia distributiva.

La lectura de todo el libro de Rawls, muestra claramente que Rawls está preocupado por encontrar reglas, del mayor contenido material posible, que permitan discernir sobre las mejores normas para la *distribución del producto social*<sup>3</sup>. Los viejos preceptos

<sup>3</sup> Que Rawls trata de tópicos propios de lo que yo denomino justicia constitutiva sin distinguirlos de lo que él llama justicia distributiva, surge claramente en varias partes de su obra. En un trabajo anterior al libro citado (trabajo de 1967), intitulado precisamente *Justicia Distributiva*, enuncia ya los dos principios regulatorios, haciéndolo de este modo:

“Los dos principios que vamos a discutir pueden formularse como sigue: Primero, toda persona que toma parte en una institución o se ve afectada por ella tiene *un igual derecho a la más amplia libertad* compatible con una similar libertad para todos (podríamos denominar este derecho previo al ordenamiento positivo, ‘derecho a igual libertad’ para todos los individuos); y segundo, *las desigualdades, en tanto que definidas y alentadas por la estructura institucional, son arbitrarias*, a no ser que sea razonable esperar que ellas redunden en provecho de todos y con tal que las posiciones y cargos a los que están adscriptas o desde las que pueden ser ganadas sean accesibles a todos (desde el punto de vista del que establece el orden, este segundo principio podría llamarse ‘principio de la desigualdad justificada’. y desde el punto de vista de los individuos miembros del orden, ‘derecho a cuestionar el trato desigual’ a que se ven sometidos. Este derecho no puede ejercerse cuando: a) de la desigualdad se esperan beneficios para todos y b) todos tienen igual derecho a acceder a las posiciones que dan lugar al trato desigual). Estos principios regulan los aspectos distributivos de las instituciones controlando la asignación de derechos y deberes a lo largo de toda la estructura social, empezando por la adopción de una constitución política conforme a la cual han de ser aplicados a la legislación. Es de una correcta elección de la estructura básica de la sociedad, de su sistema fundamental de derechos y deberes, de los que depende la justicia de las cuotas distributivas”.

Si Rawls iniciara su análisis a partir de hombres que si bien fueran coetáneos aún no están asociados, algunas observaciones habría que hacer a sus supuestos: pero no se podría decir que se descuidan los problemas de la justicia constitutiva. O sea de las reglas destinadas a orientar a esos hombres en la tarea de “constituir la estructura básica” del orden que desean establecer; esto es la constitución de la estructura básica en tanto cimiento de las *libertades políticas y derechos personales* y de las *oportunidades económicas y derechos reales*. Pero no es este el caso de Rawls, quien, según sus propias palabras, no parte de algún supuesto imaginario sino de uno real, tomado de la vida cotidiana. Dice a continuación del párrafo anterior:

“Los dos principios de justicia se aplican en primera instancia a esta estructura

aristotélicos (“dar a cada uno lo suyo” y “tratar igual lo que es igual y diferente lo diferente”) no son considerados falsos sino insuficientes, extremadamente formales y por lo tanto desprovistos del contenido material mínimo que los hacen útiles para proponer un precepto legal o dictar una sentencia, aceptablemente justos. En los primeros párrafos resalta esa preocupación por la justicia distributiva. Dice este autor (pág. 20):

*“una sociedad es una asociación, más o menos autosuficiente de personas que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias en sus relaciones, y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas. Supongamos además que estas reglas especifican un sistema de cooperación diseñado para promover el bien de aquellos que toman parte en él, ya que cuando la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas, se caracteriza típicamente tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Hay identidad de intereses puesto que la cooperación social hace posible para todos una vida mejor que la que pudiera tener cada uno si viviera únicamente de su propios esfuerzos. Hay conflicto de intereses puesto que las personas no son indiferentes respecto de como han de distribuirse los mayores beneficios producidos por la colaboración, ya que con el objeto de perseguir sus fines cada una de ellas prefiere una*

---

básica, esto es, a las principales instituciones del sistema social y a su articulación, al modo como se combinan unas con otras. Así, esta estructura incluye la constitución política y las principales instituciones económicas y sociales, que, tomadas en su conjunto, definen las libertades y derechos de una persona y afectan sus perspectivas vitales, a lo que puede esperar ser y a como puede esperar que les vayan las cosas. *En este punto la idea intuitiva es que quienes han nacido dentro de un sistema social en posiciones diferentes, por ejemplo, en clases sociales diferentes, tienen diferentes perspectivas vitales, determinadas en parte por el sistema de libertades políticas y de derechos personales, y por las oportunidades económicas y sociales de que disponen esas posiciones.* De este modo, la estructura básica de la sociedad favorece a ciertos individuos más que a otros, y son estas desigualdades básicas, las que afectan al conjunto de sus perspectivas vitales. Es de desigualdades de este tipo, presumiblemente inevitables en toda sociedad, de las que los dos principios de justicia están primariamente destinadas o ocuparse”. (*La Justicia como Equidad*, Tecnos, 1986, pág., 61) Párrafos subrayados y entre paréntesis, míos. Es evidente que Rawls parte de una sociedad dada, históricamente establecida, cuya constitución en sí misma no se cuestiona, aunque sí los efectos injustos a los que se espera corregir con aplicación de sus dos principios.

participación mayor que una menor. *Se requiere entonces un conjunto de principios para escoger entre los diferentes arreglos sociales que determina esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas.* Estos principios son los principios de la justicia social: *proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social*".

## V. EL SUPUESTO MATERIAL DE RAWLS

Los subrayados son míos. Los he puesto para marcar los párrafos que caracterizan lo que nos permitimos llamar el *supuesto existencial* en que se apoya Rawls. Punto de partida en su esfuerzo por tratar de descubrir las reglas que enunciara más adelante.

Para Rawls, el supuesto material es la existencia de la sociedad humana. Pero ¿en qué consiste una sociedad humana? "una sociedad es una asociación de hombres más o menos autosuficiente". La materia a ordenar, por decir así, son los *hombres*. Hombres que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias, dispuestos o comprometidos en una empresa cooperativa, sostenida para obtener ventajas mutuas. Una cooperación para mejorar la vida de cada uno y que sin embargo puede trabarse por ciertos conflictos de intereses. Estos recaen sobre la participación de cada uno en el producto de su esfuerzo cooperativo. Es en ese punto entonces que *"se requiere un conjunto de principios para escoger entre los distintos arreglos sociales y suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social"*.

No creo forzar el texto ni su sentido si digo que Rawls tiene en vista individuos que discuten cómo y en qué proporción han de *distribuirse el producto* de su cooperación social. Personas vigilantes de sus derechos sobre el producto, el resultado de la empresa social. Esto configura lo que me he permitido denominar el supuesto material de Rawls.

## VI. ¿HOMBRES O ANGELES?

Presentado tal supuesto material en esa forma, sin reserva alguna sobre los distintos contextos o escenarios materiales en que los hombres pueden iniciar una discusión semejante a los efectos de acordar la distribución correcta del producto, suena a hueco. No se trata de una excesiva abstracción sino de una omisión. Por abstracto que sea un modelo conserva hasta lo último los rasgos estimados esenciales. En este caso, por ejemplo, los hombres. Pero si uno de esos rasgos esenciales falta, no hay abstracción sino omisión. Este es el caso del supuesto material del que parte Rawls: sus hombres no parecen ser hombres sino más bien ángeles incorpóreos, dotados de un fino sentido de la justicia; pero despojados de toda mundana materialidad <sup>4</sup>.

Rawls no representa en absoluto la material condición de los hombres, hecha presente en cada uno de nosotros por nuestro cuerpo vivo. Ese cuerpo de cada hombre que, por sus virtudes y debilidades, hace a la persona parte integrante del mundo natural y como tal sometida a todas las leyes que rigen la naturaleza.

<sup>4</sup> No quisiéramos ser mal interpretados y mucho menos aparecer injustos con Rawls. La omisión que señalamos y que en este trabajo trataremos de poner de manifiesto, en manera alguna es exclusiva de Rawls. Es más bien el rasgo común de todos los filósofos del derecho ocupados con el tema de la justicia social; incluso de los cultores del *iusnaturalismo*, muchos más proclives a establecer las bases materiales de un orden social justo. Una simple ojeada a obras como las clásicas de E. Ahrens, (1808-1874) *Curso de Derecho Natural*, y A. Trendelenburg, *Diritto Naturale sulla base dell'etica*, (1873); o las más actuales como la de E. Brunner, *La justicia, doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, (1961) o José Corts Grau, *Curso de Derecho Natural*, (1974), nos permite asegurar que la omisión es lo corriente, sin que haya apenas excepciones. En homenaje a quienes no la han cometido, más allá de las consecuencias que hayan sacado para el problema del derecho justo, rescato dos importantes aportes hechos más bien desde un punto de vista teológico, pero con indudable repercusión para la concepción jurídica y social: el de Francis Neilson, *In quest of justice*, (1944), R. Schalkenbach Foundation, Nueva York, y el de reciente aparición de Robert V. Andelson y James M. Dawsey, *From wasteland to promised land. Liberation theology for a post-marxist world*, (1992), Orbis, Nueva York-Shepherd/Walwyn, Londres.

Leyes con imperio irreversible. En algunos casos, mediante el uso de su inteligencia, la ciencia y la técnica, el hombre consigue aprovecharse de aquellas leyes y acoplado sus efectos consigue aminorar los malos momentos que le acarrearán. Logra, para su orgullo, que muchos de aquellos efectos generalmente peligrosos o dañinos se den a su favor, como cuando la electricidad en lugar de matarnos es fuente de luz y calor en el cuarto. Pero estas habilidades no quitan que los hombres por su materialidad corporal sean un pedazo de naturaleza.

No es falso, ni mucho menos, tomar como base que la sociedad es un conjunto de hombres. Pero, según los propósitos en vista puede ser una descripción que oculte cosas importantes. Por ejemplo no revela con la debida claridad y oportunidad que los hombres por causa de su estructura material son miserablemente dependientes de leyes naturales. Ni deja ver con la debida claridad que por estas condiciones su vida (por espiritual que se suponga pueda llegar a ser), depende de un alimento apropiado, de un abrigo suficiente, de una vivienda protectora y así sucesivamente. Alimento, vestimenta y vivienda, para seguir con el ejemplo, que —a diferencia de los demás seres vivos— no le son dados por la naturaleza del modo que, según la Biblia, Dios viste a los lirios del campo. Los hombres *tienen que producir* su alimento, su vestido, su vivienda y toda otra cosa que estimen necesaria. Y a menos que querramos confundir todo, producir es acción radicalmente distinta a recolectar las semillas como los pájaros o cazar como los animales de presa.

Para mayor distinción, el hombre, además de ser una partícula material en el mundo de la naturaleza, posee una estructura psíquica y espiritual que, entre otras cosas, lo lleva a otorgar rango de “imprescindible” a objetos y bienes que ningún ser en el mundo, ni él mismo en otras épocas y circunstancias, consideraría con ese carácter. No se limitan los hombres, como los demás seres vivos, a llevar la pesada, pero en todo caso determinada carga, consistente en un paquete de necesidades originarias. Muy por el contrario, sin poder deshacerse de esa carga, el hombre como individuo, grupo y especie, es un ser insaciable y fabricante incansable de nuevas necesidades.

Rawls no discutiría que lo descripto forma parte de la condición humana. Pero lo da por supuesto; no lo incorpora al análisis. Pero al darlo por supuesto, como lo daría por supuesto cualquier persona común, incurre en otra lamentable omisión común: no considerar los efectos que para el orden social y la noción de justicia importa la no explicitación del supuesto material.

## VII. *EL HOMBRE, SER ECONOMICO*

Al no registrar explícitamente los rasgos de la condición humana, Rawls no se plantea la cuestión de la economicidad del hombre y del orden social. Quiero explicarme bien en este punto. Todo ser vivo —desde la ameba al elefante, por citar de acuerdo a su tamaño dos extremos de la escala biológica— toma lo que necesita de su entorno. El hombre, en este aspecto, no es distinto. Sin embargo una cosa es un ser “chupador” o “recolector” de energía o materia ambiental y otra, muy distinta, es un ser “economizador”.

Es muy probable que nuestros primeros antepasados hayan exhibido un estado mucho más cercano a la condición del “ser chupador” que al “ser economizador”. Con la progresiva emergencia del *homo sapiens*, y sobretodo con lo ocurrido en la etapa histórica (años 6000 a 8000 a.C.), el hombre, como individuo y como sociedad es cada vez más un “ser economizador”. Un “ser económico” entendido el término como algo real y no mero modelo como el usado por algunos economistas. *Ser económico significa ser miembro del orden económico de una sociedad humana concreta.*

No es propio detenerse a discutir si ese orden económico fue el resultado de que el hombre se convirtió por alguna razón en un ser económico o que el hombre se convirtió en ser económico a partir de haber conseguido establecer, por alguna causa o casualidad, un orden económico. Sería tan impropio como buscar relación causa efecto entre el hombre como ser parlante y el orden lingüístico que toda comunidad posee. Es más importante subrayar que el orden económico de cada sociedad particular, el que cada grupo humano consiguió establecer, era distinto del que

establecían otros grupos humanos; a pesar de ser todos los hombres miembros de la misma especie. A diferencia de lo que ocurre con las especies animales donde la semejanza en el aprovechamiento del medio es lo dominante, en el caso de la humana, una misma especie va dando lugar a una increíble diversidad de órdenes económicos concretos. Es que aquí, en la constitución del orden económico, inicialmente creado para satisfacer necesidades del cuerpo, luce la intencionalidad propia del espíritu del hombre. Analíticamente podemos descubrir formas económicas que se repiten y no pocas semejanzas. Pero de hecho cada orden económico fue algo propio del grupo, como lo fue el idioma, la religión o el arte.

El orden económico es una “construcción histórica” del espíritu del hombre <sup>5</sup>. En cada grupo humano fue la respuesta que el hombre tuvo que darse para poder sobrevivir, como individuo y como especie, dado que no siendo un mero “ser chupador” de energía y materia, tuvo que “inventar” la producción, de lo que dependía su vida. *El orden económico fue la respuesta humana para sobrevivir luego de la caída. En cierta forma el cumplimiento del mandato con que Dios despidió al hombre, al decirle “con el sudor de tu rostro comerás el pan” (Génesis).* La planta y el animal se bastan con la succión en su medio. El hombre no puede hacerlo por estar mal dotado para eso; pero poseyendo inteligencia y espíritu apela a un recurso superior: el *trabajo*.

#### VIII. PRIMER DERECHO EXISTENCIAL DEL HOMBRE

Estas consideraciones me llevan a ver dos cosas: 1) Que por su estructura material corpórea, como todo ser vivo, *el hombre no puede existir sin tierra*. Lo original en el hombre es que obtiene de la tierra lo que necesita mediante el trabajo (producción); 2) Que por su naturaleza espiritual, sus necesidades de toda clase —las individuales y las colectivas o sea las de la asociación a la que pertenece— *sólo pueden ser satisfechas mediante la configu-*

<sup>5</sup> Para la noción de orden en economía, cf. Walter Eucken, *Cuestiones fundamentales de economía política*, Alianza Editorial.

*ración de una formación social especial: el orden económico.* Para decirlo en forma más categórica, *el hombre existe sólo en cuanto miembro de un orden económico*, se trate del trabajador ejemplar, de un incapaz total o de un *freerider*.

Ambas conclusiones intentan reflejar la existencia de dos *derechos humanos existenciales*, previos a toda clase de ordenamiento jurídico positivo, incluso a los que hoy se conocen por derechos humanos <sup>6</sup>. Uno corresponde a cada ser humano en tanto individuo; el otro corresponde a cada sociedad (o asociación cooperativa de seres humanos) en cuanto un todo que presenta sus propias necesidades para existir y subsistir <sup>7</sup>.

El fenómeno descrito en la conclusión primera destaca que el hombre no puede mantenerse sin acceso a la tierra, al extremo

<sup>6</sup> La palabra "derecho" usada en el texto no debe ser entendida en sentido técnico (derecho subjetivo proveniente de un ordenamiento positivado en sociedad) sino más bien como una facultad que todo ser humano debe ejercer o una necesidad que debe satisfacer, so pena que su existencia sea imposible o que el orden social sea insoportable. Rawls mismo suele usar la palabra en ese sentido (ver nota 2), como también Norberto Bobbio en sus últimos trabajos en los que distingue el Derecho Natural (que sólo sería a su juicio una doctrina) de los "derechos naturales", cuya fundamentación puede ser difícil, pero cuya protección es inevitable: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

<sup>7</sup> La revalorización de la libertad individual en general y del libre albedrío en especial, como fundamento del derecho y del orden social es muy plausible, tanto más cuando entraña el abandono de exagerados sentimientos gregarios y doctrinas colectivistas predominantes en el mundo a partir de la guerra 1914-1918. En este sentido creemos que la progresiva autonomía individual que se aprecia desde la segunda guerra (1939-1945), en distintos campos de la vida, primero en la religión (libertad de cultos y de creencias religiosas), luego en política (sistemas democráticos liberales) y más recientemente en la economía social (sistemas coordinados por mercados competitivos), son manifestaciones prácticas de aquel reconocimiento en favor de la libertad individual como fundamento del orden. Pero es desconocer la realidad que el todo —el orden social concreto— es también una realidad, con sus propias exigencias, no siempre compatibles con la individualidad. De otro modo ¿por qué preocuparse por la masificación, el colectivismo o el totalitarismo? Decir que estos hechos son sólo realidades aparentes, debidas a "grupos dominantes" que en el fondo son sólo meros individuos, es una inaceptable reducción no apoyada por los hechos. Para una moderna y excelente conceptualización del orden social en el que se da el debido lugar a los muchos (individuos) y a la unidad representativa del todo (la autoridad o gobierno), cf. Iredell Jenkins, *Social order and the limits of law*, Princeton, 1980.

que un hombre privado de ejercer su derecho a la tierra es un imposible existencial. Por ello ese derecho es *un derecho humano existencial* previo a todo ordenamiento positivo.

En cambio, el fenómeno descrito en la segunda conclusión destaca que *la sobrevivencia del ser humano es mediatizada por una estructura societaria especial: el orden económico*. Esta mediatización (creciente con el desarrollo cultural) es la que nos arrastra a una superficial apreciación de los hechos y genera una errónea opinión —prevaleciente en la actualidad— según la cual la tierra, como condición de vida no tiene hoy la significación de antaño. Esto es falso. En verdad la tierra como condición de vida tiene hoy, desde cierto punto de vista, mayor importancia aun que en los albores de la humanidad. Lo importante es reconocer que el orden económico es una mediatización ineludible para la sobrevivencia del hombre; pero que sólo es una mediatización entre él y su condición de vida, la tierra. Lo importante es reconocer que en esta mediatización llamada orden económico enraízan los problemas que tratamos de resolver mediante la idea de justicia social. En efecto, es el orden económico el que permite a cada hombre vivir no sólo de su trabajo sino en mucho mayor medida vivir del trabajo ajeno. *Determinar cuándo este “vivir del trabajo ajeno” es justo o no, es el problema central de la justicia social.*

#### IX. SEGUNDO DERECHO EXISTENCIAL DEL HOMBRE

Hay una dependencia del todo social —la sociedad— del orden económico, en el sentido que no existe ni puede existir una sociedad humana sin un cierto orden económico. Y, hay también, una dependencia del orden económico —como comportamientos de hombres reales laborando la naturaleza— del suelo. ¿De cuál suelo? En principio del suelo sobre el cual la sociedad ha sentado sus reales; aunque, como la historia lo muestra, el orden económico puede extenderse a parcelas del planeta ajenas y hasta lejanas del lugar de asiento de la sociedad. Este es un interesante punto (la distinción que puede hacerse entre el “cuerpo político” y el “cuerpo económico” de una sociedad) que no puedo hacer ahora. Lo que me importa destacar es que no puede existir orden

económico de una sociedad humana (y por ende no puede existir la correlativa sociedad o asociación de personas en cooperación activa), sin un territorio que sea su sede material. En otras palabras, se percibe que es condición de existencia de la sociedad humana el disponer de un territorio sobre el cual los hombres establezcan su orden económico. Este es un derecho del todo social. *Es el derecho existencial de la sociedad*. Derecho previo a todo ordenamiento positivo <sup>8</sup>.

Este segundo derecho existencial del hombre nunca ha sido negado. Es tan obvio que se da por supuesto. En su tratamiento teórico, a partir de la edad moderna hasta hoy, ha venido, lamentablemente, confundido en la cuestión de la “soberanía” política. El trato de ese derecho existencial del hombre como asociación en el campo de la ciencia política desdibuja el carácter económico, material de ese derecho que es condición de vida de la sociedad. Este es el primer mal que nos ha ocasionado el ventilarlo en el capítulo de la “soberanía política” del gobierno o del Estado. Pero el segundo, igualmente pernicioso, es que al ser examinado como tópico de la soberanía política, cuestión eminentemente política de fuertes raíces emotivas, ha impedido apreciar en toda su magnitud el sentido de ese derecho existencial de la sociedad a contar con un territorio propio. Ha dificultado ver su sentido más profundo: que los miembros de la sociedad, los hombres individuales, origen de las necesidades que el orden económico trata de satisfacer, son los destinatarios del suelo. Es para ellos, no para la sociedad en sí, que la sociedad tiene que ejercer su imperio sobre un territorio.

La confusión que ha padecido el trato del segundo derecho existencial del hombre y la opacidad de su sentido, es la causa de la situación dramática (que a veces parece trágica) que viven los

<sup>8</sup> Aunque los antecedentes teóricos del problema se encuentran en los fundadores de la ciencia económica, los fisiócratas, de hecho la exposición más sistemática de estos derechos existenciales ha estado a cargo del filósofo social Henry George (1839-1897). George adquirió renombre mundial por su libro *Progress and poverty*, (1879); pero su obra fue mucho más amplia, siendo recomendable su libro póstumo, aunque inconcluso, *Ciencia de la economía política*.

países de América Latina <sup>9</sup>. Estados que no ceden en mostrarse ultra sensibles al más mínimo roce que pueda sufrir su territorio fronterizo, acreditan una total y permanente falta de sensibilidad frente a masas harapientas de su población carentes de un pedazo de suelo para vivir y trabajar. Esos mismos Estados que defenderían a sangre y fuego el despojo de una pulgada de territorio nacional como si fuera lo más valioso de que disponen, al mismo tiempo dan lástima por sus miserables condiciones materiales debido a su falta de recursos. Estados soberanos sobre las mayores extensiones del planeta, se endeudan porque los hombres de la asociación no son capaces de producir los recursos que la sociedad necesita. Son los mismos países en los que su gente —los miembros del orden económico— jurídicamente libres para ejercer toda industria lícita son impotentes para producir lo necesario, a pesar de vivir en territorios generosamente provistos por el Creador. Por cierto que la constitución jurídica que hace libre a los hombres y obliga a sus gobiernos a legislar en favor de la justicia y el bienestar general sólo puede ser calificada de excelente. ¿Pero que hay de la constitución económica *¿En qué medida la constitución jurídica asegura que se hayan constituido aquellos dos derechos existenciales del hombre?* <sup>10</sup>. Todo esto permanece a oscuras o ignorado, entre otras causas por tratarse el derecho existencial de la sociedad en relación al suelo elípticamente en términos de “soberanía nacional”. Una teoría material del derecho —como base del orden jurídico— tiene que asumir otro enfoque.

<sup>9</sup> Cf. Busey, James, *Latin America political guide*, Juniper Editions, Colorado, 1991 y Andelson/Dawsey, citado *ut-supra*.

<sup>10</sup> Si bien el problema social que genera la mala constitución de los dos derechos existenciales es patético en América Latina y en otras sociedades del mundo pobre, la cuestión tiene igual vigencia en los países desarrollados, aunque se trate de los altamente industrializados. Conviene tener presente este hecho porque quienes ignoran los efectos del mal trato de los derechos existenciales a la naturaleza, creen que el problema de la tierra no existe en estos últimos. Sobre este punto, con gran claridad, Fred Harrison, *The power in the land. An inquiry into unemployment, the profits crisis and land speculation*, Shephard/Walwyn, Londres, 1983.

## X. DOS DERECHOS EXISTENCIALES COMO JUSTICIA CONSTITUTIVA

El contexto del que parte Rawls para sus investigaciones sobre la noción de justicia es, por cierto, muy diferente al que yo acabo de describir como propio de las naciones latinoamericanas. Rawls es norteamericano y la historia de los Estados Unidos —en relación a aquellos dos derechos existenciales— es por completo diferente a la latinoamericana. Se puede decir que Rawls tuvo como contexto, de la que parte su filosofía, una sociedad sometida a graves convulsiones <sup>11</sup>. Me refiero a la década de 1960. Una sociedad en donde los canales que aseguran la distribución del producto social no están en buenas condiciones y hacen falta criterios para poder remodelarlos. Pero una sociedad que, pese a sus convulsiones, no cuestiona la “constitución económica”. Por ello Rawls puede partir de la existencia de una “sociedad cooperativa”, o sea hombres cuya relación con la naturaleza no ha sido puesta en cuestión.

Sin embargo, si bien es históricamente explicable el punto de partida de Rawls, es filosóficamente criticable, porque las conclusiones de la filosofía tienen, o aspiran a tener, por provisionarias que sean, vigencia universal. Y *Rawls comete omisión al no tratar la cuestión de los derechos existenciales del hombre, como individuo y como sociedad.*

Un modelo cooperativo como relación de hombres entre sí estará siempre condicionado por el modelo material que, de hecho, hayan establecido (o se suponga han de establecer) los hombres (como individuos y como conjunto social) con la naturaleza.

Desde luego que, como dice Rawls, el fin objetivo de la asociación cooperativa consiste en mejorar la situación de los que toman parte en ella. Pero este fin supone justamente una “asociación cooperativa”, que es un orden específico, salvo que distorcionemos el lenguaje llamando, por ejemplo, asociación

<sup>11</sup> Cf. Martínez García, Jesús Ignacio, *La teoría de la justicia de John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

cooperativa la que media entre el dueño de una plantación y sus esclavos. El estilo de la “asociación cooperativa” es determinado, fundamentalmente, por el haz de relaciones que los hombres han constituido con la tierra <sup>12</sup>. Haz de relaciones que expresando derechos existenciales los hombres no pueden dejar de constituir. No es lo mismo para la viabilidad de las relaciones cooperativas que sólo una persona, sólo algunas, la mayoría o todas, tengan derecho a acceder al suelo como individuos. En las dos primeras hipótesis las relaciones de producción que se establezcan sólo el nombre de cooperación tendrán. En la primera, caso del Estado dueño del suelo, el orden económico será centralizado y todas las relaciones (y no sólo las económicas), serán de dominación y subordinación. Tampoco es lo mismo (en cuanto a la existencia de una “asociación cooperativa”) que el derecho existencial de la sociedad respecto del suelo haya sido establecido y ejercido o no. Lamentablemente no puedo extenderme en este punto capital. Todo el sistema tributario, bancario, de crédito y monetario toma un giro u otro, afectando la “cooperación de los productores” y todas las relaciones humanas, según la sociedad ejerza o no su derecho existencial sobre la tierra. En el sentido interno y no en el sentido de soberanía exterior.

#### XI. LOS DERECHOS EXISTENCIALES DEL HOMBRE Y LA JUSTICIA SOCIAL DISTRIBUTIVA

Pensar que un *conjunto de personas* se pueden poner de acuerdo para distribuir el producto de sus esfuerzos con ignorancia de las condiciones de dominio (de la sociedad y los individuos) sobre el *territorio* en que se asientan es una tarea, en el mejor de los casos, poco fructífera. Normalmente, de efectos desastrosos para el orden social y la vida humana individual. La falta de consideración mental y sistemática de ese dato material hace que todo lo que se medite respecto de la justicia social (como criterio para el reparto de ventajas y cargas de la asociación) quede en estado de suspensión: a la espera que se aclare —previamente—

<sup>12</sup> Nielson; Andelson/Dawsey, citados *ut-supra*.

cual es la relación que los hombres han establecido o establecerán con la naturaleza. Este estado de dependencia hace que tal mediación sea de un contenido meramente formal, lógicamente interesante, pero de escaso valor postulativo. Con lo cual el núcleo de la idea de justicia queda incompleto. Lo que en cada caso se postule puede valer o no valer, ser justo o no, según sea el trato deparado al uso del territorio por parte de los asociados, a la sociedad y a ellos mismos. Desde este punto de vista, la regla que determine cuál es la relación *debida* que han de establecer los hombres (como individuos y como conjunto social) con el suelo, es una regla de contenido material. Lo que establezcan en ese respecto los socios fundadores no sólo los afecta a ellos sino que condiciona todas las futuras relaciones económicas, políticas, jurídicas y culturales que entre ellos se desarrollen. Mal resuelta la relación constitutiva, las relaciones iniciales pueden degenerar de tal modo que ellos mismos las cuestionen. Pero afectan también a los futuros hombres que posteriormente quieran asociarse —inmigrantes o descendientes—. Una mala relación constitutiva —por más que se quieran corregir sus efectos mediante una mejor justicia distributiva— puede impedir la llegada de nuevos contingentes y hacer de la vida un infierno para todo recién nacido. Los tipos de orden generalmente conocidos como “sociedad abierta” y “sociedad cerrada”, en buena medida se han dado, históricamente por causa de determinadas relaciones de los hombres con el suelo <sup>13</sup>.

Las postulaciones en favor de cierto tipo de reparto del producto (justicia social distributiva) si carecen de base material (justicia social constitutiva) pueden ser impropias o incompatibles con el orden social. Dos monstruos contemporáneos muestran parte de la incompatibilidad que puede darse entre la justicia

<sup>13</sup> Conviene recordar en este punto la labor esclarecedora de un jurista que homenajeado mediante la designación con su nombre de una de las calles que circunda nuestra facultad, no es conocido lo que fuera necesario, dada la entidad de nuestros problemas de orden social. Nos referimos al uruguayo don Carlos Vaz Ferreira, de quien —dentro de su vasta producción— se encuentra su libro *Sobre la propiedad de la tierra*, (Montevideo, 1918), en el que desarrolla el tema desde la perspectiva de un derecho existencial.

social distributiva con la viabilidad del orden económico y, por ende, de la sociedad y la vida individual: la inflación y el hiperendeudamiento del gobierno. Ambos fenómenos son efecto del choque entre una justicia social formalmente plausible y una pésima administración de los derechos existenciales al suelo.

Sin suelo y sin un cierto tipo de derecho a su uso no hay actividad económica ni orden económico ni, por lo tanto, sociedad humana. No la hay porque aquella materialidad y el establecimiento formal de esos derechos existenciales constituyen la base material del orden social. Habiendo ambas cosas —suelo y normas regulatorias para su uso (por parte de los individuos y de la sociedad)— se da el cimiento de la vida económica y social concreta. *Pero las líneas maestras de la justicia con que se haya construido ese cimiento generan y condicionan los problemas y las soluciones de la justicia para el reparto.*

Cierto es que la justicia en la distribución puede aminorar muchas “injusticias” provenientes de la constitución del cimiento social. También los cimientos de un edificio pueden tolerar, sobre todo si se cuenta con los avances de la técnica moderna, algunos desplazamientos de los muros más allá de las líneas de los cimientos. Pero también es verdad que tales artificios tienen límites. Del mismo modo la ingeniosa técnica social puede mejorar los repartos; pero tampoco ella puede avanzar más allá de los límites determinados por los cimientos de la justicia constitutiva. *Desde este punto de vista la justicia distributiva es una justicia derivada y condicionada. La justicia constitutiva aparecería como el dato condicionante.*

## XII. POR UNAS REGLAS DE MAYOR CONTENIDO MATERIAL

Es obvio que el problema que acabo de plantear no cuestiona la obra de Rawls *in totum* ni mucho menos. Trata de poner de relieve la distinción entre lo que podríamos llamar dos momentos de la justicia social: el constitutivo y el distributivo, vinculando al primero el fenómeno concreto del uso del suelo. Sólo algunas formas normativas que regulen las relaciones hombre/suelo

pueden ser estimadas como justas: aquellas que respetan los dos derechos existenciales; los derechos al suelo por parte del hombre y la sociedad como condición de vida de individuo y el todo, la asociación.

Es claro que el apreciable esfuerzo de Rawls está encaminado a descubrir reglas de justicia social con un mayor contenido material del que, hasta ahora, ha logrado el pensamiento filosófico. Mi trabajo tiene que ser visto como una contribución a ese empeño de Rawls.

## FEDERALISMO Y RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES

por EVE I. RIMOLDI DE LADMANN \*

### *INTRODUCCION*

En un trabajo <sup>1</sup> anterior me he referido a las tendencias que se manifiestan en el escenario actual que tendrán influencia en nuestro desarrollo. No voy a reiterar aquí sus consideraciones, sino a tomar en cuenta algunas de esas tendencias.

El Derecho Constitucional creó marcos formales que fueron eficaces para la organización de los Estados nacionales durante los trescientos años de desarrollo de la civilización industrial. Desde la década del 50, en este siglo, nuevas categorías jurídicas, como el Derecho de la Integración, tratan de dar una respuesta adecuada a los problemas que se plantean: por un lado, la constitución de grandes bloques políticos y económicos (los Estados-continente o las Comunidades Económicas) y por el otro, la necesidad del individuo de pertenecer a una unidad de origen más pequeña, como puede ser su provincia o municipio.

Se producen así, cambios en las relaciones políticas y económicas, internas e internacionales, que se traducen en modificaciones institucionales que no pueden aprehenderse si se las considera *sólo* desde enfoques tradicionales, como el Derecho Constitucional o el Derecho Internacional.

\* Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A.

<sup>1</sup> Ladmann, Eve I. Rimoldi de "Derecho de la Integración Latinoamericana y Derecho Constitucional", *Cuaderno de Investigación* Nº 20, Inst. de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja", Fac. de Der. y Cs. Sociales, U.B.A.

Sin embargo, ciertos principios resultan aún hoy aplicables a las nuevas estructuras de integración que surgen, como por ejemplo, los del federalismo. Veamos algunos ejemplos antes de entrar al análisis del tema propuesto.

— En el sistema federal, la participación de sus miembros se logra mediante un proceso de negociación, permitiendo que cada provincia intervenga en la toma de decisiones. La experiencia histórica nos muestra que ese proceso no siempre fue pacífico, y que la aceptación de una solución negociada se produjo sólo después de violentos enfrentamientos. Pero finalmente se llegó a un acuerdo, partiendo de una ficción jurídica: la soberanía del Estado federal y el reparto de competencias entre éste y los estados miembros.

Hoy, la aceptación de otras *ficciones jurídicas*, como la delegación voluntaria de competencias sin renunciar a la soberanía, ha permitido avanzar en los procesos de integración económica.

— Otros principios federales tienen también vigencia para resolver los problemas que plantean las interrelaciones entre unidades que mantienen su integridad pero que unifican sus decisiones en áreas cada vez más comprensivas.

El reconocimiento de la existencia de diferentes centros de poder como forma de preservar la libertad individual y local al mismo tiempo que existe la unión en un organismo central, es una de las bases fundamentales del sistema. Implica algo más que una estructura política: exige una cooperación de parte de individuos e instituciones que al mismo tiempo tienen una firme convicción sobre sus respectivas integridades. Esta concepción dual y ambigua es la que acerca la estructura federal y la integración regional, interesando el concepto no sólo al *Derecho Constitucional*, sino también al *Internacional*. Pero esto no es novedoso.

Recordemos las teorías que se desarrollaron en el siglo xvi —Jean Bodin o el escritor alemán Samuel von Pufendorf, uno desde el enfoque del Estado y otro desde el Derecho Internacional— que ya consideraban la estructura federal, si bien para rechazarla como incompatible con el concepto de soberanía, indivisible dentro del Estado. Posterior a Bodin, el jurista holandés Hugo Grotius también examina *los acuerdos federales como as-*

*pectos de la ley internacional* y admite su coexistencia con la soberanía estatal.

— Algunos de los problemas que se plantearon cuando los Estados debieron organizarse en los siglos xvii y xviii adoptando la estructura federal, subsisten hoy ante la necesidad de aceptar procesos de integración; entre ellos, la dificultad de conciliar el principio de estructura jerárquica del Estado central, con la mayor participación en el ejercicio del poder por parte de los Estados locales.

Por ello, me ha parecido interesante analizar el tema de las *relaciones económicas internacionales* en los dos niveles:

1. Las relaciones económicas internacionales y las atribuciones del gobierno federal.

2. Las relaciones económicas internacionales y las atribuciones de los gobiernos provinciales.

¿Cuál es —en el nuevo escenario al que hice referencia—, el rol que le corresponde a las provincias? ¿Cómo se interpretan las atribuciones que les confiere la Constitución nacional? ¿Han excedido esos límites las nuevas constituciones provinciales? ¿Qué ocurre en la realidad? Estos son sólo algunos de los interrogantes que me planteo, a los que trataré de dar respuesta.

## CAPÍTULO I

### *LAS RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES Y LAS ATRIBUCIONES DEL GOBIERNO FEDERAL*

El federalismo se ha desarrollado en América y en Europa para solucionar realidades diferentes: en algunos casos, para dar una estructura política única a quienes ya se sentían parte de una nación, como fue el caso nuestro o —con las diferencias que ya conocemos— de Estados Unidos donde quienes se unieron eran cuerpos políticos existentes, pero en ambos ejemplos se buscaba un gobierno central superior al de los estados que lo componían y autonomía en las decisiones que se reservaban éstos. En otros lugares, la realidad que hubo que enfrentar fue distinta, como ocurrió en las ex Yugoslavia y URSS donde existían y existen

enfrentamientos entre etnias que se consideran naciones, a las que les cuesta reconocer un gobierno central que se les impuso por la fuerza e intentan otras estructuras que no será fácil que subsistan en forma independiente.

No voy a referirme en general a los principios federales comunes a los sistemas organizados como tales, sino sólo a algunas características que tienen relación con el tema que trato: el ejercicio de atribuciones provinciales en las relaciones económicas internacionales.

1. *La existencia de una constitución escrita* que sólo puede modificarse mediante procedimientos extraordinarios. Ella determina la distribución de las funciones entre el Estado central y los estados miembros. Algunas de esas atribuciones se reservan las provincias, otras se delegan en el gobierno central y se establece una tercera categoría, las que ejercen en forma concurrente. Este sistema implica el reconocimiento de una *unión indestructible* compuesta por *estados indestructibles* como lo ha expresado en admirable síntesis el juez Salomón P. Chase de la Corte Suprema de Estados Unidos; es decir, por un lado el principio de la lealtad federal que se les exige a los estados miembros y por el otro, el respeto de sus autonomías por el gobierno central.

2. *La no centralización*, refiriéndome con esta expresión, a la difusión del poder entre centros efectivos que toman decisiones sustanciales. No utilizo el término descentralización porque este implica la *adjudicación de facultades específicas* de un gobierno central a gobiernos locales, sujetas al control del primero (caso de Francia o de las regiones en Italia y España). En cambio, cuando existe *no centralización*, se asegura a los gobiernos locales que la participación en el ejercicio del poder político no pueda ser *modificada por los poderes constituidos*.

Esta *no centralización* supone un cierto equilibrio entre los estados locales, para asegurar la supervivencia del sistema, encuadrado en una democracia. Es decir que las desigualdades geográficas, de población o de riquezas entre ellos, no deben ser muy importantes, para evitar el fracaso del federalismo como ocurrió en Alemania, ante la hegemonía de Prusia a fines del siglo XIX que impidió la estabilidad, o en este siglo en la ex URSS,

donde la concentración de tres cuartas partes del territorio y tres quintos de la población en la República Rusa tornó difícil un auténtico acuerdo federal con el resto.

Para mantener este principio, y por ende, el federalismo, se requiere que tanto la Nación, como los estados locales tengan sus propios gobiernos y legislaturas y el derecho de modificar sus instituciones dentro de los límites que le marca la Constitución federal. Pero esto no significa que todas las actividades gubernamentales sean conducidas por instituciones separadas. El mutuo acuerdo entre el nivel federal y el local puede lograr una mayor eficacia en alcanzar los objetivos de una determinada decisión política. La participación en el federalismo debe ser concebida en forma amplia, tanto en los aspectos de toma de decisiones políticas, como en la financiación y administración, lográndose mediante acuerdos entre ambos niveles, que permitan mantener la autonomía institucional. Coincido con Frías en el sentido que este federalismo de concertación como lo denomina, puede resolver la concentración del poder en el gobierno central que ha venido ocurriendo desde el nacimiento del sistema. Se legitimaría la autoridad provincial a partir de los servicios que se presten más que por la efectiva vigencia del sistema tal como fue concebido <sup>2</sup>.

El federalismo plantea una continua tensión que debe resolverse frente a los temas que aparecen. No puede decirse que la Constitución haya considerado todos los aspectos de las relaciones entre el Estado federal y las provincias, ni que hubiese existido la posibilidad de hacerlo en 1853. Los cambios cuya aceleración es una característica de estos tiempos que nos tocan vivir, obligan a considerar una vez más esas relaciones para analizar su funcionamiento en el mundo actual de interrelaciones, especialmente en el área de la economía.

En la primera parte de la Constitución, los artículos 4º, 9º a 12, parte del artículo 14, el párrafo final del artículo 16, artículos 20, 25, 26 y 27 se ocupan de cuestiones relacionadas con aspectos

<sup>2</sup> Frías, Pedro J. *Cuaderno de Federalismo*, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 1987, págs. 26, 39.

económicos. Son once artículos sobre treinta y cinco, casi una tercera parte de las declaraciones, derechos y garantías.

Al enumerar las atribuciones del Congreso en el artículo 67, doce incisos sobre veintiocho tratan cuestiones referidas a temas económicos, dándoles prioridad sobre aspectos políticos de su competencia. Se evidencia así el acuerdo de los constituyentes con el criterio alberdiano en el sentido que la Constitución no sólo establece un sistema político sino también económico, cuya elección hace al progreso y felicidad de los pueblos <sup>3</sup>.

Los aspectos económicos ocupan un lugar muy importante en la consideración de las funciones que ejerce el gobierno federal. Esas atribuciones que le asigna la Constitución están referidas, 1) *al orden interno* (como por ejemplo, aprobar el presupuesto nacional; imponer contribuciones directas o establecer un Banco de la Nación: art. 67 incs. 2º, 5º, 7º) y 2) *al orden internacional* (entre otras, arreglar el pago de la deuda exterior; arreglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras: art. 67 incs. 6º y 12 o en el caso del Presidente, concluir y firmar tratados de comercio con otras naciones: art. 87 inc. 14).

La referencia a las atribuciones económicas del gobierno federal (Congreso y Presidente) en el orden interno e internacional que he mencionado en el párrafo anterior, son competencias delegadas por las provincias y que por lo tanto, no pueden ser ejercidas por éstas, de acuerdo a los principios de la organización federal que consideré anteriormente.

Las disposiciones constitucionales acuerdan al gobierno federal una supremacía en la conducción de las relaciones internacionales (arts. 27, 67 incs. 12, 19 y 21; 87 incs. 10, 14; 18; 31), que impediría a las provincias ejercer aquellas facultades. Pero, hay acuerdo en la interpretación de las disposiciones constitucionales cuando se refieren a los "tratados parciales".

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, cuando ha tenido que expedirse en consultas, aplicó los criterios coinciden-

<sup>3</sup> Alberdi, Juan B., "Sistema económico y rentístico de la Constitución Federal Argentina", (Introducción) en *Organización de la Confederación*, t. II, Buenos Aires, 1929.

tes sostenidos por los internacionalistas como Barberis, De La Guardia – Delpech, Ruiz Moreno y Vinuesa <sup>4</sup>. Pueden sintetizarse así:

1 – La conducción de la política exterior es competencia del gobierno federal.

2 – Sólo éste tiene atribuciones para firmar tratados con otros Estados porque tiene personalidad jurídica internacional y responsabilidad de los actos propios.

3 – No puede firmar tratados que afecten competencias no delegadas por las provincias, sin el consentimiento de la provincia involucrada.

4 – Los funcionarios provinciales pueden firmar tratados con otros Estados, dentro de las competencias no delegadas o concurrentes de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Nacional y las atribuciones otorgadas por la respectiva Constitución provincial, *siempre y cuando* el Presidente de la Nación invista al gobernador con la plenipotencia necesaria a ese efecto. Podría considerarse un caso de delegación de competencias <sup>5</sup>.

#### EL ENFOQUE DEL PROCESO POLITICO

De acuerdo a la Constitución se interpreta entonces que las relaciones internacionales son conducidas por el Presidente de la Nación, se expresan jurídicamente a través de tratados internacionales y obligan a la Nación cuando se convierten en ley.

Pero existen otros instrumentos que no revisten el carácter de tratado aprobado por ley, que sin embargo obligan internacionalmente, como por ejemplo los acuerdos ejecutivos y los acuerdos

<sup>4</sup> Barberis, Julio, *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 59; De la Guardia y Delpech, *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969*, Bs. As., 1970, pág. 150; Ruiz Moreno, Isidoro, *El Derecho Internacional público ante la Corte Suprema de Justicia*, EUDEBA, Bs. As., 1970; Vinuesa, Raúl "Los tratados parciales frente al Derecho", *J.A.*, 1982-III, pág. 640.

<sup>5</sup> *Dictamen de la Dirección de Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto sobre, "Facultades de las Provincias Argentinas para celebrar tratados internacionales"*, 1989.

firmados dentro de las previsiones de los tratados-marco regionales, para los cuales la Constitución no ofrece una solución porque no podían tenérselos en cuenta cuando fue redactada.

Desde este punto de vista, las relaciones internacionales parecen ser una categoría más comprensiva que el concepto considerado por la Constitución y es aquí donde no hay coincidencia de opiniones resultando difícil el análisis de las relaciones internacionales y su correlato jurídico: los tratados.

La distinción que hace Pedro Frías entre política exterior y gestión internacional, a mi entender permite comprender mejor una realidad que no puede negarse: la intervención de las provincias en las relaciones internacionales.

Expresa con claridad: “Velada por demasiado tiempo, esta facultad provincial ha sido enunciada con la debida prudencia en la doctrina contemporánea”.

El dinamismo de la vida internacional, la interdependencia creciente, y sobre todo, la integración fronteriza, han suscitado ya cierta participación de las provincias, dado que el sector privado y público manifiestan una misma voluntad en concertar intereses con Estados limítrofes o en ocasión de acontecimientos internacionales: integración física, relaciones económicas, cooperación cultural, son la materia; visitas de delegaciones más o menos oficiales, declaraciones, aun convenios, son las formas que revisiten. Es previsible que esta tendencia se fortalecerá. Esto lo escribía como él mismo recuerda, en 1972 y los hechos han confirmado su visión del futuro <sup>6</sup>.

El enfoque jurídico-institucional es rígido y nos obliga a negar la posibilidad de las provincias de ejercer las atribuciones delegadas al gobierno federal para concluir y firmar tratados de acuerdo al artículo 86 inciso 14 de la Constitución Nacional y las demás disposiciones ya citadas.

Pero ese enfoque jurídico-institucional no es el único modelo de análisis de las relaciones de la Nación y las provincias. Podemos considerar la toma de decisiones políticas como un *proceso*,

<sup>6</sup> Frías, Pedro J. y otros, en *Las Nuevas Constituciones Provinciales*, Depalma, Bs. As., 1989, pág. 10.

es decir *como una relación dinámica y compleja*, que se desarrolla en diferentes niveles en un sistema federal. El análisis jurídico a partir de la Constitución determinará los poderes inherentes e implícitos adjudicados al nivel nacional y al nivel provincial. El análisis del proceso político debe responder a preguntas como: ¿Cuáles son las necesidades actuales? ¿Puede modificarse el nivel de la decisión? ¿En qué área se encuentra el problema? ¿Deben reestructurarse funciones para lograr los objetivos? ¿Qué efectos tiene delegar funciones?

Es aquí donde se perciben y encuentran las soluciones de concertación entre el nivel federal y el provincial para dar respuesta a las necesidades. Con aguda percepción señala Frías: “Se distingue, pues, la política exterior de la gestión internacional en turismo, exportación, radicación de capitales, integración fronteriza, en la medida en que no afecta dicha política exterior”<sup>7</sup>. Es decir, corresponde al nivel federal establecer los lineamientos generales de la política exterior y la firma de tratados que obliguen a la Nación, pero, dentro de esos marcos político y jurídico, las provincias podrán realizar los actos o gestiones que satisfagan sus propios intereses.

#### *LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA FEDERACION*

El tema preocupó desde el nacimiento del sistema mismo. Story en sus *Commentaries on the Constitution of the United States* intenta hacer una distinción entre tratados y los “acuerdos y pactos”<sup>8</sup>. En estos últimos no estaría en juego la soberanía del

<sup>7</sup> Frías, Pedro J. y otros en *La Nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, pág. 18.

<sup>8</sup> Joseph Story, profesor en Harvard, elaboró una serie de nueve Comentarios legales, algunos de los cuales tuvieron influencia internacional, especialmente los tres tomos publicados en 1833 *On the Constitution*. Designado miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos a la edad de 32 años, por el presidente James Madison, pronto se unió al juez Marshall en el afianzamiento de los poderes federales. En *Martín v. Hunter's Lessee* (1816) afirmó la autoridad de la Corte Suprema sobre las Cortes de apelación estatales, en todos los casos en que estuviesen involucrados la Constitución federal, las leyes federales y los tratados.

Estado y por lo tanto no se afectarían las competencias delegadas al gobierno central; los estados pueden celebrar acuerdos con una potencia extranjera, con el consentimiento del Congreso, siempre que no tengan contenido político o se refieran a privilegios comerciales generales.

Más adelante, me referiré a la opinión actual sobre el tema en los Estados Unidos.

En el caso de nuestro texto constitucional, ¿resulta claro cuando se refiere a las atribuciones del gobierno federal y de los gobiernos provinciales? El artículo 107 dice: “Las provincias pueden celebrar *tratados parciales para fines de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso*”. ¿Se refiere a las relaciones económicas internas o a las internacionales? la promoción de la inmigración y de los capitales extranjeros por ejemplo, que son facultades concurrentes, ¿podría hacerse sólo por acuerdos con otras provincias? Por otra parte, el artículo 108 les prohíbe celebrar *tratados parciales de carácter político*.

El término “tratado” significa según el diccionario, acuerdo, pacto, y en ese sentido es aplicable indistintamente a las negociaciones que se realizan en el orden internacional, como a las relaciones que pueden tener las provincias entre sí o con el gobierno federal. Se usa en la Constitución tanto al referirse a los acuerdos que pueden celebrar las provincias (art. 107), a los que no pueden celebrar (art. 108), como a los acuerdos que el presidente firma con otros países (art. 86 inc. 14).

Considero que el texto constitucional no resulta claro y justifica la diferencia de opiniones doctrinarias entre algunos constitucionalistas e internacionalistas.

Completando el criterio de la Cancillería argentina al que ya hice referencia, sostiene la misma que el artículo 107 se refiere exclusivamente a los tratados que las provincias firman entre sí o con el gobierno federal. ¿Con qué fundamento?

1. La responsabilidad que generan los tratados internacionales para el Estado nacional aconseja adoptar este criterio de interpretación. Permite también mantener la coherencia y la efi-

ciencia de la política exterior y la aplicación de las leyes nacionales dictadas en su consecuencia.

2. Los gobiernos provinciales no tienen ninguna atribución para celebrar tratados con autoridades extranjeras (sean éstos parciales o generales), *particularmente los de carácter político*, ni pueden nombrar o recibir agentes extranjeros; es decir, no están facultados para realizar, por sí solos, actividades en el ámbito de las relaciones exteriores ya que las provincias no pueden ejercer las atribuciones delegadas en el gobierno federal ni tienen personería jurídica internacional.

3. Puede agregarse como argumento, que el artículo 67 inciso 12 completa las atribuciones del Estado federal en materia de relaciones económicas internacionales cuando atribuye al Congreso *la facultad exclusiva* de arreglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras. Como señala Frías.

“El cambio social y técnico ha desarrollado, a veces inesperadamente, ciertos poderes delegados a la Nación. El inciso 12 del artículo 67 es un ejemplo bien conocido en los países descentralizados: la jurisdicción federal con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí, lleva consigo todas las formas de comunicación interjurisdiccional con su enorme importancia como tecnoestructura”<sup>9</sup>. El gobierno federal avanzó inclusive sobre atribuciones que se reservaron las provincias, concluyendo tratados sobre puntos de competencia exclusiva de las mismas.

Alberdi, en el apéndice a su *Sistema económico y rentístico de la constitución federal*, utiliza indistintamente el término “tratado” para referirse también a los que firmaron las provincias entre sí antes de 1853 como partes integrantes de una misma Nación<sup>10</sup>. Es decir, aplica el término “tratado” tanto a los acuerdos entre las provincias como a los internacionales, por lo que confirmaría la posición que apoya la interpretación del artículo 107 como referido a los *tratados* interprovinciales, dado que las

<sup>9</sup> Frías, Pedro. J., *Cuaderno de Federalismo*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 1987, pág. 12.

<sup>10</sup> Alberdi, Juan B., ob. cit. pág. 453. Estos tratados, alrededor de cincuenta han sido recopilados por Ravignani en sus *Asambleas Constituyentes Argentinas*.

relaciones exteriores ya quedaban excluidas como atribución de las provincias <sup>11</sup>. Su opinión se manifiesta claramente en este sentido, cuando trata el tema de la incorporación de la provincia de Buenos Aires y las atribuciones que ésta quería conservar. Las circunstancias históricas eran muy diferentes a las actuales. Buenos Aires pretendía el monopolio de la navegación fluvial y el puerto de importación y exportación, firmando tratados con otros países, lo que “implicaba restablecer el desquicio de las provincias” y “el gobierno irresponsable de la Nación, que ejerció durante treinta años”. Alberdi creía que era fundamental para el desarrollo del país que fuese atribución exclusiva de la Nación firmar tratados donde se reconociese la libre navegación fluvial, obligando así a las provincias a respetarla. Esa desconfianza hacia las intenciones de la provincia lo lleva en su proyecto a exigir la aprobación de los tratados parciales a que se refiere el actual artículo 107, por el Congreso de la Nación, redacción que los constituyentes sustituyen obligándolas sólo a ponerlos en conocimiento del mismo.

La doctrina de los constitucionalistas, a pesar de coincidir con lo expuesto en los aspectos más importantes, mantiene discrepancias. Bidart Campos admite la atribución de las provincias para firmar tratados parciales con otros Estados en materias que

<sup>11</sup> Los artículos de la Constitución Nacional 27, 107 y 108 corresponden a los arts. 35, 104 y 105 del Proyecto de Alberdi. Este último coincide con el texto actual, pero hay diferencias con los dos primeros que disponían: art. 35 “Las relaciones de la Confederación con las naciones extranjeras respecto a comercio, navegación y mutua frecuencia, serán consignadas y escritas en tratados que tendrán por base las garantías constitucionales deferidas a los extranjeros. El gobierno tiene el deber de promoverlos”. El art. 104 disponía: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con *aprobación* del Congreso General”. El proyecto redactado por la Comisión de la Convención Constituyente era similar, y como lo expresó Alberdi fue tomado de la Constitución norteamericana (Alberdi. J. B., *Obras Completas*, t. III, pág. 580. 1886). A propuesta de Gorostiaga, se modificó la redacción del proyecto de Alberdi, sustituyendo la aprobación por el conocimiento que debía tomar el Congreso. En la sesión del 30 de abril de 1853, en que se aprueba el artículo por unanimidad, no se registró en Actas un debate sobre el mismo. (Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, pág. 535).

se han reservado o que son concurrentes, interpretando en ese sentido el artículo 107, pero exigiendo la *aprobación* del Congreso <sup>12</sup>, agregando en el Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que sito más adelante, que no sean tratados que se opongan a otros en que sea parte el Estado federal y que no contraríen la política exterior del gobierno federal.

Si se aplicase el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, a la cual nuestro país adhirió sin reservas en 1969, un tratado firmado en violación de una disposición del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegada “por el Estado como vicio del consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Los tratados parciales de carácter político firmados por las provincias con otros Estados caerían dentro de esta excepción a la responsabilidad internacional del Estado, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución, ya que cualquier Estado extranjero debe conocer las disposiciones constitucionales: habría una violación manifiesta. Pero no podría eximirse al Estado de responsabilidad por la firma de tratados parciales de carácter comercial, por ejemplo, dado que no existe coincidencia en la interpretación del artículo 107: no puede considerarse la violación como “objetivamente evidente”.

<sup>12</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Bs. As., pág. 162, 1986. Solá, Juan Vicente, “Los Tratados Parciales de las Provincias con Estados Extranjeros”, en *E.D.*, t. 88, pág. 881, comparte ese criterio. Dice: “El ‘conocimiento’ implica un control; hay en el registro del tratado parcial una aprobación a éste. Los constituyentes excluyeron la aprobación como requisito previo formal y expreso del tratado parcial, pero al exigir el conocimiento previo establecen que no podrá haber tratado sin el consentimiento expreso o tácito del Congreso”. Me he referido en el trabajo al incumplimiento de la disposición constitucional.

## LA COMUNICACION AL CONGRESO

¿Cómo se ha cumplido la obligación de las provincias de poner en conocimiento del Congreso los tratados que firman? ¿Cómo ha interpretado el Congreso esta cláusula? ¿Ha tomado conocimiento de los tratados parciales interprovinciales o aceptó conocer los internacionales?

— De acuerdo a lo informado por la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso, no se ha organizado una oficina o un procedimiento para dar cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 107 de la Constitución.

Tampoco el cumplimiento de la cláusula constitucional despertó interés en los legisladores. Recién en 1973, los senadores José A. Allende, Eduardo A. Paz y Alberto M. Founrouge presentaron un proyecto que fue aprobado por resolución nº 272/73, por el que se autorizaba a la presidencia del Senado a crear un Registro de Tratados Interprovinciales que llevaría y actualizaría constantemente la Comisión de Asuntos Constitucionales, Administrativos y Municipales, requiriendo a los organismos nacionales y provinciales, los textos de los tratados ya existentes y que se encontraran en vigencia. En la sesión en que se aprobó el proyecto, el senador Allende lo fundó en la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales y de contar con información sistemática del derecho público provincial, ya que ningún organismo u oficina de la estructura burocrática podía proporcionarla. El proyecto reafirma el criterio de interpretación del artículo 107 en el sentido que las provincias sólo pueden firmar tratados parciales entre ellas, pues no hace referencia alguna a la posibilidad de tomar conocimiento de tratados parciales firmados con otros Estados. Aprobado por unanimidad, nunca tuvo implementación.

— El tema de la atribución de las provincias para firmar tratados, fue objeto de dos proyectos de ley, no aprobados, uno presentado en 1990, por los diputados demócrata cristianos Jorge J. Gentile, Eduardo A. González y Héctor A. Gatti “Ley-convenio de regulación de las relaciones interjurisdiccionales internas” y

## LA COMUNICACION AL CONGRESO

¿Cómo se ha cumplido la obligación de las provincias de poner en conocimiento del Congreso los tratados que firman? ¿Cómo ha interpretado el Congreso esta cláusula? ¿Ha tomado conocimiento de los tratados parciales interprovinciales o aceptó conocer los internacionales?

— De acuerdo a lo informado por la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso, no se ha organizado una oficina o un procedimiento para dar cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 107 de la Constitución.

Tampoco el cumplimiento de la cláusula constitucional despertó interés en los legisladores. Recién en 1973, los senadores José A. Allende, Eduardo A. Paz y Alberto M. Founrouge presentaron un proyecto que fue aprobado por resolución nº 272/73, por el que se autorizaba a la presidencia del Senado a crear un Registro de Tratados Interprovinciales que llevaría y actualizaría constantemente la Comisión de Asuntos Constitucionales, Administrativos y Municipales, requiriendo a los organismos nacionales y provinciales, los textos de los tratados ya existentes y que se encontraran en vigencia. En la sesión en que se aprobó el proyecto, el senador Allende lo fundó en la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales y de contar con información sistemática del derecho público provincial, ya que ningún organismo u oficina de la estructura burocrática podía proporcionarla. El proyecto reafirma el criterio de interpretación del artículo 107 en el sentido que las provincias sólo pueden firmar tratados parciales entre ellas, pues no hace referencia alguna a la posibilidad de tomar conocimiento de tratados parciales firmados con otros Estados. Aprobado por unanimidad, nunca tuvo implementación.

— El tema de la atribución de las provincias para firmar tratados, fue objeto de dos proyectos de ley, no aprobados, uno presentado en 1990, por los diputados demócrata cristianos Jorge J. Gentile, Eduardo A. González y Héctor A. Gatti “Ley-convenio de regulación de las relaciones interjurisdiccionales internas” y

el otro en 1991, por el diputado Jorge Folloni, que reproduce un proyecto anterior.

El primero comparte el criterio de interpretación restrictivo del artículo 107 refiriéndose en forma minuciosa a la concertación de acuerdos, tratados o pactos *entre las provincias*; regula los poderes de sus representantes, la manifestación del consentimiento, reservas, entrada en vigor, nulidades, denuncias, modificaciones, adhesión, depositarios, aplicando a las relaciones interprovinciales en parte, las normas que rigen en el derecho internacional sobre las obligaciones emergentes de los tratados.

En los fundamentos se expresa que el objetivo es “llevar certeza jurídica a un área del derecho federal que se revela actualmente como la más dinámica, aprovechando en lo compatible la inmensa experiencia acumulada en el campo del derecho internacional en lo concerniente a tratados y convenios interestatales”<sup>13</sup>.

El segundo innova sobre la materia, porque reconoce en su artículo 2º la capacidad de las provincias para concertar tratados con naciones extranjeras para “promover la industria existente o la introducción de otras nuevas, la inmigración y la colonización de tierras, la construcción de infraestructura y medios para el transporte, la exportación e importación de productos y radicación de capitales así como para la exploración, explotación y comercialización de sus recursos naturales”, si bien aclara que “tales convenios se formalizarán sin afectar los tratados generales suscriptos por la Nación y las relaciones exteriores cuya conducción ha sido delegada por las provincias en el gobierno federal”.

El proyecto interpreta así el artículo 107 de la Constitución nacional en un sentido amplio, reconociendo a las provincias la facultad para firmar tratados o acuerdos con otros países, pero cuidando según se expresa, “de no invadir atribuciones que por

<sup>13</sup> Como se expresa en el informe que acompaña el proyecto, el articulado tiene su origen en un anteproyecto elaborado por una Comisión de la Universidad de La Plata, integrada por internacionalistas y constitucionalistas de prestigio: Porfirio Aquino, Julio Barberis, Guillermo Cano, Fernando Díaz Ulloque, Pedro J. Frías, Horacio D. Piombo, Humberto Quiroga Lavié, Ernesto Rey Caro y Raúl Vinuesa.

la Constitución corresponden exclusivamente al gobierno federal. Ello sucedería si por esta vía se pretendiera concluir tratados de alcance general o que *implicaran el ejercicio de las relaciones exteriores*".

No se cumplió hasta ahora la obligación de las provincias de poner en conocimiento del Congreso Nacional los tratados parciales que firmen, correspondan éstos a las relaciones interprovinciales o si se admite la interpretación amplia, a las relaciones con otros países.

Coincido con María C. Castorina de Tarquini en que la economía administrativa y la unidad de fines justifican una actividad coordinada de las provincias y la Nación, para lograr mayor eficacia en la gestión, condición de la perdurabilidad de las instituciones <sup>14</sup>.

Esta actividad coordinada sólo puede practicarse en la medida en que funcionen canales de comunicación adecuados y acceso a la información. Poner en conocimiento del Congreso los tratados parciales que firmen las provincias, puede cumplir al menos con ese objetivo, por lo cual sería deseable que se proveyesen los procedimientos adecuados para lograrlo.

La Cancillería ha coincidido también en las ventajas prácticas de la coordinación de la actividad en el nivel nacional y provincial y ha promovido la participación de las provincias en la elaboración de proyectos que sirven de base en las negociaciones internacionales <sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Castorina de Tarquini, María C. "El Federalismo", en Pérez Ghilou, Dardo y otros, *Derecho Público Provincial*, Depalma, t. I, pág. 158 y sigs., Bs. As., 1990.

<sup>15</sup> El 26/VII/1988, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Dante Caputo, convocó a los gobernadores de Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones y Santa Fe a una reunión en la que se aprobó el Acta de Formosa, que "reconoce la importancia que revisten las inquietudes de las provincias para la formulación de la política exterior de la Nación, en particular en el proceso de integración regional..." De esa reunión surgió un proyecto de Protocolo Regional Fronterizo, que recoge las inquietudes de las provincias, proyecto que fue incorporado a las negociaciones de las Cancillerías argentina y brasileña sobre Integración y Cooperación Económica. Las provincias nombradas forman parte de la Comisión Regional de Comercio Exterior del NEA Litoral

## PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. ¿Qué ha ocurrido en los proyectos de reforma presentados en el Congreso? Tomaré en cuenta sólo el período que se inicia en 1983, hasta 1992.

Desde la vigencia del régimen constitucional los representantes políticos de los dos partidos con mayor caudal electoral —radicales y justicialistas— en forma alternada, se han mostrado de acuerdo con la modificación de la Constitución. Se presentaron en total en el Congreso, hasta mayo de 1992, veinticuatro proyectos, incluyendo los de los partidos minoritarios <sup>16</sup>, proponiendo algunos una modificación integral y otros sólo una reforma parcial.

### 1.1. *Proyectos de reforma total de la Constitución.*

Algunos proyectos de reforma de la Constitución, si bien no proponen la modificación de todos sus artículos sino la introducción de pautas generales en base a las cuales se reformarían, éstas implican una modificación sustancial de la Constitución actual. Por ello los incluyo en esta categoría.

Los proyectos que proponen una reforma del texto constitucional fueron presentados por los diputados Miguel Unamuno y

(*Cuaderno de Federalismo II*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 1989, pág. 133).

<sup>16</sup> Los datos han sido suministrados por la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación, *Publicación de Estudios e Investigaciones* nº 6, “Reforma Constitucional”, vol. II, 1989 y proyectos posteriores. Allí se pueden consultar los proyectos presentados. En relación a los proyectos de reforma parcial, los autores fueron los diputados: Raúl H. González, Augusto Conte, Antonio G. Cavallero, Néstor Perl y Diego S. Ibañez (1984); otro del diputado Raúl H. González; Guillermo C. Sarquis (1985); Lucía T. N. Alberti; Carlos M. A. Mosca, reiterada en 1990; Carlos Auyero (1988); José A. Furque; otro de la diputada Lucía T.N. Alberti; Jorge R. Vanossi y Juan Carlos Pugliese; Juan F. Armagnaque; Bernardo I. R. Salduna (1989); Jorge R. Vanossi; Jorge R. Yoma, Luis E. Uriondo, Roberto R. Domínguez, Marcelo E. López Arias y Carlos G. Freytes (1991). No he tenido acceso al proyecto de reforma presentado por el diputado por Córdoba, Maqueda. No se han tomado en cuenta en la consideración del total de proyectos presentados, los que han sido reiteraciones de presentaciones anteriores del mismo autor.

Héctor M. Maya (1984); Héctor Masini, Oscar L. Fapiano, Oscar S. Lamberto, José L. Manzano, César Mc Karthy y Oscar L. Massei (1985); Ricardo J. Cornaglia (1987); Héctor Masini, José M. de la Sota y Eduardo Bauzá (1988); Guillermo Estévez Boero (1989); Jorge H. Gentile y Eduardo A. González (1989); Luis F. Zamora (1989); Matilde Quarracino y Alberto Aramouni (1991).

Excepto uno, no han elaborado un proyecto de constitución, sino que en sus fundamentos expresan consideraciones generales sobre la necesidad de la reforma y principios sobre los cuales sus autores sostienen que debe sustentarse, en general apartándose del constitucionalismo clásico o liberalismo y enfatizando el rol del Estado en la transformación de las estructuras socio-económicas.

En el último, sin embargo, los diputados Quarracino y Aramouni, acompañan la redacción de un articulado, para iniciar el debate según manifiestan. Sobre cincuenta y tres artículos de las declaraciones, derechos y garantías, sólo cinco tratan cuestiones económicas, incorporando los principios de la democracia social y la ideología socialista: artículos 4º, 15 inciso 6º, 27, 29 y 30. En la distribución de competencias entre la Nación y las provincias, no se modifican las atribuciones de las últimas en materia de relaciones económicas con otras naciones (art. 136).

En conclusión, y a pesar de algunas referencias a la necesidad de un nuevo pacto federal, no hay innovación alguna en los proyectos presentados sobre el tema específico que me estoy ocupando, la participación de las provincias en las relaciones económicas internacionales.

1.2. Tampoco los que sólo proponen una *reforma parcial* de la Constitución, modifican los artículos referidos a las relaciones entre la Nación, las provincias y los demás Estados.

Podemos afirmar que el tratamiento del tema no ha despertado interés en los legisladores o bien que han considerado que no había necesidad de innovar sobre el mismo.

2. En los proyectos de reforma que conozco, redactados por destacados constitucionalistas durante el período considerado, tampoco hubo especial interés, con algunas excepciones: el proyecto de Félix Loñ y el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Félix Roberto Loñ hace expresa referencia a la necesidad de rescatar “para las provincias el ejercicio pleno de las potestades que estas se reservaron para sí, cuando se sancionó el texto constitucional de 1853”<sup>17</sup>. Si bien no innova en materia de atribuciones del Congreso y del presidente en relación al comercio internacional (arts. 104 y 123 de su proyecto), ni de las provincias en esa materia (mantiene las disposiciones de la actual Constitución), incluye el artículo 151 donde admite la capacidad de las últimas para celebrar tratados parciales con naciones extranjeras con fines económicos, sociales, de interés científico, tecnológico, educativo, cultural, para emprendimientos o trabajos de utilidad común; promoción de su industria y en general las actividades que incluye el actual inciso 16 del artículo 67 de la Constitución, reconociendo también la proyección de las provincias en el marco regional. El límite de estas atribuciones está marcado en un párrafo del mismo artículo 151 que dispone: “El gobierno federal tomará conocimiento de estos acuerdos para determinar que no revisten carácter político ni afectan los tratados suscriptos por la Nación o las relaciones exteriores, cuya conducción ha sido delegada por las provincias. Si merecieran observación por los motivos señalados tales acuerdos no tendrán vigencia”.

En el extenso dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia<sup>18</sup> hay algunas referencias que interesan a este tema:

— *Los problemas del derecho internacional.*

Es de destacar la preocupación por este tema, aunque no es muy claro en cuanto a su consideración. Mantiene el actual artículo 27 pero sustituye su redacción sin alterar su contenido. En lugar de afirmar que los tratados deben estar conformes “con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, dice que deben adecuarse “a los principios constitucio-

<sup>17</sup> Loñ, Félix R., *Proyecto de reforma de la Constitución Nacional*, Bs. As., 1991, pág. 48 y 56.

<sup>18</sup> *Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, “Reforma Constitucional”*, EUDEBA, Bs. As., *Primer Dictamen* (1986) y *Segundo* (1987).

nales”. Considera imprescindible modificar el artículo 31 de la Constitución, para otorgar primacía al tratado o convenio sobre la ley <sup>19</sup>. La modificación del tratado o su derogación —la expresión que utilizan es incorrecta— sólo podrá hacerse en la forma prevista en el mismo y no por ley del Congreso, salvo cuando el mismo “convenio” así lo estableciere.

Al mismo tiempo aconseja incluir otras cláusulas: a) la que autorice al Congreso a “delegar ciertas competencias a entes supranacionales, conforme lo establezca la Constitución”; b) la inclusión expresa de la preeminencia de los tratados sobre las leyes, aunque éstas sean posteriores y c) la vigencia de los tratados una vez canjeados o depositados los instrumentos respectivos por los Estados, con lo cual resuelve la controversia doctrinaria a favor de quienes sostienen que no es necesario dictar una nueva ley para poner en vigencia el tratado. Basta la aprobación de este por el Congreso y el depósito o canje del respectivo instrumento <sup>20</sup>.

No resuelve todas las cuestiones que plantea una integración en un mercado común, como la supremacía de las normas emanadas de entes comunitarios o las sentencias de tribunales supranacionales, pero avanza en la buena doctrina, si se admite la integración económica en un mercado común.

Germán Bidart Campos agrega en su propuesta personal del Segundo Dictamen, la conveniencia de 1) “incluir una fórmula normativa conforme a la cual ninguna norma de un tratado incorporado a nuestro derecho interno podrá ser contrariada, mientras esté en vigencia, por una posterior reforma de la Constitución” (pág. 212); 2) el “reconocimiento de la aplicación directa en jurisdicción interna de las decisiones que adopten dichos órganos, sin posibilidad de descalificarlas mediante el control judicial interno de constitucionalidad” y 3) el “reconocimiento especial de las decisiones emanadas de un tribunal de la comunidad supraestatal a la que se incorporara nuestro Estado” (pág. 213).

Respecto a la segunda afirmación, sólo debe adoptarse, en mi

<sup>19</sup> *Idem*, Segundo Dictamen, págs. 65 a 69.

<sup>20</sup> *Idem*, conf. Germán Bidart Campos, Segundo Dictamen, págs. 211 a 214.

opinión, en la medida en que se avance en la organización de un tribunal de la comunidad que ejerza un control análogo respecto al derecho comunitario.

— *El federalismo y la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias.*

La propuesta tiene como objetivo transformar al Senado en el “órgano fundamental del federalismo argentino, constituyéndose en el ámbito donde se dé la concertación entre la Nación y las provincias”<sup>21</sup>.

Consideran necesario modificar los puntos vinculados “a las facultades de las provincias para celebrar tratados parciales y constituir regiones a través del Senado federal conforme a los mecanismos a instituir en la reforma constitucional”. No se expresan cuáles son esos mecanismos, pero se propone mantener y sostener el federalismo real e histórico, es decir, “a cargo de las provincias los poderes *reservados* y *no delegados*, y a cargo del gobierno central los poderes taxativamente *delegados*”. Los poderes *concurrentes e implícitos* pueden ser objeto de negociación en cada caso particular, entre el gobierno central y los gobiernos provinciales. No hay innovación en este aspecto, excepto la incorporación expresa de las facultades de las provincias para constituir regiones.

El dictamen de la comisión nº 3 propone otorgar al Senado la función exclusiva de registrar los tratados y acuerdos *interprovinciales* celebrados en los términos del artículo 107, por lo que cabe deducir que sus miembros adhieren al criterio que considera que el artículo 107 sólo se refiere a tratados interprovinciales.

Para el hipotético caso de decidir una reforma constitucional, será muy importante tener presente lo que tan acertadamente señala A. M. Giunta<sup>22</sup> al referirse a las constituciones provinciales modificadas: “En primer lugar hay que señalar que el rigor en el diseño no ha sido preocupación de los constituyentes; en

<sup>21</sup> *Idem, Segundo Dictamen*, pág. 48.

<sup>22</sup> Giunta, Ana María, “Las Atribuciones del Poder Legislativo en las Nuevas Constituciones Provinciales” en Pérez Ghilou, Dardo y otros, *Derecho Público Provincial*, Depalma, Bs. As., 1990, t. II, pág. 208.

general, todas las constituciones muestran falencias al respecto. Entendemos que es una carencia seria porque gran parte de las controversias que se plantean entre especialistas tienen su origen en las imprecisiones y ambigüedades que presentan los textos; quizá porque se confunda ambigüedad con flexibilidad y precisión con rigidez, pero estamos seguros que un diseño adecuado puede compatibilizar la precisión con la flexibilidad de las disposiciones constitucionales, evitando discusiones eternas que terminan siempre en posiciones opinables”.

Considero que una futura reforma debiera reconocer explícitamente la facultad de las provincias de concertar tratados no políticos con Estados extranjeros, con el consentimiento previo del gobierno federal, dentro de las competencias que se han reservado o las que ejercen en forma concurrente con la Nación. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania ha incorporado una cláusula que con un enunciado sintético establece en su artículo 32 inciso 3º las condiciones en que se ejerce la atribución por los Estados miembros: “En la medida en que los Länders tengan *competencia para legislar*, podrán, con el *consentimiento del gobierno federal*, concertar tratados con Estados extranjeros”<sup>23</sup>. La referencia al gobierno federal debe entenderse al Primer Ministro o Canciller y los Ministros Federales de acuerdo a su artículo 62. La competencia para legislar de los Länders surge de las disposiciones de los artículos 70 a 75 de su Constitución.

## CAPÍTULO II

### *LAS RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES Y LAS ATRIBUCIONES DE LOS GOBIERNOS PROVINCIALES*

Ya hice referencia en el capítulo I a la interpretación de las disposiciones de la Constitución Nacional sobre competencia del

<sup>23</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, publicada por el departamento de prensa y difusión del gobierno federal, 1990.

gobierno federal y de las provincias en el área de las atribuciones económicas internacionales.

El tema ha despertado mayor interés en los constitucionalistas especializados en el derecho público provincial, que han contribuido con importantes trabajos que destaco en la nota bibliográfica.

Voy a referirme en este capítulo a las disposiciones de los textos constitucionales de las provincias y otros documentos relacionados con los mismos <sup>24</sup>.

Respecto a las constituciones provinciales, se las puede agrupar en tres categorías: 1) las sancionadas antes de la Segunda Guerra Mundial; 2) las reformadas o aprobadas entre 1945 y 1975 y 3) las reformadas o aprobadas desde 1983 a 1991. El criterio cronológico es sólo un elemento aparente de clasificación, porque esta implica también considerar para agruparlas, los cambios en las ideas que inspiraron los textos.

1. De las veintitrés constituciones provinciales vigentes, sólo dos pertenecen al primer grupo. Son las de Buenos Aires (1934) y Entre Ríos (1933).

Ambas disponen que corresponde al Poder Legislativo aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre con otras provincias (Buenos Aires, Sección III, Cap. V, art. 90, inc. 9º y Entre Ríos, Sección IV, Cap. V, art. 81, inc. 1º).

Los constituyentes bonaerenses interpretaron implícitamente el artículo 107 de la Constitución federal en el sentido que sólo acuerda a las provincias la atribución de firmar tratados parciales interprovinciales, al disponer en su artículo 132 inciso 10 (Sección IV, Cap. III) que corresponde al Poder Ejecutivo: "*Celebrar y firmar tratados parciales con otras provincias para fines de la administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de*

<sup>24</sup> Los textos de las constituciones provinciales en vigencia han sido tomados de la publicación del Ministerio del Interior, *Constituciones Provinciales Argentinas*, t. I y II, 1983, y para las modificadas con posterioridad, los publicados por el Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y los recopilados por la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación.

*utilidad común, con aprobación de la Legislatura y dando conocimiento al Congreso Nacional*". Igual criterio habían adoptado los de la provincia de Entre Ríos en la Sección V, Cap. III, artículo 134 inciso 7º, pero en este caso, agregando que esa atribución del Poder Ejecutivo se ejercerá "conforme al artículo 107 de la Constitución Nacional".

Hay en ellas coincidencias en dar un alcance restringido a la participación de las provincias en las relaciones económicas, refiriéndose sólo a las internas.

2. Encontramos en el segundo grupo, nueve constituciones sancionadas o reformadas entre 1945 y 1975: Corrientes (1960); Chubut (1957); Chaco (1957); La Pampa (1960); Mendoza (sancionada en 1916, fue modificada en 1939, 1942, 1947, 1949, 1956, que restablece por decreto 2158 la de 1916 y sus modificaciones; 1959, 1965 y la enmienda de su artículo 120 en 1986); Misiones (1958, enmendado su art. 110 en 1988); Neuquén (1957); Santa Cruz (1957) y Santa Fe (1962).

En general puede decirse que no introducen modificaciones al criterio compartido por la mayoría doctrinaria.

Todas reconocen a su Poder Ejecutivo la facultad de celebrar convenios o tratados con la Nación o con las demás provincias, tratados que deben ser aprobados por las Legislaturas respectivas, dando cuenta al Congreso Nacional, interpretando sin lugar a dudas el artículo 107 de la Constitución Nacional en el sentido de referirse sólo a las relaciones internas. (Corrientes: arts. 125, inc. 7º y 83, inc. 1º; Chaco: arts. 137, inc. 10 y 115, inc. 7º; Chubut: arts. 149, inc. g y 129, inc. 1º; La Pampa: arts. 74, inc. 1º y 61, inc. 2º; Mendoza: arts. 128, inc. 6º y 99, inc. 1º; Misiones: arts. 116, inc. 8º y 101, inc. 1º; Neuquén: arts. 134, inc. 1º y 101, inc. 2º; Santa Cruz: arts. 118, inc. 4º y 103, inc. 1º y Santa Fe: arts. 72, inc. 12 y 54, inc. 11).

No existen otras referencias respecto al tema que trato, excepto en las de tres provincias: Chaco, La Pampa y Neuquén. La Constitución del Chaco introduce una importante innovación; al reconocer la facultad de la provincia de celebrar tratados o convenciones con *organizaciones internacionales*, que deben ser aprobados por su Legislatura unicameral. La Constitución de La

Pampa en su artículo 6º prevé la inconstitucionalidad de toda ley contraria a las prescripciones de la Constitución Nacional, la provincial y los *tratados que celebre la provincia*, dándoles a éstos jerarquía superior a las leyes provinciales.

Por último, la Constitución de Neuquén en su artículo 235 se adelanta a las de su época, al disponer que “la provincia propenderá a la consecución de nuevos mercados para su producción agropecuaria, a la implantación de industrias afines y convendrá con las autoridades de la Nación un régimen de comercio exterior que permita una solución integral en la materia”. Si bien no acuerda a la provincia la atribución de celebrar tratados con otros Estados, es la primera en incorporar una disposición referida al comercio exterior y a la concertación con la Nación de soluciones que protejan el interés provincial.

3. Las constituciones aprobadas o modificadas desde 1983 a 1991 constituyen la mayoría, doce en total: Catamarca (1988); Córdoba (1987); Formosa (1991); Jujuy (1986); La Rioja (1986); Río Negro (1988); Salta (1986); San Juan (1986); San Luis (1987); Santiago del Estero (1986); Tierra del Fuego (1991) y Tucumán (1990).

Se presenta aquí una situación diferente, hay un avance de las atribuciones de las provincias, aunque con algunas excepciones a las que haré referencia más adelante. La mayoría, si bien reconoce la delegación de facultades en el gobierno federal en materia de tratados internacionales, incorpora una cláusula federal que, entre otras disposiciones, autoriza expresamente al gobierno provincial a celebrar tratados y acuerdos en el orden internacional para satisfacer sus intereses. Propuesta por Pedro J. Frías “al iniciarse el ciclo constituyente provincial”<sup>25</sup>, la cláusula federal incluida en cinco de las constituciones, profundiza el concepto del federalismo de concertación. La finalidad es el bienestar social o el progreso, compatibilizando estos objetivos con los establecidos por la Constitución Nacional en su artículo 67 inciso 16. (Catamarca: art. 6º, inc. 8º; Córdoba: art. 16, inc. 6º; Formosa: art.

<sup>25</sup> Frías, Pedro J. *La Nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, pág. 17.

6º, inc. 8º; Río Negro: art. 12, inc. 6º; Tierra del Fuego: art. 5º, inc. 5º).

Las facultades que se acuerdan a los gobernadores son amplias, pues tanto pueden mantener relaciones con organismos internacionales, como con entes públicos o con gobiernos de otros países, con aprobación de sus respectivas Legislaturas y en cuanto correspondiere, por el Congreso Nacional (Catamarca: arts. 149, incs. 1º y 15 y 110; Córdoba: arts. 144, inc. 4º y 110, inc. 2º; Jujuy: arts. 137, inc. 7º y 123, inc. 34; La Rioja: art. 16 y el 102, inc. 12 en cuanto atribuye a la Legislatura la aprobación o no de los tratados o convenios que el gobernador acuerde con entes públicos o privados extranjeros, Estados extranjeros u organismos internacionales. Ha omitido enumerar esa atribución cuando en el art. 123 se refiere a las funciones del Poder Ejecutivo; *San Juan*: arts. 189, inc. 9º y 150, inc. 2º; *Río Negro*: arts. 181, inc. 13 y 14 y 139, inc. 18 en forma implícita, al hacer referencia al ejercicio por la Legislatura de las demás atribuciones previstas en la Constitución; *San Luis*: arts. 168, inc. 15 y 144, inc. 2º; *Tierra del Fuego*: arts. 135, inc. 1º y 105, inc. 7º).

La Constitución de *Formosa* no enumera entre las atribuciones de su gobernador y de su Legislatura la de celebrar y firmar tratados o acuerdos, ni la de aprobarlos sino con relación a otras provincias y la Nación (arts. 138 inc. 1º y 118 inc. 1º).

Pero incluye una cláusula novedosa respecto a las demás, porque dispone que la provincia participa en los sistemas de planeamiento económico regional, federal e *internacional* (art. 39). Puede también firmar tratados con los países ribereños para el aprovechamiento de sus aguas, sin perjuicio de las facultades de la Nación en cuanto a navegación y comercio interprovincial e internacional (art. 52). Se reconoce así la capacidad de la provincia de participar en las relaciones económicas externas, pero sin establecer a través de que órganos o medios.

La Constitución de Catamarca enfatiza en su artículo 149 inciso 1º que el gobernador es el representante del estado y pueblo de la provincia en sus relaciones oficiales con organismos internacionales y Estados del mundo, acordándole —según mi criterio—, atribuciones que entran en conflicto con las normas de la

Constitución Nacional, excepto se interprete en forma armónica con el inciso 15 del mismo artículo, restringiendo esa actividad a la celebración de tratados con "...entes de derecho público o privado, nacionales o extranjeros, y entidades internacionales, para fines de utilidad común, los que deberán contar con la aprobación legislativa, y en los casos previstos en el artículo 107 de la Constitución Nacional, con conocimiento del Congreso Federal".

La Constitución de San Juan otorga un tratamiento diferente para su aprobación por la Legislatura, a los tratados firmados en el orden interno y los firmados en el orden internacional. Los primeros se considerarán aprobados si no hubiese pronunciamiento de la Cámara en el término de noventa días de su presentación. Para los segundos, si no hubo pronunciamiento en el mismo tiempo, se considerarán rechazados, invirtiendo en este caso la presunción en favor de su vigencia. Para firmar estos últimos, exige además al gobernador que dé conocimiento previo al Congreso de la Nación.

Una cláusula que me llamó la atención es la del inciso 3º del artículo 189 que atribuye al gobernador el poder de reglamentar "las leyes de la Nación y los tratados internacionales aprobados por el Congreso cuando deban ser cumplidos o aplicados en el territorio de la provincia, siempre que el Poder Ejecutivo Nacional no los haya reglamentado, que su naturaleza jurídica lo permita y que no alteren su espíritu".

No he tenido acceso al debate de la Convención Constituyente y a los fundamentos de la propuesta. Pero me parece inaceptable admitir la delegación tácita de la atribución reglamentaria del presidente. En el caso de los tratados internacionales comprometería, además del principio de igualdad en la aplicación de las normas, la responsabilidad del Estado frente a otros países.

En algunas constituciones, como señala Alberto Zarza Mensaque para el caso de Córdoba<sup>26</sup>, la facultad de concertar acuerdos con organismos supranacionales o Estados extranjeros que se

<sup>26</sup> Zarza Mensaque, Alberto y otros, *La Nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, pág. 127.

atribuye a la provincia, tiene como finalidad facilitar la integración latinoamericana, según surge de los debates de la Convención reformadora.

En el grupo de las constituciones recientemente reformadas, sólo tres no tienen referencia alguna a la atribución de la provincia para mantener relaciones con otros Estados u organismos internacionales. Son las de *Salta* (arts. 141, inc. 1º y 124, inc. 7º); *Santiago del Estero* (arts. 141, inc. 5º y 115, inc. 1º) y *Tucumán* (arts. 87, inc. 14 y 63, inc. 19) que mantienen la restricción de las facultades de sus gobernadores a la firma de tratados con la Nación y las otras provincias, tratados que deben ser aprobados por sus Legislaturas. En el caso de Salta, se restringen con mayor severidad las facultades que pueden ejercer los gobernadores, ya que la Legislatura sólo puede aprobar los tratados que no impongan obligaciones significativas a la provincia. La interpretación de la cláusula corresponderá a los legisladores.

La mayoría de las provincias no sólo han incluido en sus constituciones los textos claros por los que manifiestan su voluntad de participar activamente en las relaciones económicas internacionales, sino que en los acuerdos en que reafirmaron el federalismo, como el firmado el 24 de mayo de 1990, con la presencia del presidente y vicepresidente de la Nación y de los gobernadores de las veintidós provincias y del entonces Territorio de Tierra del Fuego reiteran expresamente su intención de participar en el proceso de integración latinoamericana conducido por la Nación. Las tres últimas mencionadas reconocen el derecho de las provincias de “realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional para satisfacción de sus intereses locales sin lesionar las atribuciones constitucionales que en materia de política exterior le corresponden al Estado Nacional”. (cláusula quinta)<sup>27</sup>. De acuerdo a Pedro J. Frías, esa cláusula “da satisfacción a las provincias en una política en que han sido precursoras Córdoba y Mendoza”. Añade que “como ni las provincias argentinas ni los estados norteamericanos son sujetos del derecho internacional, los *acuerdos* deben interpretarse restrictivamente”<sup>28</sup>. En este sentido debe

<sup>27</sup> *Cuaderno de Federalismo* III y IV citado, pág. 60.

tenerse presente la aplicación de la Convención de Viena sobre los tratados, tema al que me he referido anteriormente.

Por otra parte, no hacen sino dar respuesta a la característica interdependencia del mundo actual que se manifiesta en lo político y en lo económico a través de la complementación entre el Estado federal, las provincias y la actividad empresaria, en las negociaciones económicas internacionales. El Estado apoya las negociaciones, defendiendo los intereses comerciales e industriales, haciéndolos parte de sus estrategias. Esto exige una permanente concertación entre los niveles y por ende una fluida y eficaz comunicación entre ellos. La activa participación de las provincias, que las reformas de las constituciones provinciales no han hecho más que reflejar, impone profundizar la coordinación entre los distintos niveles, para que no se superpongan esfuerzos y se dispersen recursos.

Voy a referirme en el próximo capítulo al caso de la provincia de Buenos Aires, que ha implementado una organización que le permite participar activamente en las relaciones económicas internacionales <sup>29</sup>.

<sup>28</sup> *Idem*, Pedro J. Frías, *El Acuerdo de Reafirmación Federal*, pág. 43.

<sup>29</sup> La dificultad en acceder a la información me ha impedido realizar un estudio comparado del ejercicio actual de las atribuciones del gobierno federal y los gobiernos estatales en los estados federales latinoamericanos. Para una consulta sobre las disposiciones constitucionales en Brasil, ver Ceneviva, Walter *Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, San Pablo, 2da. ed. 1991. Por la misma razón, no he podido considerar las demás provincias argentinas que han desarrollado una extensa actividad en el comercio internacional, apoyando la actividad empresaria exportadora local y la inversiones extranjeras, creando centros como el de Nueva York de la provincia de Córdoba, que ha ofrecido sus servicios a otras provincias, organizando misiones al exterior y firmando convenios como el de Mendoza con el Comité Estatal Agro-Industrial de la (ex) URSS para cooperación técnico, científico-industrial, acuerdos para celebrar obras de infraestructura en zonas limítrofes, como el celebrado entre las localidades de La Cruz, Alvear, en Corrientes e Itaquí de Río Grande del Sur; Formosa con la Corporación de Desarrollo de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia; incorporando áreas de comercio exterior en su administración. Graciela Guidi trata el tema en "Las Tendencias Actuales del Federalismo y la Integración" en *Integración Latinoamericana, informe base*, publicación del Consejo Federal de Inversiones, julio 1991, págs. 83/84. Los convenios se firman a veces entre los gobiernos, pero en otras ocasio-

## LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La provincia de Buenos Aires ha demostrado una especial preocupación por el comercio exterior. En su Ministerio de Economía funcionaba la Dirección Provincial de Comercio Exterior desde 1984 (decreto 4878). En 1989 pasó a ser Subsecretaría de Comercio Exterior (decreto 5786), con un total de treinta y ocho cargos. Su objetivo es "intervenir en el desarrollo de las actividades de comercio exterior en el ámbito provincial".

Explícitamente restringe esa intervención a la defensa de los intereses locales y a su participación "en coordinación con la Nación en tratados y misiones comerciales", con lo cual formalmente elimina el conflicto que pudiere existir entre las atribuciones de cada uno de los dos niveles. En la realidad ha trabajado coordinando su actividad con las direcciones de comercio exterior de los Ministerios de Relaciones Exteriores y Culto y de Economía. La Cancillería argentina cuenta con cincuenta y dos consejerías económicas y comerciales, que junto con las setenta y nueve embajadas y las ochenta y una representaciones consulares permiten acceder a una importante fuente de información y de gestión. Como señala el embajador Jesús Sabra, es necesario un mejor aprovechamiento de estos recursos. Una mayor interrelación entre el nivel nacional y el provincial permitiría enriquecer la base de datos de la que se dispone y hacer más eficiente los servicios que pueden prestarse en ambos niveles <sup>30</sup>.

Para lograrlo se creó en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la Dirección Nacional de Asuntos Institucionales Federales cuyo objetivo es conocer los problemas y necesidades de las provincias para coordinar las políticas públicas con el nivel nacional.

---

nes, son entes públicos quienes lo hacen, en representación de la provincia, quien delega facultades. La existencia de evidencia sólo anecdótica dificulta también el conocimiento de los convenios, y me ha impedido realizar una sistematización para considerarlos en el análisis.

<sup>30</sup> Sabra, Jesús "El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" en *El Comercio Exterior Argentino en la década de 1990*, comp. Felipe A.M. de la Balze. CARI y Manantiales, Bs. As. 1991, págs. 248 a 254.

La provincia ha seguido avanzando en su gestión. Desde un principio se pensó en la subsecretaría como organismo técnico incorporando personal profesional y capacitando los recursos humanos que eran trasladados de otras áreas de la administración pública provincial. Con ese fin se organizaron cursos de comercialización exterior, gerencia de negocios internacionales, análisis de datos, organización y coordinación de reuniones entre otros <sup>31</sup>.

La subsecretaría tiene en estudio el arancelamiento de los servicios que presta. Los que por ahora son gratuitos para los empresarios.

Sus funciones se enmarcan en una amplia intervención estatal para la promoción del comercio exterior —un aspecto de las relaciones económicas internacionales— pero en forma coordinada con la iniciativa privada. Enumeraré algunas:

1. Promoción de la actividad exportadora de la pequeña y mediana empresa de la provincia, asesorándolas sobre las posibilidades que tienen en los mercados externos y el régimen específico de importación y exportación del producto en el que estén interesadas, detectando las demandas potenciales que existan. A pedido del empresario, se elabora un informe.

2. Intensificación de contactos con importadores de otros países; búsqueda de oportunidades de inversión o de asociación, incluyendo la transferencia de tecnología. Con ese fin, organiza misiones comerciales al exterior y ferias donde se exponen productos bonaerenses, planificando el viaje y coordinando la agenda de entrevistas. En tres años de actividad (1987/1990) la subsecretaría organizó quince misiones comerciales al exterior en las que participaron ciento treinta y dos empresas y en doce ferias estuvieron presentes mil quinientos cincuenta y ocho empresarios. En la elaboración de los programas de visitas y de asesoramiento trabajan conjuntamente con los consejeros económicos y comerciales argentinos, buscando mercados para un producto dado.

3. Asistencia financiera y operativa que brinda conjun-

<sup>31</sup> Plan de Trabajo 1991 de la Subsecretaría de Comercio Exterior del Gobierno de la provincia de Bs. As.

tamente con el Banco de la Provincia a través de sus sucursales en el exterior.

4. Creación en Santiago de Chile de un Centro de Comercio como delegación y exposición permanente de productos bonaerenses en el exterior propuestos por las cámaras empresariales sectoriales. Cuenta con un centro de información sobre la oferta exportable; un centro de comercialización para promover el contacto y la creación de negocios. Brinda, asimismo, asesoramiento sobre límites y gestiones a la empresas que quieren colocar sus productos en el exterior; referencias comerciales y bancarias sobre los potenciales importadores entre otros servicios. Uno similar se organiza en San Pablo.

5. Completando su actividad, ha coordinado con las municipalidades o las cámaras empresarias de las ciudades del interior de la provincia mediante convenios, la organización de veintitrés centros de promoción de las exportaciones. En el año 1991 se constituyeron otros centros en Balcarce, Carlos Casares, Gral. Sarmiento, Monte, San Fernando y San Nicolás. Varias municipalidades incorporaron en su estructura un director de comercio exterior, como las de Campana, Junín, Lanús, Lomas de Zamora, Olavarría, Pergamino, San Martín, Vicente López y Villarino.

6. Capacitación de los interesados mediante cursos y encuentros empresariales (en 1991 se concretaron tres, en Morón, Monte y San Nicolás). Se han tenido en cuenta todos los aspectos de la actividad, en apoyo de los intereses locales. Por ello, se ha incluido también la difusión del tema de integración latinoamericana y los procesos de complementación con los productores y empresarios de los demás países.

7. Apoyo “a los empresarios que quieran negociar sus productos en el marco de los acuerdos bilaterales y el proceso de integración con los países miembros de A.L.A.D.I.”. Este apoyo implica asesoramiento técnico a las empresas que en forma individual o sectorial soliciten incluir sus productos en el marco de las negociaciones; presentación de esas solicitudes a la Subsecretaría de Industria y Comercio de la Nación y su seguimiento hasta que sean tratadas en las rondas de negociaciones; participación en

las mismas como observadores, para obtener ventajas para los productos bonaerenses.

8. Creación de un centro de datos, que incluye un registro actualizado de exportadores, interconectado con los centros de promoción de exportaciones y la publicación periódica de información estadística del comercio exterior bonaerense.

Se prevé el acceso a la información mediante la interconexión de los centros de promoción de exportaciones. Actualmente están interconectados los centros de Bahía Blanca, General Pueyrredón, Lomas de Zamora, Morón, Necochea, Tandil y Tres de Febrero.

9. Las actividades se completan con un programa de comunicación de información, tanto institucional respecto a las funciones que cumple la subsecretaría como a la actividad del comercio exterior, asesorando en ese sentido a revistas especializadas privadas, como B.A. Exporta y elaborando boletines como el que se refiere al Proceso de Integración Latinoamericano, MERCOSUR, carpetas sobre temas específicos que se distribuyen en los centros de promoción, cámaras y empresas.

En ese marco, la provincia ha firmado convenios de cooperación en 1988 (Acta de Entendimiento con Río de Janeiro; Acuerdo de Integración y Cooperación económica con el Estado de Paraná, Brasil; Acta de Acuerdo con el Instituto de Comercio Exterior de Perú y Acta de Acuerdo con Mondimpresa, Italia); 1990 (Protocolo de Entendimiento con la región de Lombardía, Italia; Protocolo de Cooperación con la región de Nidi-Pyrences, Francia; Protocolo de Cooperación con Generalitat de Cataluña, España; Protocolo con Renania del Norte-Wetsfalia, Alemania) y 1992 (Convenio de Cooperación con el Estado de Florida, Estados Unidos). La finalidad es promover el intercambio comercial, la formación de empresas conjuntas y la complementación productiva; el intercambio de información técnica y académica (Brasil); inversiones y turismo (Florida), agregando la promoción en otras áreas como medio ambiente, salud y bienestar social, arte y cultura (Protocolo con Renania-Westfalia).

Los convenios han sido firmados por los gobernadores de las partes concurrentes, o por ministros o secretarios de economía en quienes se ha delegado esa facultad. En el caso del convenio

firmado con el Estado de Paraná, Brasil, participan en la firma las uniones empresariales de industriales y comerciantes, haciendo más tenue la diferencia entre lo público y lo privado, que responde también a una tendencia que se manifiesta en el mundo actual <sup>32</sup>. Pero en el caso del Acta de Acuerdo con Mondimpresa, se trata de una agencia italiana para la mundialización de la empresa, es decir, un ente privado. Fue firmada en el marco del Tratado de cooperación entre las Repúblicas de Argentina e Italia y su objetivo es apoyar a los empresarios de ambos países en sus proyectos.

La forma que adoptan es diversa, denominándose “acta de entendimiento”; “acuerdos de integración y cooperación”; “protocolo” o “protocolo de entendimiento”.

Como veremos más adelante, se ha seguido una actividad análoga a la de los estados norteamericanos sin descuidar ningún aspecto de las relaciones comerciales de la provincia con otros países, en un proceso dinámico que trata de encontrar respuesta a nuevas necesidades.

### CAPÍTULO III

#### *EL ANALISIS COMPARADO*

Cuando comencé la investigación sobre este tema, consideré interesante incluir el análisis comparado con otros sistemas federales.

¿Se había producido en ellos, un cambio similar en la evolución de las atribuciones de los Estados miembros en materia de relaciones económicas internacionales? Si era verdadera la tendencia —que señalé en mi trabajo anterior citado—, sobre la globalización creciente de las relaciones internacionales y ocurría al mismo tiempo, una difusión del poder de decisión ante una mayor exigencia de participación de los diferentes niveles dentro de cada Estado federal, el cambio en el ejercicio de las atribuciones de los Estados miembros debía darse no sólo en nuestro país,

<sup>32</sup> Rimoldi de Ladmann, Eve, *op. cit.*.

sino en otros sistemas federales. Sólo consideraré lo que ha ocurrido en Estados Unidos, dada la dificultad en acceder a la información detallada en otros sistemas como el federal de Alemania o Suiza.

### *LAS RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES EN ESTADOS UNIDOS*

Me referiré a ciertos aspectos del tema en el primero de los países nombrados: las relaciones de los estados con el gobierno federal; las relaciones de los estados entre sí y las relaciones de los estados con otras naciones.

Desde 1950, la participación de los gobiernos estatales en las relaciones comerciales internacionales ha ido en constante aumento, producida por la necesidad de afrontar una política nacional que apoyaba el libre comercio y por lo tanto la competencia de los productos del exterior. Para equilibrar esta situación, a los estados sólo les quedaba exportar sus propios productos y atraer la inversión extranjera.

Adoptan así comportamientos que los llevan a alcanzar ese objetivo: presionar al gobierno federal para obtener la aprobación de leyes y programas que los favorezcan y buscar directamente en el exterior las oportunidades <sup>33</sup>.

Cuando en 1972, el presidente Nixon restableció formalmente las relaciones con China, los gobiernos estatales consideraron una gran oportunidad tomar contacto comercial con un sistema en que el Estado era el propietario de la producción y comercialización de bienes. En ese sentido, los gobernadores de estados como Texas, acompañaron a las misiones integradas por empresarios, apoyando su gestión a través de la relación entre los gobiernos <sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Kincaid, John. "The American Governors in International Affairs" en *The Journal of Federalism*, 14 (1984), CFS Associates, Philadelphia.

<sup>34</sup> Un caso notable de intervención de los gobernadores en la política internacional, fue la decisión de los gobernadores de Nueva York y Nueva Jersey (Cuomo y Kean, respectivamente), que en 1983 ordenaron a las autoridades de

Los gobiernos locales han tenido desde entonces un notable crecimiento en sus relaciones internacionales, aun en aspectos políticos, modificando en cierta medida el que había sido su rol histórico.

Hay un gran distancia entre la doctrina de la Corte Suprema norteamericana, en el sentido de que “El poder sobre los asuntos internacionales no es compartido por los estados; está conferido exclusivamente al gobierno nacional”<sup>35</sup> y la activa intervención de los gobernadores en las áreas que son de interés prioritario de sus estados, entre las que se halla el comercio internacional.

Si bien desde fines del siglo XVIII y principios del XIX, los estados han influido sobre la política federal exigiendo barreras arancelarias que protegiesen sus productos de la competencia exterior; tratando de atraer capitales y en algunas ocasiones, también inmigrantes o bien, en otras épocas, exigiendo se restringiese la entrada de estos últimos, su rol desde fines del siglo pasado hasta la década de los años 60 fue casi nulo en las relaciones económicas internacionales, desalentado tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, como por los criterios del departamento de Estado, que consideraba que “la promoción del comercio con países extranjeros y la negociación de tratados comerciales no contempla la conclusión de acuerdos especiales o pactos con Estados independientes o gobiernos extranjeros aun si se pudiese obtener el consentimiento del Congreso para tales acuerdos”<sup>36</sup>.

---

sus aeropuertos prohibir el aterrizaje del avión que conducía a Andrei Gromyko, Ministro de Relaciones Exteriores de la URSS, que debía participar de la Asamblea de las Naciones Unidas. Lo hicieron como protesta por el ataque sufrido por un avión de pasajeros de Corea del Sur, por un avión militar soviético. La acción de los gobernadores violaba el acuerdo existente entre Estados Unidos y las Naciones Unidas —con sede en Nueva York—, que permite el acceso a esta última. Sin embargo, el presidente Reagan no obligó a respetarlo a los gobernadores, sino que ofreció como alternativa descender en una base militar. El canciller ruso canceló el viaje.

<sup>35</sup> *United States v Pink* 315, U.S. 203, 233 (1942); *Zschernig v Miller*, 389 U.S. 429 (1968), que seguía por otra parte la que fue jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema norteamericana, desde su primer decisión importante en esa materia: *Holmes v. Jennison*, (39 U.S.) 540 (1840).

<sup>36</sup> Hackworth, Green H., *Digest of International Law*, vol. 5 (Washington

La Constitución de los Estados Unidos, en su artículo I, secciones 8, 9 y 10 y artículo II, sección 2, otorga al gobierno federal una virtual supremacía en la conducción de las relaciones exteriores; más aún, hace especial referencia a la atribución exclusiva del Congreso para regular el comercio con otras naciones y entre los estados.

Sin embargo, no desaparecieron todas las atribuciones que tenían las trece colonias bajo el primer documento que las unió: el Acta de Confederación. La ratificación de los tratados por el Senado (art. II, sección 2, a diferencia de nuestro art. 67 inc. 19) y la designación por este de los miembros del servicio exterior les permitieron mantener una cierta participación. Los estados no pueden firmar tratados, alianzas o entrar a formar parte de una Confederación, pero sí firmar acuerdos con otro Estado con el consenso del Congreso (art. I sección 10). La prohibición constitucional de establecer derechos de exportación y tratamiento especial para los puertos de cualquier Estado, protege también intereses vitales estatales, habiendo cambiado la jurisprudencia de la Corte Suprema en la interpretación de la cláusula constitucional <sup>37</sup>.

Más aún, si el gobierno federal elige no ejercer sus atribucio-

---

D.C.: U.S. Government Printing Office, 1940/44) pág. 25. *Idem* en "Committee on International Trade and Foreign Relations", *Export Development and Foreign Investment, The Role of the States and its Linkage to Federal Action*, Pt. 1 (Washington D.C. National Governors Association, 1981) págs. 17 y 19.

<sup>37</sup> Gildner, Jay W., *Activities of American States Abroad: Purposes, Operations and Policy Questions* (Washington D.C. Department of State, Senior Seminar in Foreign Policy, XVIII Session, 1975-6) pág. 40. La Corte Suprema, que en su jurisprudencia anterior consideraba inconstitucional cualquier impuesto sobre el comercio interestadual, ha modificado su posición admitiendo la imposición estatal en el caso de: 1) que el impuesto no impida a las autoridades del gobierno federal asumir compromisos uniformes en todo el país, en las relaciones comerciales con otros gobiernos extranjeros; 2) que el impuesto no interfiera con las obligaciones de importación del gobierno federal; 3) que el impuesto no provoque una desarmonía indebida entre los estados. Además la Corte ha considerado que: 1) debe haber un nexo suficiente entre la actividad gravada y el Estado; 2) debe haber una relación clara con los beneficios producidos por el contribuyente; 3) debe ser proporcional y 4) no debe ser discriminatorio contra el comercio interestadual. *Michelin Tire Corp. v. W.L. Wages*, 423 U.S. 274 (1977); *Complete Auto Transit Co. v. Brady*, 430 U.S. 734 (1978).

nes constitucionales, los estados tendrían libertad para realizar sus propias políticas debiendo obtener el consentimiento del Congreso para tales acuerdos.

Pero fue la propia decisión de los estados que, con una economía interna poderosa y en plena expansión, carecían de interés en tomar contacto con otros países y apoyaban las políticas de restricción de importaciones y de cierre del mercado local, la que mantuvo vigente el criterio de interpretación de la Constitución por la Corte Suprema.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los temas de política exterior se instalan en la opinión pública generando debates en algunos de los estados, especialmente promovidos por líderes políticos como Adlai Stevenson. El gobernador de Carolina del Norte, Luther H. Hodges, ya en 1959 presidió una delegación estatal a Europa para atraer inversiones, resultando que quince años más tarde, ciento diez firmas europeas tenían sucursales en su estado. En general, los estados del sur, con menor desarrollo económico y mayor sentido de pertenencia y defensa de los intereses locales, han tenido una fuerte participación en el proceso de atraer capitales.

Los gobernadores comienzan así a desarrollar un rol más activo en las relaciones con los otros estados de la Unión y con gobiernos extranjeros, promoviendo la exportación de sus productos y servicios, aprendiendo a resolver sus problemas tanto en forma individual como conjunta. En octubre de 1978, el presidente Carter propició la creación de un nuevo *Comité de la Asociación Nacional de Gobernadores*, el que coopera con la Casa Blanca en la realización de seminarios regionales sobre comercio internacional; apoya en el Senado los proyectos de leyes que lo favorecen; propone modificaciones de la legislación federal, por ejemplo, la reglamentación antitrust o de prácticas desleales incorporada a la "Ley de simplificación de los procedimientos comerciales" de 1980; la reducción de barreras a la expansión comercial; la asistencia federal a los pequeños exportadores, o bien, obteniendo cambios en la política energética; reorganizando el área de la administración en esa materia; expandiendo el turismo, reduciendo los obstáculos para la obtención de visas, pasa-

portes y facilidades de idioma y en general, asegurándose una acción favorable en el nivel federal.

Las legislaturas locales, que en principio tuvieron reparos en aceptar estas nuevas funciones, desarrollaron también su interés y capacidad para conocer el nuevo proceso de las relaciones internacionales, inclusive organizando delegaciones para visitar otros países.

En 1979, treinta y nueve estados fueron huéspedes de doscientos sesenta y cinco delegaciones extranjeras sobre temas de comercio y negocios, y treinta y tres gobernadores de cuarenta y cuatro estados sobre los que existe información, condujeron ochenta y cuatro misiones al exterior<sup>38</sup>. En 1989 el tema central de sus agendas era *la transición en Norteamérica y la frontera internacional*.

Como puede apreciarse en esta enumeración, la actividad desplegada por los estados ha sido muy amplia. No han descuidado ningún aspecto de sus relaciones, tratando de aumentar también los intercambios culturales, educativos y tecnológicos con otras naciones, *aunque siempre en estrecha relación con los intereses estatales*, lo que ha eliminado el conflicto entre las atribuciones federales y las locales.

Las primeras acciones intentadas por los gobiernos locales para promocionar las actividades en el exterior fueron llevadas a cabo, como ya dije, por misiones encabezadas por los propios gobernadores. Para obtener resultados positivos, se aprendió a planificarlas adecuadamente. Se integraban con un grupo reducido de personas y su finalidad no era meramente publicitaria. Se previeron los encuentros con funcionarios del país que se visitaba así como con las cámaras de comercio, banqueros e inversores, posibles agentes y distribuidores y se organizó un seguimiento posterior a través de la oficina de comercio exterior establecida en el país.

<sup>38</sup> Por ejemplo, el Consejo de Comercio Agrícola Internacional del Medio-Americano, 1970 con veintidós estados del medio-oeste; la Asociación del Sudeste de Estados Unidos-Japón; el Proyecto de Desarrollo del Mercado Internacional de los Gobernadores del Oeste, de 1979.

Los analistas norteamericanos, como J. Kincaid <sup>39</sup>, consideran que los gobernadores tienen las mejores posibilidades de coordinar los esfuerzos que realizan los departamentos estatales y locales, los organismos cuasipúblicos, las organizaciones voluntarias y los intereses empresarios relacionados con la inversión y la exportación, así como para mejorar la imagen de su estado y dar seguridades a los inversionistas sobre prácticas desleales o inconvenientes burocráticos. Por otra parte, en muchos países la intervención estatal en la economía es mayor que la que existe en Estados Unidos, por lo que las conversaciones deben llevarse en el nivel oficial. La presencia del gobernador legitima en cierto modo los acuerdos que se puedan lograr y asegura una continuidad en las relaciones económicas con otros estados, al firmar también las declaraciones generales.

Esta tarea tuvo sus frutos a partir de la década del 70, con un considerable crecimiento de las inversiones, lo que originó una verdadera competencia entre los gobernadores para atraer capitales. Contribuyó a ese crecimiento las circunstancias de una Europa que debió afrontar la crisis energética y mayores costos en la producción, impuestos e inflación frente a las ventajas de una devaluación del dólar y el menor costo de la tierra, la energía y el agua en Estados Unidos. Este ofrecía también un amplio mercado integrado, estabilidad política y económica, sistemas de comunicaciones, transporte y distribución muy buenos y eficientes servicios públicos.

#### *LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES*

La actividad desarrollada impuso la institucionalización de la intervención en cada estado, mediante la creación de un departamento especializado, la formación de consejos y grupos de trabajo para asesorar al gobernador y la inauguración de oficinas en el exterior. La primera de estas fue establecida en Europa, por el estado de Nueva York en 1963; le siguieron Illinois y Virginia. De tres estados con oficinas en el exterior en 1970, pasaron a cuarenta en

<sup>39</sup> Kincaid, John. "State Offices in Europe" en *Comparative State Offices in Europe*, vol. 6, nº 4, agosto 1985.

1982; en 1987 el número de oficinas era de cien, la mayoría en Europa, aunque también creció el interés en América Latina y Asia.

Actúan en forma coordinada, no sólo a través de la *Asociación Nacional de Gobernadores*, sino de las organizaciones regionales <sup>40</sup>. No es fácil evaluar las ventajas que la actividad de estas oficinas en el exterior han producido, porque el incremento de las inversiones y del intercambio comercial depende de muchos factores y deben ser eficientemente apoyadas por los funcionarios locales. Sin embargo, a pesar de no ser conocidas por el público en general, si lo son por los empresarios, tanto locales como en Europa donde funcionan la mayoría, y ellos consideran que les prestan un servicio útil.

Generalmente son administradas por un departamento de comercio exterior o de desarrollo económico y mantenidas con fondos estatales. En ocasiones, las empresas contribuyen voluntariamente, pagando servicios que les prestan. Por esta razón, si bien al principio se eligieron funcionarios con un criterio de representación gubernamental, con el tiempo se los sustituyó por profesionales muy competentes, con conocimiento de varios idiomas y del mercado y la cultura del país al que se los destina, muchas veces por haber tenido experiencia anterior trabajando en el mismo en alguna empresa norteamericana o europea. Conocer la forma en que operan las compañías europeas y comprender su cultura empresarial resulta importante, tanto para lograr inversores en los estados, como para abrir nuevos mercados a la exportación. Esto ha conducido a cuestionar la enseñanza para mejorar la infraestructura educativa, introduciendo lo que llaman “una educación internacional” en las escuelas (conocimiento de idiomas, geografía, culturas, historia), prestando atención a los grandes grupos humanos como los chinos, rusos y árabes <sup>41</sup>. Se tomaron en cuenta todos los aspectos de la gestión.

<sup>40</sup> Consejo de Gobiernos Estadales, *State Government News*, 1989, págs. 6, 9.

<sup>41</sup> Knapp, Elaine S. “Opening International Frontiers” en *State Government News*, publicación de The Council of State Governments, Estados Unidos, abril 1989.

Las representaciones estatales están en contacto en una "competencia amistosa" y han constituido un *Consejo de Estados Americanos en Europa* con el objeto de cooperar entre sí y mantener relaciones con las embajadas de su país <sup>42</sup>.

En los últimos años el énfasis se ha puesto más en la exportación de productos que en atraer capitales extranjeros, especialmente a partir de las críticas que recibieron las políticas de ventajas otorgadas a los mismos y su acceso a la propiedad de la tierra, no obstante que sólo el 1% de ella está en sus manos.

La exportación produce mejores réditos políticos, tanto por la mayor participación de las empresas locales como por el apoyo de los votantes que la perciben como defensa de los intereses nacionales. Es más fácil de regular eliminando barreras y de promover apoyando programas de capacitación en comercio exterior, ayudando a las firmas a realizar contactos y asegurarse contratos. Por otra parte, el déficit comercial de Estados Unidos exige tomar medidas en ese sentido. Se apoya especialmente a las pequeñas y medianas empresas con poca experiencia en exportación, para un programa de asistencia y capacitación para enfrentar los temores propios de lo desconocido: países y gustos diferentes; idiomas distintos; falta de contactos para entrar en esos mercados y necesidad de seguimiento de los mismos; desconocimiento de las regulaciones; falta de capital suficiente; necesidad de información para participar en muestras y ferias; el gran riesgo de exportar comparado con un mercado interno que conocen.

Se inclinaron por estas empresas, además, porque estaban en mejor situación para crear nuevos puestos de trabajo que absorbiesen la mano de obra local desocupada, que a pesar de ello prefiere permanecer en el lugar donde está ya arraigada. Fueron Kentucky y Nueva York los estados que mejor instrumentaron un programa en ese sentido.

No todos los estados participaron de políticas de promoción del comercio exterior ni el tema se convirtió en prioritario en la agenda de todos los gobernadores. Esto parece deberse más a las convicciones y personalidad del gobernante (por ejemplo, por

<sup>42</sup> Kincaid, John, *op. cit.*.

considerar que son los empresarios quienes deben promover sus negocios), que a la interpretación de sus atribuciones constitucionales; lo mismo puede decirse respecto a los partidos opositores que estuvieron en contra de esas políticas.

Pero en los casos en que han asumido estas facultades, se han convertido también en el puente entre los intereses empresariales locales y el gobierno federal para obtener apoyo para las relaciones económicas internacionales del estado y presionar al Congreso para la modificación de leyes y regulaciones en su favor <sup>43</sup>.

En los estados fronterizos, tanto del norte como del sur, sus gobernadores mantienen frecuentes contactos a través de las fronteras. Con las provincias de Canadá, han firmado hasta 1983, más de seiscientos protocolos y muchos otros acuerdos informales, relacionados, por ejemplo, con la protección de bosques; defensa civil; autopistas y puentes internacionales. En muchos casos se consulta con el Departamento de Estado federal antes de su firma, especialmente aquéllos que pueden tener implicancias políticas.

En la actualidad, a partir de la vigencia del Acuerdo de Libre Comercio, muchos municipios, agencias estatales y organizaciones regionales comenzaron a ponerse en movimiento para obtener ventajas locales de los acuerdos firmados. Por ejemplo, en febrero de 1989, diversos grupos de Ontario (Canadá) y el norte de Minnesota (Estados Unidos) se unieron para crear "La

<sup>43</sup> Un ejemplo es la ley del estado de Tennessee, reformada en 1988, que crea en el Departamento de Desarrollo Económico y de la Comunidad, la Corporación de financiamiento de las exportaciones de Tennessee para promover las exportaciones de bienes manufacturados, productos agrícolas y servicios, reglamentando con minuciosidad sus autoridades, sus funciones y sus recursos. Funciona también un Consejo asesor de comercio internacional y desarrollo de la exportación, integrado por dos senadores estatales y dos representantes estatales y once miembros del sector privado, designados por el gobernador representando a las empresas exportadoras, bancos internacionales y financieros, empresas navieras y especialistas en derecho internacional. Con voz pero sin voto, lo integran también los comisionados de agricultura, economía y desarrollo de la comunidad. Se prevé también la cooperación con las universidades públicas y privadas en programas de capacitación en comercio internacional y conocimiento de la producción de Tennessee, para estudiantes extranjeros que al retornar a sus países se conviertan en agregados comerciales honorarios del estado.

Coalición Fronteriza para la Promoción del Comercio''. Su objetivo es formar una red de cámaras de comercio para coordinar las actividades de negocios en el marco del Acuerdo, promoviendo el crecimiento económico y resolviendo los problemas comunes, no sólo comerciales, sino también, por ejemplo, los del medio ambiente. En el estado de Michigan, su legislatura creó un comité de nueve miembros para examinar el rol estadual en la implementación del Acuerdo. El estado de Massachusetts ha elaborado un programa (Export 90's), para duplicar las exportaciones estaduales en los próximos cinco años, encontrando nuevas oportunidades para las empresas medianas y pequeñas, no sólo en las exportaciones tradicionales, sino en otras que se convierten en atractivos a partir de la eliminación de las barreras arancelarias y para-arancelarias. Son experiencias útiles que pueden tenerse en cuenta al considerar diversas alternativas para promover el intercambio comercial internacional por parte de las provincias argentinas.

En la frontera sur, por primera vez en 1980, se reunieron los gobernadores de los seis estados fronterizos de México con tres de los Estados Unidos, con el objeto de promover el entendimiento mutuo; resolver problemas locales y desarrollar propuestas en las que ambos estuviesen de acuerdo, para llevar a los respectivos gobiernos federales. Temas tales como los inmigrantes ilegales; tráfico de drogas; comercio; desarrollo industrial en la frontera (el programa de las *maquiladoras*)<sup>44</sup>; agricultura; ecología; energía; turismo; intercambio cultural y educacional fueron tratados y a pesar de que en ese tiempo no se logró un avance importante en la solución de los problemas, en parte porque los gobernadores de México tienen menos atribuciones en materia internacional,

<sup>44</sup> Clements, William P. "The Mexican Connection", en *State Government News*, abril, 1989, pág. 18. El programa fue establecido por México en 1965. Hoy hay establecidas unas quinientas compañías, representando para México la segunda fuente de ingresos, después del petróleo y el gas. Para Texas, el estado norteamericano fronterizo, también hubo beneficios en la expansión de su base comercial e industrial e inclusive en el crecimiento de puestos de trabajo en la frontera de ambos lados. Cada cien puestos nuevos de trabajo en México surgieron veinte en Texas. Más de doce mil texanos están empleados en las maquiladoras.

puede afirmarse que facilitaron el acercamiento y la comprensión entre ambos países <sup>45</sup>.

La institucionalización de las actividades referidas a las relaciones económicas internacionales ha llevado también a las legislaturas a crear mecanismos de control de las mismas en sus comités, especialmente en cuanto a la relación entre el costo que representan y el beneficio que se obtiene, admitiendo así su existencia, pero respondiendo a las inquietudes de los votantes.

El gobierno federal ha facilitado esas actividades, tanto en el exterior a través de las embajadas y consulados, como con su apoyo interno, en la inteligencia de que los gobiernos locales pueden encontrar una solución más rápida y adecuada a las necesidades del comercio. En 1982, se sanciona la Ley de Comercio Exterior, cuyas disposiciones pretenden estimular las iniciativas de exportación:

1. Crea una oficina en el departamento de comercio para promover el comercio exterior y facilitar información y apoyar la formación de asociaciones de comercio exterior y compañías comerciales exportadoras.

2. Liberaliza las restricciones a los bonos de inversión para participar en el comercio de exportación.

3. Autoriza a los bancos de importación-exportación a dar garantías para préstamos a las compañías comerciales exportadoras para ayudar a los agricultores y a las empresas pequeñas y medianas, cuando no hay otros préstamos disponibles.

4. Modifica la Ley Sherman Antitrust, otorgando una exención a la misma en el caso que se demuestre que no se afecta a otro exportador competidor; que no se modifican los precios internos de los bienes y servicios; que no significa competencia desleal y que las mercaderías no serán revendidas en Estados Unidos, permitiendo a las compañías que fabrican productos similares o complementarios, unirse para exportar <sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Jones, Benjamín y Anderson, Marcia L., *The Southern States & Export Trade Legislation*, publicación del Consejo de Gobernadores Estaduales, diciembre 1983.

<sup>46</sup> *Idem.*

Puede decirse en síntesis, que se ha producido una evolución en el sistema federal norteamericano, sin reforma de las atribuciones que la Constitución otorga a cada uno de los dos niveles, es decir, una mutación constitucional: a) en las relaciones con el gobierno federal al que los estados demandan apoyo y cambios en las políticas públicas, para favorecer las necesidades de inversión y exportación; b) en las relaciones entre los estados, que a través de la Asociación Nacional de Gobernadores, a pesar de la competencia que existe entre ellos, coordinan sus actividades para alcanzar los objetivos propuestos y c) en las relaciones con otros Estados, con los cuales se ha establecido un intercambio económico directo.

Las dos tendencias que señalé al principio, parecen confirmarse en la realidad: por un lado la globalización de las relaciones internacionales políticas y económicas y por el otro, la necesidad de participación de las comunidades más pequeñas, para resolver los problemas que les atañen. Estos cambios no se producen sólo en nuestro país, sino que nos encontramos con una evolución similar en otros sistemas. La comunicación entre los distintos niveles es imprescindible para evitar la desintegración, debiendo encontrar canales formales e informales adecuados para la cooperación. Podemos afirmar que la Constitución Nacional no se opone a la gestión económica de los intereses de las provincias en relación con otros Estados extranjeros, con los límites que ya han sido expuestos; si bien es deseable que en el caso de su reforma se incluyan explícitamente esas atribuciones.

## BIBLIOGRAFIA

- Abad Hernández, Jesús L., "Relaciones y convenios de las provincias con sus municipios, con el Estado federal y con Estados extranjeros", *L.L.*, 2/11/1988.
- Barberis, Julio, "La Convención de Viena sobre los tratados y la Constitución Argentina", *Revista Prudentia Juris*, Nº XVIII, dic. 85/abril 86.
- Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho Constitucional argentino*, Bs. As., 1979.
- Dalla Via, Alberto R., "El MERCOSUR, la integración, el Derecho y la Constitución", *Revista E.D.*, 16/XII/1991.

- De la Balze, Felipe A.M., comp. *El Comercio exterior argentino en la década de 1990*, CARI y Manantial, 1991.
- Frías, Pedro J., *Derecho público provincial*, Bs. As., Depalma, 1989.
- Guidi, Graciela y Capraro, Héctor, *Las tendencias actuales del federalismo y la integración* en el Informe base sobre Integración Latinoamericana, del Consejo Federal de Inversiones, julio 1991.
- Haro, Ricardo y Zarza Mensaque, Alberto, "Las provincias y las relaciones internacionales" en *Revista Notarial*, N° 884, enero/febrero 1986, Ed. Colegio de Escribanos, La Plata.
- La Pergola, Antonio, *Constitución del estado y normas internacionales*, UNAM Cooperadora, México, 1985.
- Muñiz, Marcos T., "Congreso y provincias en las relaciones internacionales", *E.D.*, t. 126.
- Pérez Ghilou, Dardo y otros, *Derecho Público Provincial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, Depalma, Bs. As., 1990.
- Story, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, t. II, Boston, 1858.
- Ubertone, Fermín, "Los tratados parciales en la Constitución Nacional", *L.L.*, t. 141, enero/marzo 1971.
- Vanossi, Jorge R., *Régimen constitucional de los tratados*, Bs. As., Coloquio, 1969.

## AUTORIA MEDIATA: CASOS Y SOLUCIONES

por ADOLFO LUIS TAMINI \*

### I. CONCEPTO DE ACCION. UBICACION SISTEMATICA

Aceptar la existencia del concepto de acción, y por lo tanto del concepto de autor, significa asumir un compromiso ontológico que consiste en aceptar que en el universo de entes que existen, también hay acciones. Podemos decir que una tal posición nos compromete con un mundo “cinematográfico” y no meramente “fotográfico”, donde también existen fenómenos de movimiento.

El concepto de acción no es identificado por nosotros como un mero cambio de una situación o estado a otro, es decir como un simple proceso causal. Cuando utilizamos el concepto de acción lo hacemos consistir en una “provocación de ese cambio”, de modo tal que inmediatamente aparezca alguna persona a quien podamos atribuirle la ejecución de esa provocación.

A su vez, para poder atribuir a alguien la “provocación del cambio”, valoramos la existencia de fenómenos que se deben producir dentro de ese alguien (es decir internos a él), fenómenos que podemos denominar “hechos mentales”. No es del caso discutir si esos hechos mentales se reducen a meros fenómenos fisiológicos (conductismo) o responden a algo que está más allá de lo fisiológico, el alma o “el fantasma detrás de la máquina” (mentalismo): lo cierto es que no aceptamos el concepto de acción sin la verificación de la existencia de hechos mentales.

Cuando entre los hechos mentales encontramos creencias y

\* Profesor adjunto (i) de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A.

deseos de la persona que han causado la ejecución de la acción (esto es que la acción se ha producido con y por esas creencias y deseos), podemos predicar de la acción que ha sido “intencional”.

Los teóricos penales hemos elaborado la tesis de que sin movimiento corporal voluntario no puede haber acción <sup>1</sup>. Esta exigencia plantea serios problemas en relación con los casos de omisiones o de telequinesia, pero es evidentemente útil para excluir del horizonte del derecho penal los puros sucesos mentales y las circunstancias personales (derecho penal de acto y no de autor).

Pues bien: un mismo movimiento corporal puede ser susceptible de ser descrito de diversas maneras (por ejemplo, mover un dedo, apretar un gatillo, disparar un arma o matar a una persona); pero para considerarlo “voluntario” no es necesario que sea “intencional” respecto de todas y cada una de esas descripciones: basta con que sea intencional respecto de alguna (una) de esas descripciones <sup>2</sup>.

Llegamos así a la siguiente conclusión: el concepto de acción que manejamos los teóricos penales (movimiento corporal voluntario) no depende de la descripción típica, es decir que debe ubicarse en la teoría del delito más allá del ámbito de la tipicidad. Cuando nos adentramos en la tipicidad nos interrogamos acerca de la adecuación entre ese movimiento corporal voluntario y una de las descripciones que pueden adscribirsele (es decir la descripción típica). Si falta esa adecuación el movimiento corporal no dejará de ser voluntario (y por lo tanto acción), pero será atípico.

## II. CONCEPTO DE AUTOR. UBICACION SISTEMÁTICA

El concepto de autor es cargado de distintos contenidos (significados) según el contexto en que es utilizado. Este fenómeno es bastante frecuente: es bien sabido que el uso del lenguaje o el

<sup>1</sup> En concreto lo que hacemos es definir la acción como movimiento corporal voluntario.

<sup>2</sup> Ver Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, 1987.

tipo de acto lingüístico que se realiza al utilizar una palabra, determina o condiciona el significado de esa palabra empleada.

En muchos contextos la palabra “autor” es utilizada para imputar responsabilidad a alguien, justamente a aquél a quien nos referimos con ese término, por un acontecer que valoramos positiva o negativamente (función adscriptiva y valorativa del lenguaje). En otros contextos, con la palabra “autor” estamos señalando sencillamente a quien ejecutó una acción vista causalmente sin valoración alguna (función descriptiva del lenguaje).

Así, el cliente del restaurante enojado por la mala calidad de la comida, adscribe responsabilidad cuando pregunta ¿quién fue el autor de esta porquería?, mientras que el propietario de la librería que informa que “el autor del libro fue fulano”, simplemente describe una relación entre lo escrito y el trabajo creador.

Esto también ocurre con los operadores del sistema penal. A veces utilizamos la palabra “autor” para adscribir responsabilidad por un acontecer valorado (como lo hace el juez cuando en su sentencia “condena a fulano como autor del delito de estafa”), mientras que otras veces lo hacemos con sentido meramente descriptivo para referirnos al que actuó (por ejemplo, cuando sencillamente decimos que “fulano fue el autor de la muerte de zutano”).

En mi opinión, la “teoría de la participación” que se estudia como parte de la teoría del delito, debe ser estructurada teniendo por base un concepto de autor que forma parte de la descripción que podemos hacer acerca de la forma en que el acontecer se produjo, es decir en el sentido que le da a ese término el uso descriptivo del lenguaje. De este modo logramos asegurarnos que el juicio de reproche posterior sea efectuado ciertamente sobre aquella persona a quien se atribuya descriptivamente la autoría de la acción, y nos impedirá sucumbir a la tentación de punir como autor a quien consideremos reprochable de una acontecer del que descriptivamente no puede atribuírsele autoría.

Un concepto de autor como el propuesto, parecería ubicarse sistemáticamente, al igual que el concepto de acción, más allá de la tipicidad (sería pretípico). Esta conclusión es consecuencia de la propia definición de acción (movimiento corporal voluntario) y de la necesidad lógica de que siempre a una acción corresponda un autor.

Como al derecho penal no le interesa cualquier acción sino solamente las acciones típicas, tampoco le interesará cualquier autoría sino las autorías típicas, esto es las que corresponden a las acciones típicas. El autor típico es encontrable en el anónimo “el que” con que generalmente se encabeza la descripción típica<sup>3</sup>, de modo que no podemos dar por resuelta la tipicidad de una acción sin haber identificado al autor<sup>4</sup>.

En mi opinión es errado, entonces, afirmar que la “teoría del autor” es la última parte de la “teoría del injusto”<sup>5</sup>, lo que de ningún modo significa que rechace la idea de injusto personal: todo injusto es personal sencillamente porque se asienta sobre una acción que siempre tiene un autor<sup>6</sup>.

Esta ubicación sistemática de la “teoría de la autoría”, condiciona sustancialmente las soluciones que el sistema brinda a los casos de “autoría mediata”, como seguidamente veremos.

### III. LA AUTORIA MEDIATA

La noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: la de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos no mecánicos<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Así Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Bosch, vol. segundo, pág. 887.

<sup>4</sup> Hablar en el plano de la tipicidad de “sujeto activo” para después, en planos posteriores de la teoría, rebautizarlo como “autor” es un mero juego de palabras.

<sup>5</sup> Véase Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Jurídica de Chile, pág. 143; Zaffaroni, *Teoría del delito*, Ediar, pág. 629. También es errado ubicarla como una parte de la teoría del tipo, como lo hace Jescheck en *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, vol. segundo, Bosch, pág. 887.

<sup>6</sup> El hecho de que los cómplices o los instigadores no sean penados sino cuando exista un injusto atribuible a un autor (tesis de la accesoriedad limitada), no significa que sin injusto atribuible a un autor no haya complicidad o instigación. Tanto la instigación como la complicidad, al igual que la autoría, se pueden igualmente verificar como procesos vitales vinculados con la descripción de la acción, y de ningún modo desaparecen como fenómenos por el hecho de que la acción esté justificada.

<sup>7</sup> Rodríguez Mourullo, “El autor mediato en el Derecho Penal español” en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Pannedille, pág. 568.

La interposición de la actuación de estas personas (que podemos denominar actores inmediatos) no impide que los hechos aparezcan como obra del hombre que actúa desde atrás (y domina el acontecer), y que la acción por él desarrollada presente adecuación típica (y por lo tanto él sea el autor típico).

Entre los autores se mencionan variados casos de autoría mediata, sin repararse muchas veces en la inconsistencia lógica que significa identificar al autor mediato después de haber abandonado el ámbito de la tipicidad. Pienso que una importante causa de tal inconsistencia puede encontrarse en los resabios de las graves limitaciones que le imponía a la punición de los partícipes la tesis de la accesoriadad máxima, y en la consecuente búsqueda de soluciones para conseguir castigar como autores (mediatos) a quienes no lo eran (concepto extensivo de autor) <sup>8</sup>.

En resumen, sostengo que los casos de autoría mediata son aquéllos que pueden ser verificados en el ámbito de la tipicidad, y sólo ellos. Por lo demás, el sistema de la “teoría del delito” que manejamos permite resolver adecuadamente (medido según nuestra intuición) los casos que la doctrina incluye como de autoría mediata pero que no lo son por no ser verificados en el ámbito de la tipicidad.

#### IV. CASOS DE AUTORIA MEDIATA

a) El instrumento actúa con una falla de conocimiento acerca de las circunstancias objetivas de la tipificación (error de tipo). En este caso el “hombre de atrás” (autor mediato) ejerce su dominio a través de la desinformación del “actor directo”.

Es irrelevante que el error sea vencible o invencible, y también que el autor mediato haya producido el error o sencillamente aproveche un error preexistente, aunque no basta que el autor mediato calle la verdad que él conoce ya que se requiere de una

<sup>8</sup> Maurach denominó a este procedimiento como “fenómeno tapagujeros” en *Derecho Penal*, Ariel, t. II, pág. 317. Eliminada en Alemania la tesis de la accesoriadad máxima (reforma de 1943) se llegó a afirmar en el otro extremo que el concepto de autoría mediata ya no le era necesario al derecho penal.

acción personal (o una omisión impropia equiparable a la acción) para poder dar por cierta una posición de dominio del acontecer.

b) El actor inmediato actúa con una falla de conocimiento que denominaré “error sobre una circunstancia que modifica el sentido del hecho y que tiene relevancia típica” (especie de error de tipo).

En general, la doctrina entiende que el error del actor directo acerca de una circunstancia agravante del hecho no puede fundar una autoría mediata. En tal caso el actor directo sería un autor de la conducta típica no agravada, y el posible autor mediato sería un simple instigador de esa conducta <sup>9</sup>.

En mi opinión esta solución no es incorrecta siempre que la circunstancia desconocida por el actor directo no produzca una modificación significativa en el concreto sentido del hecho que se está desarrollando.

Como ya hemos dicho al principio de este trabajo, un mismo movimiento corporal voluntario puede ser descrito de diversas maneras (lo que se ha denominado “efecto acordeón”) sin que por ello varíe la unidad sobre la que predicamos. Muchas de estas diversas maneras de describir la acción no acarrear alteraciones importantes en el contenido propio de esa acción. Por ejemplo: si a una acción la describimos como “matar a una persona” y también la describimos como “matar a Juan”, el contenido (o sentido) de la acción no se ve sustancialmente modificado. Sin embargo, podemos imaginar una descripción de esa misma acción que produce sí una alteración en su contenido, como lo es la de “matar al presidente de la República”.

En mi opinión es perfectamente posible (y lógicamente inatacable) que coexistan un autor inmediato de una acción bajo una descripción y un autor mediato de la misma acción bajo una descripción diferente que modifica sustancialmente el sentido de

<sup>9</sup> Véase Jescheck, *ob. cit.*, pág. 923.

aquella <sup>10</sup>. Ello es así porque en ambos casos hay dominio del hecho, aunque bajo distintas descripciones <sup>11</sup>.

Si las sustancialmente distintas descripciones se encuentran receptadas en tipos diferenciados, no hay inconveniente alguno en aceptar la coexistencia de dos autores (uno “inmediato” de una descripción y el otro mediato de la restante).

c) El autor inmediato (instrumento) obra con un error de tipo –ver caso a)– pero con la especial circunstancia de que si no hubiera errado su conducta no habría sido típica.

En esta especie están incluidos los casos en que mediante errores provocados se consigue que alguien se lesione o mate a sí mismo (autoría mediata de lesiones y de homicidio). También los casos que requieren de una especial calificación del autor, y tal especial calificación se da en el “hombre de atrás” que mediante engaño hace actuar directamente a quien no tiene la calificación <sup>12</sup>.

d) El instrumento actúa ante aparentes circunstancias (producidas artificialmente por el “hombre de atrás”) que lo obligan a actuar del modo en que lo hace.

Para resolver estos casos no excedemos el ámbito de la tipicidad, ya que el cumplimiento de un deber jurídico pertenece a las cuestiones que se deben dirimir en dicho ámbito como causa que excluye la tipicidad <sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Esta tesis tiene parentesco con la sostenida por Roxin. Véase Stratenwerth, *Derecho Penal*, Edersa. Parte General I, pág. 240 y sigs., y Roxin, “Sobre la autoría y participación” en *Problemas actuales...*, pág. 62.

<sup>11</sup> El artículo 48 del Código Penal da sustento normativo a la tesis que propugno.

<sup>12</sup> Caso del funcionario que para sustraer caudales que están a su cargo, utiliza los servicios de un ordenanza que desconoce tal circunstancia.

<sup>13</sup> Tesis de Zaffaroni, ver *Teoría del delito*, Ediar, 1973, pág. 394 y sigs.. El caso clásico es el del que consigue hacer detener a otro por medio de un policía a quien se engaña sobre la existencia de un delito *in fraganti*.

## V. CASOS EN QUE NO HAY AUTORIA MEDIATA

Veamos ahora los casos que la doctrina señala como de autoría mediata, pero que no lo son.

a) Persona que obra en estado de justificación provocada por un tercero para lograr su propósito: en este caso la acción del actor directo es típica (y él es el autor de esa acción). Por lo tanto, el tercero provocador del estado de justificación no puede ser autor mediato de dicha acción típica. El tercero es autor de la acción que produjo la causa justificante; y si ésta tiene receptación típica (por ejemplo: si constituye una complicidad o instigación a la agresión) podrá ser punido como autor de esa acción típica.

b) La persona obra con un error provocado por un tercero, que recae sobre la existencia de la norma prohibitiva, o sobre la existencia de una norma permisiva o respecto de circunstancias fácticas que de existir justificarían la acción (errores de prohibición directos o indirectos), el autor directo ejecuta una acción típica (y por lo tanto es su autor). El tercero es un determinador (instigador) y como tal punible porque existe un injusto cometido por el autor (accesoriedad limitada).

c) La persona que obra es un inimputable del que se aprovecha el tercero para lograr su propósito: en este caso la acción del inimputable es típica (y él es su autor). El tercero es un determinador (instigador).

d) La persona obra en un estado transitorio que no le permite comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones (casos de ingesta de alcohol o drogas), provocado por un tercero para lograr su propósito: el inculpable ha producido una acción típica (y él es su autor). El tercero es un determinador (instigador).

e) La persona obra ante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (estado de necesidad disculpante, coacción) provocada por un tercero para lograr su propósito: el inculpable realiza una acción típica (y él es su autor). El tercero es un determinador (instigador). Si la conducta desarrollada por el tercero encuentra por sí receptación típica (por ejemplo en el artículo 149 bis del Código Penal), existirá un concurso ideal entre ésta y la instigación.

## LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS \*

por CARLOS A. ZUBIAUR \*\*

### I. PROCESO PRIVATIZADOR

Desde unos años atrás, el mundo entero se encuentra protagonizando un proceso de privatización y desregulación de sus economías, es decir se encuentra inmerso en una situación inversa a la producida a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando la economía de la mayoría de los países tendía a nacionalizarse.

Uno de la manifestaciones más características de este proceso consiste en la privatización de las empresas públicas; ello nos obliga a plantearnos dos temas de trascendental importancia: el primero se refiere al contenido de las funciones del Estado en el nuevo esquema que se está produciendo, luego del cambio de roles. Ello debido a que, frente al traspaso del sector público al privado de muchas de sus competencias, se origina un replanteo en su misma estructura.

En segundo lugar es necesario cuestionarnos si la calidad del servicio y su costo mejorarán.

En nuestro país, el actual fenómeno privatizador tiene su causa próxima en la ley 23.696 de reforma del Estado, sancionada el 17 de agosto de 1989.

Dicha norma estableció que para proceder a la privatización

\* Conferencia pronunciada en el Seminario "La regulación del servicio público privatizado y la protección del usuario", organizado por la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, el 1/XI/91 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo, U.B.A.

total o parcial o para la liquidación de las empresas públicas, era necesaria la declaración administrativa de que dicha empresa se encontraba sujeta a privatización, que luego debe ser refrendado por ley del Congreso.

El acto administrativo de privatización puede referirse a cualesquiera de las formas de privatización, ya sea total o parcial, pudiendo comprender a empresas, establecimientos, bienes o actividades determinadas. Igualmente, la Administración puede disponer la exclusión de todos los privilegios, cláusulas monopólicas o prohibiciones discriminatorias cuyo mantenimiento obste a los objetos de la privatización o impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio.

La ley 23.696, en su artículo 17, señala las distintas modalidades de privatización que pueden utilizarse, las que pueden combinarse entre sí. La enumeración, como correctamente lo expresa la ley, no es de carácter taxativo, ya que no es conveniente determinar en forma rígida y de antemano, las modalidades con que el proceso de privatización deberá ser llevado a cabo.

Esa enumeración plantea supuestos diferentes, uno de los cuales son referidos al desprendimiento por parte del Estado de parte de su patrimonio a través de la venta de activos de las empresas, o del capital social o de los establecimientos, o bien arrendamiento con o sin opción de compra. Existe en este supuesto un claro cometido fiscalista ya que por un lado el Estado se desprende de parte de su patrimonio pero, por el otro, también deja de ser responsable de su conservación.

Diferente es la situación en el ámbito de diversas actividades que cumple el Estado, las que podemos agrupar en dos grandes grupos: su actividad de policía o de contralor de diversas actividades o la prestación de servicios públicos. En este supuesto no sólo será necesario la venta del patrimonio sino también, luego del desprendimiento total o parcial por parte del Estado de la responsabilidad en la actividad, la forma de otorgar dicha competencia a los particulares afectados.

Así, con o sin traspaso de los activos del Estado, éste encomendará al particular, mediante el sistema de concesión, la realización de determinadas actividades de las que, en algunos

supuestos, sólo mantendrá la competencia en la prestación, y en otros la prestará conjuntamente. También podrá desprenderse de la competencia para prestar un determinado servicio, atribuyéndosela a los particulares.

Soy partidario de definir al primer supuesto como privatización patrimonial y al segundo como funcional u operativa total o parcial. Pero lo que realmente es remarcable en este segundo supuesto es que se refiere, no ya a un contenido material sino funcional, tanto en la privatización de la prestación como en la referida a la actividad total.

Volviendo al último supuesto de los enumerados en el artículo 17 de la ley 23.696, se distingue la figura de la concesión y la licencia o permiso.

En el primer caso el Estado se reserva la titularidad de la competencia correspondiente, pero otorga la facultad de su prestación o de su gestión a un particular.

La licencia o permiso, en cambio, implican una habilitación al particular para el ejercicio de una actividad que correspondía a su esfera de actuación. Esta autorización trae aparejado el reconocimiento de un derecho preexistente que no puede ejercerse sin previa conformidad de la Administración.

La titularidad privada de una determinada actividad no implica intrínsecamente que el Estado no pueda prestarla en grado de igualdad, o no, con los particulares mientras dure el proceso de privatización y desregulación de la actividad.

Por lo que, cuando una actividad, luego privatizada, sea gestionada en forma conjunta o exclusiva por la Administración, ésta deberá desprenderse de esa gestión, lo cual no afectará en la titularidad de la actividad, ya que no se puede privatizar lo que ya es privado. En este supuesto, el Estado deberá privatizar los activos que utilizaba para esa gestión en el supuesto que no pretenda seguir con la gestión respectiva.

## II. *SERVICIOS PÚBLICOS*

Enmarcado en la postura funcional del servicio público, éste es, en general, clasificado en dos grupos: los servicios públicos

propios y los impropios. Se entiende por los primeros, a aquellos que son prestados por el Estado directamente o por concesionario y por los segundos a aquellos que son prestados directamente por los particulares limitándose la actuación del Estado a su reglamentación. De allí que ambas especies han sido también denominadas como servicios públicos estatales y no estatales, según quien sea el titular de la competencia para prestarlos.

Soy partidario de utilizar esta segunda definición, a pesar de su poca acogida en la doctrina, ya que la titularidad estatal de la actividad no hace a la esencia de ella, sino que el sector público o privado encargado de prestarlos será determinado por diferentes circunstancias políticas o económicas y no a la esencia intrínseca de la actividad.

La especie servicio público estatal debe ser entendida en sentido propio cuando la actividad es desarrollada por el mismo Estado e impropia cuando, por el contrario, éste la concede a un tercero.

La denominación de servicio público como propio o impropio es en realidad un resabio de la postura adoptada por la escuela francesa, en la cual Jéze y Duguit equipararon el servicio público con la actividad estatal. De lo cual deriva que lo que no es actividad estatal no puede ser propiamente un servicio público.

A pesar de ello coincidimos con Marienhoff, cuando sostiene que lo esencial del servicio público no es el sujeto que lo realiza o presta sino que por el contrario lo remarcable en este tema es el destinatario, es decir, a quien va dirigido. El titular de ciertas necesidades esenciales que deben ser cubiertas mediante su utilización.

En razón de ello, partiendo de la posición destacada del usuario, la *publicatio*, característica esencial de los servicios públicos estatales, puede ser eliminada cuando las circunstancias que determinaron su imposición desaparecen, sin que ello modifique la condición de servicio público de la actividad.

Del mismo modo, siendo en definitiva el destinatario del servicio y la satisfacción de determinadas necesidades el elemento tipificante, puede suprimirse el encuadramiento en el concepto de

servicio público cuando la prestación de la actividad no requiera de un acentuado control estatal.

Lo esencial del servicio público consiste en que a través de él, el usuario satisfará determinadas necesidades esenciales. En razón de ello, y debido a que por la propia naturaleza de la actividad el número de prestadores es limitado, su ejercicio debe ser controlado o coordinado por el Estado como protector del bien común.

En el ámbito de la ley 23.696, el Poder Ejecutivo se encuentra facultado para privatizar en forma total o parcial. El objeto de este proceso puede comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada.

En el supuesto de utilizarse la privatización total de actividades de titularidad estatal, previamente será necesario que el Estado derogue la *publicatio* que la caracteriza. Ello se produce a través de la declaración de sujeta a privatización que deberá realizar el Poder Ejecutivo con aprobación por ley del Congreso.

Así ocurrió, como lo sostiene Cassagne, en el caso de la privatización del servicio telefónico, donde se derogó la *publicatio* y si bien el Estado se reservó determinados poderes, especialmente en materia de contralor, la titularidad del servicio pertenece al sector privado, cuyo número de prestadores es limitado durante la vigencia del plazo de exclusividad. Ello en razón de haberse utilizado expresamente la técnica de la licencia y no la de la concesión.

Luego de lo cual, el Estado privatizó la gestión de su prestación que hasta ese momento se hallaba en sus manos, y los bienes afectados a ese fin, otorgando las respectivas licencias.

No es necesario, por el contrario la declaración de sujeta a privatización, como sostiene Cassagne, respecto de los entes a los que la ley reserva el sistema de concesión. Ello en razón de que en este supuesto el Estado conserva la titularidad del servicio o actividad, privatizándose, únicamente, su prestación.

### III. REGIMEN NORMATIVO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS PRIVATIZADOS

#### a) *Privatización y desregulación.*

La privatización de los servicios públicos del Estado, sea de la actividad misma o sólo de su gestión a través de la figura de la concesión, produce que éste se enfrente con una nueva realidad: la existencia de uno o varios prestadores privados.

El Estado no debe regularse a sí mismo a fin de procurar la satisfacción de esas necesidades esenciales de los particulares que caracterizan al servicio público. Pero sí debe velar por su satisfacción.

La privatización de los servicios públicos estará signada, en algunos casos, por un proceso de desregulación de la actividad, la que tendrá diversa intensidad según los supuestos, o, en sentido inverso, por una nueva regulación, que dará el marco normativo dentro del cual la actividad concedida se desarrollará.

Pero en ambos casos, este proceso estará destinado a lograr la mejor prestación del servicio, a través de la protección del usuario. La privatización no es un fin en sí misma, ni debe tener por objetivo último una disminución del gasto estatal sino que, por el contrario, debe estar orientada a mejorar la satisfacción de las necesidades de la población, individualmente considerada o en su conjunto.

Los conceptos de privatización y desregulación implican dos situaciones diversas, que en la práctica pueden o no coexistir.

Los cuatro primeros supuestos descriptos en el artículo 17 de la ley 23.696 implican formas de privatización que no conllevan, en sí mismos, ninguna vinculación con la desregulación. Del mismo modo, el decreto 2284/91 sobre desregulación de muy diversas actividades no participa del proceso privatizador.

El significado del concepto de desregulación que supone quitar la regulación, eliminar trabas para la realización de una actividad, en la práctica comprende dos momentos en su implementación. En un primer paso es condición indispensable aumentar la magnitud de la normativa aplicable a una actividad que hasta ese momento era competencia exclusiva del Estado. Luego de lo

cual se arribará a la desregulación propiamente dicha, entendida como liberalización de la actividad. Es decir que desregulación de una actividad estatal implicará inicialmente mayor regulación.

El fenómeno desregulador supone una determinada orientación económica consistente en limitar decididamente los monopolios, a través de un conjunto de medidas dirigidas a eliminar las restricciones a la entrada de los particulares o de empresas privadas en un determinado sector económico.

Así, se ha sostenido que el ámbito natural del fenómeno desregulador es el de los servicios públicos, en especial los transportes aéreos y por ferrocarril, las telecomunicaciones, e incluso el servicio de correos.

De más está decirlo que esta desregulación tendrá diversa intensidad según el grado de monopolio u oligopolio natural que detente la actividad de que se trate, ya que ello determinará que la cantidad de empresas privadas que puedan prestar el servicio estará limitada. Frente a un menor grado de desregulación se contrapondrá, en sentido inverso, una mayor actividad de control estatal, que suplirá la falta de control recíproco que ejercen entre sí los prestadores.

Por sobre la circunstancia mencionada, en la práctica, en algunos casos es necesario limitar la competencia en el momento de la privatización por un plazo más o menos prolongado predefinido. Ello, entre otras razones, por la necesidad de generar, en el nuevo gestor del servicio, utilidades máximas, asegurando así una mayor afluencia de posibles inversores en la privatización.

Luego de vencido el plazo de restricción, que opera como cláusula de plazo resolutorio a terceros, se concreta la referida desregulación o liberalización.

Un buen ejemplo de ello lo constituye el punto 13.4 del Pliego de Bases y Condiciones para la privatización de la prestación del servicio telefónico aprobado por el decreto 62/90 y sus modificatorios. Dicha cláusula establece: Las licencias con régimen de exclusividad serán otorgadas por un plazo de cinco años contados a partir de los dos años de la fecha de toma de posesión.

El período inicial de dos años se prevé para que las Sociedades Licenciatarias y la Sociedad Prestadora del Servicio

Internacional se reorganicen y coordinen entre sí la prestación de los servicios. El período de exclusividad comienza en la fecha de la toma de posesión y finaliza a los siete años de dicha toma de posesión. Dicho plazo podrá ser extendido por tres años más, siempre y cuando dichas sociedades hayan cumplido con las metas fijadas en el pliego mencionado.

Vencido el plazo de exclusividad operará de lleno la liberalización del servicio telefónico, lo cual se materializará en el otorgamiento de nuevas licencias mediante concurso público en cualquier zona del país. Dicho otorgamiento de licencias deberá tener como objetivo de largo plazo desregular toda prestación en la cual exista una efectiva competencia, según lo dispone el artículo 24 inc c) del decreto 1185/90.

A pesar de lo dicho, el artículo 22 del decreto 1185/90 prevé que el Poder Ejecutivo podrá otorgar licencias para la prestación de nuevos servicios de telecomunicaciones en régimen de exclusividad.

En similar situación de desregulación se enmarca la etapa de producción o generación de energía eléctrica, siempre y cuando no se realice mediante el aprovechamiento hidroeléctrico. Ello debido a que el proyecto de ley de reestructuración, privatización y regulación de la energía eléctrica considera a esa etapa como apta para ser explotada, con amplia libertad, por capitales privados de riesgo. En el caso de los aprovechamientos hidroeléctricos, por el contrario, se prevé la aplicación de la figura de la concesión, aplicándose el artículo 14 de la ley 15.336, que se declara aplicable.

Acorde con ello, en los fundamentos de dicho proyecto se hace referencia a la pretensión de estimular la libre competencia cuando esta sea posible, es decir, que el objetivo es, en la etapa mencionada, la desregulación de la actividad.

Diferente es la situación que se plantea cuando solamente se privatiza la gestión del servicio público mediante la figura de la concesión. En este caso sólo existirá un prestador, o al menos un prestador en una zona determinada o en una actividad específica. Por lo que no existirá liberalización o desregulación de la actividad sino por el contrario ello dará origen a una nueva regulación,

que será indispensable por la sustitución de los sujetos prestadores.

Así, las etapas de transporte o transmisión y de distribución de energía eléctrica en cada área de mercado, que constituyen monopolios naturales, como lo sostiene el proyecto mencionado, serán desarrolladas por empresas privadas, bajo regímenes de concesión.

Los servicios de transporte y de distribución podrán ser prestados por el Estado, por sí o a través de cualquiera de sus entes o empresas dependientes, en el caso en que, cumplidos los procedimientos de selección de los concesionarios respectivos, no existan oferentes a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos. Dicha intervención será limitada al tiempo durante el cual no existan ofertas de empresas privadas.

El mismo esquema de concesión de las etapas de transporte y distribución de gas natural es regulado en el proyecto de privatización de Gas del Estado, sociedad del Estado, elaborado por el Poder Ejecutivo y elevado a la consideración del Congreso Nacional.

Así, dentro del nuevo sistema que propugna el proyecto de ley, la compraventa de gas entre productores, distribuidores y grandes usuarios, será libremente pactado entre los mismos, mientras que las tarifas de los servicios de distribución y transporte serán determinadas previamente conforme a los lineamientos de una metodología de cálculo.

El proyecto prevé, haciendo suya la disposición del artículo 10 de la ley 23.696, la delegación al Poder Ejecutivo de la derogación de los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias cuya subsistencia obste al proceso de privatización y a la concreción del plan de reestructuración del sector.

Tanto en el caso del gas natural como de la energía eléctrica, ya el decreto 2074/90 había dispuesto la utilización de la concesión integral de distribución y comercialización.

En razón de la utilización de la figura de la concesión en estos sectores será necesario el dictado de un marco regulatorio que

reglamente la prestación del servicio con mayor minuciosidad que en los supuestos en que se proyecta la liberación de la actividad.

b) *Los marcos regulatorios.*

Los marcos regulatorios de las tres actividades analizadas, teléfonos, gas natural y energía eléctrica, están signados por la utilización en buena medida de la legislación existente en cada campo. Lo que determina que dichas actividades se encuentran, o lo estarán, sometidas a un marco regulatorio complejo, integrado por una multiplicidad de normas de distinta naturaleza, jerarquía y contenido.

Así en el área de las telecomunicaciones dicho marco está integrado por dos grandes bloques normativos.

El primero está compuesto principalmente por la Ley de Telecomunicaciones 19.798, sancionada en 1972, parcialmente derogada en algunos de sus capítulos. Su valor consiste en que continúan vigentes normas generales básicas tales como las que definen los servicios de telecomunicaciones; las que consagran principios básicos de la prestación, como el secreto de las telecomunicaciones, la universalidad e igualdad en el acceso al servicio, las facilidades para la utilización del suelo, subsuelo y espacio aéreo público o privado; las que establecen el carácter federal y no local (provincial o municipal) de la competencia para regular las telecomunicaciones; las que atribuyen al Poder Ejecutivo el carácter de autoridad de aplicación, con facultad para delegar en la entonces Secretaría de Comunicaciones.

También lo integran todas las normas que resultaban aplicables a ENTel y que no hayan sido derogadas en virtud de la privatización.

El segundo grupo está integrado por el conjunto de decretos que regularon la privatización de ENTel, dictados por el Poder Ejecutivo, tanto por la habilitación que le confirió la Ley de Telecomunicaciones como por la que le otorga la Ley de Reforma del Estado.

Así es destacable el decreto 1185/90 que creó la autoridad regulatoria y definió sus funciones. Así la Comisión Nacional de Telecomunicaciones es la encargada de emitir normas comple-

mentarias y de actuar como autoridad de control, esto es, verificando el correcto cumplimiento de las obligaciones, de lo cual deriva su amplia capacidad sancionatoria.

También son de suma importancia el decreto 2344/90 por el que se otorgaron las licencias correspondientes a las adjudicatarias de la actividad, los contratos de transferencia y los contratos de gerenciamiento.

Pero la norma más destacable de este grupo es el Pliego de Bases y Condiciones aprobado por el decreto 62/90 y sus modificatorios, ya que abarcó una regulación mucho mayor que la que es propia de un pliego, ya que determinó las bases concretas para la prestación del servicio. Así comprendió la definición completa del esquema de prestación del servicio de telecomunicaciones; las normas relativas a la prestación del servicio (definición del servicio básico, puntos terminales de la red, conexión de equipos, interconexión de redes, etc); las obligaciones específicas de las sociedades licenciatarias entre las que deben destacarse especialmente las metas obligatorias impuestas; regulaciones de tarifas; régimen sancionatorio; normas que condicionan la gestión, en especial en lo que se refiere a la política industrial.

Los contratos de transferencia del 60% de las acciones correspondientes a las licenciatarias Norte y Sur aprobados por el decreto 2332/90 complementan e interpretan algunas de dichas normas, por ejemplo en lo relativo al régimen tarifario y a la provisión de equipos terminales.

En una situación diferente se encuentran las industrias de energía eléctrica y del gas natural, ya que aún no se definió su nuevo marco regulatorio, estando ello en estudio del Poder Legislativo, como ya vimos.

De todas formas, y tomando como punto de partida para el análisis los proyectos de ley mencionados, podemos arribar a algunas consideraciones. Ello, sin perjuicio que estas puedan variar, dependiendo, en definitiva, del resultado de la consideración del Congreso.

Como característica común en ambos casos mencionamos que el marco regulatorio, al igual que el comentado en el área de las telecomunicaciones, tiene como punto de partida la legislación

ya vigente a la que se le agrega una nueva regulación en virtud de las variantes que se le pretende imponer a la actividad.

La ley 15.336 regula los supuestos en el ejercicio por particulares de actividades relacionadas con la generación, transformación, transmisión y distribución de la energía eléctrica que requiere concesión o autorización. El proyecto de ley mencionado sólo exige concesión para el aprovechamiento de las fuentes hidroeléctricas y para el ejercicio del transporte y distribución de la energía, modificándose en ese sentido la ley 15.336, que continúa aplicándose.

El decreto 634/91 establece que la actividad de generación de energía eléctrica estará abierta a la inversión de capitales de riesgo para la renovación y operación de equipos existentes o que incorporen nuevos. Ello tendiendo a la existencia de numerosos oferentes en condiciones competitivas con participación de los capitales privados. Es decir que salvo en lo referente al aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica, que será objeto de concesión, se prevé la desregulación para el resto del sector.

Esta desregulación no se operará en los sectores referidos a la actividad de transporte y de distribución, cuyas actividades, autorizaciones, tarifas y contralor estará a cargo del Estado por medio de un ente regulador.

Por su parte, el marco regulatorio del sector referido al gas natural en la etapa de producción del mismo declara aplicable lo normado en la ley 17.319, en especial lo relacionado con la concesión de explotación de hidrocarburos

En virtud de lo dispuesto en el artículo 6º del decreto 633/91 es clara la intención de liberalizar la actividad de los productores ya que los programas de explotación, producción y transformación de la industria del gas natural será realizada con el objetivo de dar condiciones de numerosos oferentes, que faciliten la competencia y garanticen precios libres, de eficacia, en el mercado mayorista.

Para la etapa del transporte del gas natural será aplicable la ley 17.319 y las normas proyectadas en el marco regulatorio en análisis del Congreso.

Tanto para dicha etapa como para la de distribución se prevé la aplicación de la figura de la concesión.

Tanto el decreto 633/91 como el proyecto de ley comentado establecen un período de transición durante el cual el ente regulador del sector fijará los precios máximos que los productores podrán percibir. El decreto determina que el plazo se extenderá hasta el momento en que se den las condiciones que garanticen la competencia en el mercado mayorista, plazo que en el proyecto está tabulado en un año, extendible a otro más.

Vencido dicho plazo se liberarán los precios del gas y las transacciones de oferta y demanda gasífera serán libres.

*c) Caracterización de las actividades como servicios públicos.*

Con algunas diferencias, las actividades analizadas han sido caracterizadas como servicios públicos.

Así en el caso de las telecomunicaciones, la ley 19.798 hace múltiples referencias al servicio público, en especial en la regulación referida a las restricciones al dominio impuestas para la prestación del servicio.

Sin perjuicio de otras alusiones en la misma norma, el punto 10.1.2 del pliego aprobado por el decreto 62/90 y sus modificatorios ya mencionado hace referencia a la prestación de los servicios públicos a cargo de las licenciatarias y de la sociedad prestadora del servicio internacional.

También en los contratos de transferencia específicamente se menciona al servicio público telefónico.

Derivado de la condición de servicio público surge la obligación de las licenciatarias de cumplir con la prestación en determinadas formas. Así el punto 10.1.2 del pliego establece la obligación de prestar el servicio con continuidad, regularidad, igualdad y generalidad, cuyo cumplimiento será uno de los objetivos del control de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según lo establece el artículo 8º del decreto 1185/90.

En el ámbito referido al gas natural, el artículo 3º del proyecto de ley comentado establece que el suministro en el punto de ingreso del sistema de transporte y el transporte y distribución, constituyen un servicio público.

Derivado de ello, ese proyecto establece el principio de la obligatoriedad de la prestación de los distribuidores y transportistas. Así el artículo 23 dispone que los distribuidores deberán satisfacer toda demanda razonable de servicios en la medida en que ello resulte económico. Por su parte el artículo 24 obliga a los transportistas y distribuidores a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de su sistema, que no está comprometido para abastecer la demanda contratada.

A su vez, el principio de continuidad se encuentra establecido en el artículo 17 que dispone que ningún transportista ni distribuidor podrá abandonar total ni parcialmente las instalaciones utilizadas o correspondientes al transporte o distribución de gas natural, ni dejar de prestar los servicios a su cargo, sin contar con la aprobación del ente regulador, quien sólo la otorgará después de comprobar que las instalaciones o servicios a ser abandonados no resultan necesarios para el servicio público en el presente ni en un futuro previsible.

Por su parte el proyecto de ley sobre reestructuración, privatización y regulación de la industria eléctrica, en un esquema equivalente al comentado del gas, en su artículo 1º establece que el transporte y la distribución de electricidad constituyen servicios públicos.

La ley 15.336 definió como servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado.

Respecto al principio de igualdad en la prestación, ambos proyectos prohíben a los transportistas y distribuidores otorgar u ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a sus instalaciones, excepto los que puedan fundarse en categorías de usuarios o diferencias concretas determinadas por el ente regulador.

También está consagrada la obligatoriedad limitada de la prestación ya que los transportistas y los distribuidores deben responder a toda solicitud de servicio dentro de los treinta días corridos, contados a partir de su recepción, pero los distribuidores deberán satisfacer sólo la demanda razonable de servicios en la medida en que ello resulte económico.

Se establece así, tanto para los distribuidores de energía eléctrica como de gas, el principio de la obligatoriedad relativa de la prestación del servicio, limitado a lo que resulte "económico", circunstancia que no se contempló en la privatización de las telecomunicaciones. En este tema se contraponen dos principios, por un lado la obligatoriedad en la prestación paralelo a la necesidad esencial que detenta el usuario eventual, y por el otro la rentabilidad del servicio que debe proteger el prestador. Entiendo que restringir la prestación en la medida de lo "económico" es correcto y resulta innecesario plasmarlo expresamente en la normativa, pero debe entenderse únicamente en el contexto general de la prestación y no en una operación singular. Ello debido a que no puede imponerse al prestador un sacrificio especial, pero sí cuando es compensado en la operatoria general.

Como vimos más arriba el concepto de servicio público se refiere a la satisfacción de una necesidad esencial, así el decreto 2184/90 sobre reglamentación del derecho de huelga consideró como servicios esenciales, a la producción y distribución de energía eléctrica, de gas y las telecomunicaciones.

Asimismo el proyecto de ley de creación de la Oficina de Defensa del Usuario, actualmente en estudio del Congreso, considera a estas actividades como servicios públicos.

d) *Nueva calificación del usuario.*

El proceso de privatización introdujo diversas modificaciones en la prestación de los servicios públicos, especialmente en aquellas áreas en las que se privatizó la misma actividad y no sólo su prestador. Dando origen a una nueva concepción en la prestación.

Esta nueva situación supone que la actividad es ejercida con un fin de lucro o ganancia económica real. Esta concepción mercantilista difiere de la seguida por las empresas estatales que si bien pueden ejercer actividades comerciales y perseguir una finalidad lucrativa en muchos casos, en última instancia deben atender al bien común de la comunidad. Ello ya que en última instancia no son otra cosa que una manifestación del propio Estado.

El lucro mencionado, que constituye la causa fin de la inversión privada, será obtenido luego de compensarse, lógicamente, la prestación del servicio en zonas más rentables con otras que reportan ganancias nulas o simplemente pérdidas. Estas últimas, a pesar de ello, no pueden ser dejadas de lado ya que en última instancia la actividad se encuentra signada por el marco jurídico del servicio público y no de una actividad propiamente comercial.

Dentro de esta nueva concepción el antiguo usuario del servicio público es denominado cliente de las empresas prestadoras.

La razón de ser de esta nueva denominación radica en la nueva filosofía comentada y no tanto en una concepción jurídica y en el hecho que, al menos en nuestro país, se encuentra íntimamente ligada la conceptualización del usuario con los servicios públicos del Estado.

La nueva denominación mencionada, en última instancia, no es más que un cambio terminológico acorde con la nueva realidad, pero que, de ninguna manera, afecta o modifica el *status* jurídico, ni los derechos reconocidos por la doctrina y la legislación respecto a los antes llamados usuarios.

#### IV. EL CONTROL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS PRIVATIZADOS

A partir de la privatización, el Estado perderá el carácter de prestador del servicio público y se limitará a otorgar la concesión correspondiente a un sujeto privado o bien la licencia o autorización respectiva cuando la actividad haya dejado de ser pública. Por lo que se distinguirán las funciones, hasta ahora mezcladas y encimadas, del sujeto prestador y de quien ejerce el control.

Es importante resaltar que el Estado controlará una actividad constituida bajo el régimen de servicio público. Por lo que la Administración en definitiva deberá vigilar que el servicio público sea prestado en un régimen de continuidad, regularidad, e igualdad.

Ese control tendrá diferencias según exista una concesión o una licencia. En el primer caso existirá una relación contractual entre el concesionario y el Estado por lo que la Administración, al margen del control mencionado y genérico, deberá velar por el

estricto cumplimiento de las pautas del contrato respectivo. En razón de ello sus facultades tendrán sustento legal en algunos casos y en otros contractual.

Diversa es la situación en aquellos supuestos en que se ha privatizado una actividad, la cual en el futuro consistirá en un servicio público no estatal. En estos casos debemos analizar primeramente los supuestos en que el Estado ha celebrado un contrato para la prestación de ese servicio, distinguiéndose los supuestos en los que junto con la licencia o autorización respectiva se otorgaron privilegios como ser la exclusividad en la prestación

En este último se encuentran los contratos de transferencia celebrados con las licenciatarias telefónicas Norte y Sur en los que, no sólo existirá un contralor de origen legal y contractual como en el supuesto anteriormente analizado, sino que el Estado también realizará un seguimiento respecto al cumplimiento de los objetivos impuestos en estos contratos. Dichos objetivos se refieren no sólo al mejoramiento de la calidad del servicio sino también a la ampliación de la red telefónica.

Diferente será la situación, seguramente, luego de operada la desregulación del servicio público telefónico en que el Estado sólo controlará de las nuevas licenciatarias el cumplimiento por estas de la legislación aplicable.

También es necesario recalcar la inversa proporcionalidad entre desregulación y control estatal. De lo cual deriva que a mayor desregulación, la actividad de la Administración de contralor de las condiciones de prestación se reducirá proporcionalmente ya que habrá, en gran medida, un control recíproco por parte de los mismos prestadores. En sentido inverso la prestación en monopolio de un servicio determinará una intensificación de la custodia estatal.

Todos estos presupuestos deberán conjugar armoniosamente y sin dejar de lado el hecho de que el usuario es el fin último tanto del control del Estado en este campo como de la técnica del servicio público. No existirá un buen servicio público ni tendrá razón de ser toda regulación o control estatal por más estrecho que

sea, si el usuario no encuentra satisfechas sus necesidades básicas o se encuentra indefenso ante el accionar de los prestadores.

Por último deberá considerarse que el resultado final del proceso de privatización de los servicios públicos no deberá consistir en un resultado económico, en un ingreso patrimonial para el Estado, que consiguió reducir su déficit fiscal u operativo o una importante reducción en la deuda externa, sino que, por el contrario, deberá consistir en una mejor atención de las necesidades de la comunidad.

En materia telefónica, como ya hemos visto, el decreto 1185/90 creó la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, como ente encargado de la regulación administrativa y técnica, el control, fiscalización y verificación en materia de telecomunicaciones.

Tiene facultades técnicas, como homologar equipos y materiales de uso específicos en telecomunicaciones o denegar el derecho de interconexión de equipos cuando tal situación plantee exigencias a la red que sean incompatibles con su armónico desarrollo.

También actúa en lo relativo al seguimiento y control de las obligaciones impuestas a las licenciatarias con un régimen de exclusividad y modera la prestación de aquellos servicios cumplidos bajo un régimen de competencia anteriores al vencimiento de esa exclusividad y luego de cumplido este plazo de toda la actividad de telecomunicaciones.

Asimismo le compete ser custodio de los usuarios y contratistas de las licenciatarias. Respecto de estos últimos, verifica el cumplimiento del requisito de selección competitiva en aquellos casos donde sea aplicable (situación que, en principio, había quedado restringida o derogada por aplicación del art. 1º del decreto 2284/91). Ello sin realizar una intromisión en la gestión económica empresarial de las licenciatarias.

Respecto de los usuarios controlará las condiciones exigidas para recibir el servicio, resolverá en instancia administrativa los reclamos de éstos, y en general controlará la calidad del servicio y su precio.

En los proyectos de privatización de gas natural y energía,

eléctrica se prevé, en ambos casos, la creación de un ente regulador con amplias facultades de policía de la actividad. Todavía no se encuentra reglada específicamente su competencia ni sus atribuciones, sino solamente sus líneas generales.

Así, se establece que deberá ejecutar la policía del servicio público a fin de asegurar continuidad, regularidad, uniformidad y generalidad, prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y aplicar sanciones.

En la actualidad se encuentra bajo análisis del Congreso un proyecto de ley de creación de la Oficina de Defensa del Usuario. El titular de dicha oficina, que ha sido llamado el *ombudsman* para la protección del usuario de los servicios públicos, tendrá como misión fundamental supervisar y controlar todos los aspectos concernientes a la eficiente prestación de los servicios públicos y actuará en el ámbito del Poder Legislativo.

Como ya hemos visto, su competencia comprenderá el control de los servicios de telecomunicaciones, distribución de gas y de energía eléctrica.

En razón de ello, y desde el punto de vista del usuario, éste tendrá una doble protección: por un lado la existencia de distintos organismos en el ámbito del Poder Ejecutivo que controlarán el funcionamiento de las diversas empresas prestadoras de los servicios públicos en general y del usuario en particular. Por otra parte, y en el ámbito del Poder Legislativo, de aprobarse el proyecto mencionado, existiría un control específico de las prestadoras pero teniendo como mira específica la satisfacción del interés particular del usuario.

## V. CONCLUSIONES

Como conclusión es necesario recalcar lo siguiente:

1. La ley 23.696 regula tanto la privatización patrimonial como funcional u operativa del Estado. Esta puede ser total o

parcial según la administración incluya en la privatización la actividad misma o sólo su gestión.

2. Para la privatización de los servicios públicos se utilizan las figuras de la concesión cuando el Estado mantiene la *publicatio* de la actividad, sólo transfiriendo su gestión; y de la licencia o permiso cuando, mediante la declaración de sujeta a privatización se derogó dicha *publicatio*, y la administración sólo habilita a los particulares a desarrollarla.

3. Las técnicas de privatización, desregulación y libertad del mercado deben conjugar armoniosamente unas con otras, especialmente en los supuestos de privatización total de servicios públicos que eran anteriormente estatales.

4. El control del Estado de los servicios públicos privatizados tendrá diferencias según se haya utilizado la figura de la concesión o de la licencia, y existirán, en este último supuesto, notables variantes según el grado de desregulación de la actividad.

5. Todo el proceso de privatización y desregulación debe tener en su vista al usuario y la mejor atención de sus necesidades esenciales.

## DE LA PRIMACIA Y EL EFECTO DIRECTO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

por ALEJANDRO FREELAND LÓPEZ LECUBE \*

### I. INTRODUCCION

1. Es mi intención en este trabajo analizar los dos pilares que informan el derecho comunitario europeo en sus relaciones con los derechos internos de los Estados miembros: los principios de la primacía o prevalencia y del efecto directo. Ambos han sido objeto de numerosos y exhaustivos estudios <sup>1</sup> y tema central de gran cantidad de sentencias del Tribunal de Luxemburgo. Me propongo con este aporte contribuir en algo a la discusión de estos temas y acercar a nosotros esta novedosa problemática no sólo por su intrínseco interés sino también por considerar útil la experiencia europea atento al proceso de integración económica que ya han iniciado nuestros países del sur. Dedicaré entonces estas páginas

\* Abogado U.B.A. Pos-grado en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Navarra, Pamplona, España.

<sup>1</sup> Vid., entre las obras generales, las siguientes: Louis, Jean Victor, *El Ordenamiento jurídico comunitario*, 4ta. ed., Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1991; Isaac, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Colección Derecho, Barcelona, 1988; Mangas Martín, Araceli, *Derecho Comunitario y Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1987; Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, *Los Tratados Constitutivos y el Derecho Derivado* y Muñoz Machado, Santiago, "Los principios de articulación de la relaciones entre el Derecho Comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva", Capítulos IX y XII, respectivamente, del *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, obra colectiva dirigida por E. García de Enterría y otros, Civitas, Madrid, 1986; Kovar, Roberto, "Relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales", en la obra colectiva *Treinta años de Derecho*

a destacar los fundamentos de estos dos principios, su alcance y consecuencias tal y como han sido interpretados por la doctrina y, principalmente, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2. Dos características sustentan los principios que informan el derecho comunitario: la especificidad y la atribución de competencias. La comunidad constituye un orden jurídico propio en favor del cual los Estados miembros han limitado, en ámbitos específicos, sus derechos soberanos<sup>2</sup>. El derecho comunitario ha nacido en virtud de atribuciones de competencias exclusivas de los Estados miembros a las comunidades desde el momento de la adhesión a los tratados. A partir de entonces, los Estados miem-

---

*Comunitario*. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1984. Entre los muchos estudios monográficos existentes sobre la materia pueden verse: Pescatore. Pierre. "Aspectos judiciales del acervo comunitario", en *Revista de Instituciones Europeas* (en adelante R.I.E.), 1981, pág. 331 y sigs.; Mancini, G. Federico, "L'incorporazione del diritto comunitario nel diritto interno degli stati membri delle comunita europee", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1988, pág. 87 y sigs.; Ayrat, Michel. "La transposition des directives dans les droits nationaux", en *Revue du Marché Commun*, 1977, pág. 411 y sigs.; Millán Moro, Lucía (1) "Aplicabilidad directa y efecto directo en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en *R.I.E.*, 1984, vol. 11, pág. 445 y sigs., (2) "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", en *R.I.E.*, 1991, vol. 18 N° 3, pág. 845 y sigs. y (3) "La Directiva como acto de una Comunidad de Estados con integración parcial", en *R.I.E.*, 1980, pág. 81 y sigs.; Pellicer Zamora, Rafael "Condiciones y tipos de invocabilidad de la directiva comunitaria" en *R.I.E.*, 1985, vol. 12, pág. 59 y sigs.; Bouza Vidal, Nuria. "Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la comunidad europea" en *R.I.E.*, 1981, pág. 397 y sigs.; Miaja de la Muela, Adolfo. "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario Europeo" en *R.I.E.*, 1974, pág. 987 y sigs.; Van der Avoort, Alexander, "El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea", trad. de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, en *E.D.* del 22 de febrero de 1991.

<sup>2</sup> Los Tratados de Roma carecen de término de vigencia y de cláusulas de denuncia, por lo que dicha delegación de atribuciones es indefinida. Así, los Estados miembros, adquieren el compromiso de la perseverancia en la empresa comunitaria de forma ilimitada en el tiempo, y su vocación de participar en la misma de forma irrevocable (lo que se ha llamado "carácter irreversible de los Tratados Comunitarios"). El Tratado CECA, firmado en París en 1952, es el único que tiene una duración limitada a 50 años.

bros quedan desprovistos de las competencias cedidas, que pasan a ser ejercidas por las instituciones comunitarias. El derecho de la comunidad y el derecho interno de los Estados aparecen entonces como sistemas jurídicos autónomos y distintos, aunque coordinados según el reparto de competencias establecido y garantizado por el tratado. Por eso, hay que situar las relaciones del orden comunitario con los órdenes internos en la línea que parte de los principios de atribución de competencias y de la colaboración o complementariedad funcional de los dos ordenamientos<sup>3</sup>.

3. El compromiso asumido por los Estados miembros es enorme. El derecho originario, compuesto por los tratados constitutivos, sus modificaciones y los tratados de adhesión de nuevos Estados, y el derivado, integrado por todos los actos emanados de las instituciones comunitarias, se imponen sobre los nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades actúa como poder judicial europeo que custodia la aplicación efectiva de las normas que contienen los tratados.

4. En el momento de la adhesión a los tratados, un Estado incorpora todo el acervo comunitario, integrado por los principios, las normas jurídicas y los compromisos políticos, en cuya elaboración, hasta entonces, no participó<sup>4</sup>.

5. Pero los límites de la transferencia de atribuciones no aparecen demasiado claros<sup>5</sup>. Las competencias iniciales previstas

<sup>3</sup> Cfr. Mangas Martín, *op. cit.* pág. 86. Habrá que indagar entonces si el Estado conserva competencias para legislar en una materia concreta, o si esa determinada competencia nacional ha resultado transferida por el tratado a las instituciones comunitarias y pasan a ser regularmente ejercidas por éstas. En ese caso el Estado ya no puede emanar normas individualmente o concertarlas con otros Estados miembros.

<sup>4</sup> "Desde el momento de la adhesión las disposiciones de los tratados y los actos adoptados por las instituciones de las comunidades antes de la adhesión, obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables a dichos Estados en las condiciones previstas en estos tratados y en la presente Acta" (art. 2º del "Acta Relativa a las Condiciones de Adhesión y a las Adaptaciones de los Tratados", comúnmente conocida como Acta de Adhesión, en este caso del Reino de España).

<sup>5</sup> Como apunta Millán Moro *op. cit.*, (3) pág. 85, el problema de competencias compartidas o competencias estatales, tiene su origen en el hecho de que las

en los tratados han sido constantemente ampliadas a ámbitos no previstos originariamente por ellos pero vinculados a la consecución de los fines enunciados (competencias implícitas) <sup>6</sup>. Esa ampliación de competencias, no previstas inicialmente pero estrechamente vinculadas a los objetivos básicos de la unión, se realiza recurriendo a la vía, por ejemplo del artículo 235 del T. CEE, que autoriza al Consejo a adoptar cualquier acción que aparezca como necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la comunidad <sup>7</sup>. Así, la Comunidad ha legislado en ámbitos inicialmente excluidos de su competencia, como el derecho medioambiental o la defensa de los consumidores.

Esta indefinición y atribución inicial de competencias en términos no poco ambiguos, hace que sea impredecible determinar a que sectores o ámbitos se irá extendiendo la legislación

---

Comunidades Europeas corresponden a un tipo de sociedad de integración parcial, en la que tienen que coexistir competencias comunitarias, competencias estatales y competencias compartidas, y sus respectivos ámbitos no pueden estar delimitados con nitidez.

<sup>6</sup> En el caso del T.CEE, estos fines están enunciados en su art. 2º, que dice: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

<sup>7</sup> El artículo 235 dice: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes”.

Este precepto es similar al contenido en el último párrafo del art. 1º Sec. 8 de la Constitución norteamericana, que autoriza al Congreso a hacer todas las leyes que sean necesarias o apropiadas para poner en ejecución los poderes confiados por la Constitución (“to make all laws wich shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers and all other power...”). Como señala S. Muñoz Machado, *op. cit.*, pág. 521, nota 46, las similitudes con el art. 235 del T.CEE no son sólo literales sino que se asemeja la interpretación y el uso que se ha hecho del precepto.

europea <sup>8</sup>. El principio de la primacía del orden jurídico comunitario se convierte así en un ariete imprescindible para introducir las normas europeas en los órdenes internos y explica la importancia que le ha dado el Tribunal de Justicia de las Comunidades, convirtiéndolo en un principio absoluto capaz de vencer cualquier resistencia de los poderes de los Estados.

## II. EL EFECTO DIRECTO DEL DERECHO COMUNITARIO

### 1. ¿Qué se entiende por efecto directo?

El efecto directo es un concepto elaborado por el Tribunal de Luxemburgo con el que se expresa que los destinatarios de las normas europeas son tanto los Estados miembros como los ciudadanos, que quedan inmediatamente obligados por las mismas y que pueden exigir su observancia ante los tribunales internos <sup>9</sup>. Las normas comunitarias no necesitan ser incorporadas al derecho interno como las normas de derecho internacional convencional; y, según el T.J.C.E., no sólo no precisan sino que excluyen cualquier modo de nacionalización, incluso la publicación en el diario oficial del Estado miembro, bastando su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE).

Tal como lo ha sostenido el Tribunal de Luxemburgo, “las normas de derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y a lo largo de todo su período de validez” <sup>10</sup>. Ello como requisito indispensable en el contexto de la integración europea.

<sup>8</sup> Bouzá Vidal, en *op. cit.*, pág. 421, expresa sus temores ante esta ampliación indeterminada de las competencias legislativas de la Comunidad más allá de los límites fijados por el T. CEE., debido, sobre todo, al escaso control democrático con que cuenta el poder legislativo europeo. Hasta ahora, el Parlamento sólo interviene en el proceso de elaboración de normas a título consultivo y el Consejo, que es quien sanciona las normas comunitarias, está compuesto por representantes del Poder Ejecutivo de los Estados miembros.

<sup>9</sup> Cfr. Muñoz Machado, *op. cit.*, pág. 508.

<sup>10</sup> T.J.C.E. Asunto (en adelante “As.”) 106/77, “Simmenthal”, Recueil (en adelante “Rec.”) 1978, pág. 643, considerando (en adelante “consid.”) 14.

Pero la doctrina del efecto directo, si bien desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo, no es una creación original del derecho comunitario. Son bien conocidas las disposiciones *self executing* del Derecho Internacional, reglas jurídicas aplicables directamente a los particulares y exigibles ante los órganos del Estado (judiciales o administrativos) sin necesidad de actos de desarrollo, mediación o recepción de los Estados. Pero estas disposiciones son en realidad escasas y excepcionales en los tratados internacionales. En el ámbito comunitario, en cambio, el efecto directo tanto de las disposiciones de derecho originario, como de las del derecho derivado, es la regla ordinaria. Ello, como consecuencia de la propia naturaleza y finalidad de las relaciones entabladas por los Estados miembros que no pretenden una cooperación más o menos acentuada sino una integración efectiva mediante la creación de un sistema institucional dotado de poderes propios y autónomos, de los que los Estados se han desprendido, y de un sistema de reglas comunes al conjunto de los Estados miembros. Así, "...la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho Internacional, en favor del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y en el que los sujetos son no solamente los Estados miembros, sino igualmente sus nacionales..."<sup>11</sup>.

En consecuencia, los individuos pueden también ser destinatarios de las normas comunitarias. Ello contribuye en forma decisiva a la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros y refuerza su eficacia "porque todo particular puede solicitar a su juez que elimine la aplicación del derecho nacional contrario al derecho comunitario directamente aplicable"<sup>12</sup>.

Los obstáculos al desarrollo de esta doctrina radicaron, desde el origen de las comunidades, en la concepción dualista de los Estados sobre las relaciones entre el derecho comunitario y el interno. Según los partidarios de esta teoría, el pacto formalizado

<sup>11</sup> T.J.C.E. As. "Van Gend en Loos", Rec. 1963. pág. 72.

<sup>12</sup> Vid. Louis. *op. cit.*, pág. 114.

en los tratados sólo vinculaba y obligaba a los Estados, quienes fueron los que asumieron los derechos y obligaciones correspondientes. Así, para que las normas comunitarias penetraran el espacio de los Estados y fueran directamente aplicables a los ciudadanos, debían, necesaria y previamente, ser incorporadas, transformadas, adaptadas o desarrolladas por las instancias nacionales. El Tribunal de Justicia ha construido en cambio una doctrina de las relaciones entre los dos ordenamientos en base a la cual se ha consagrado, como principio general, el efecto directo, concebido como una característica propia y esencial a la que no pueden oponerse condicionamientos derivados de la voluntad de los Estados miembros.

## 2. Efecto directo horizontal y vertical.<sup>13</sup>

2.1. El efecto vertical de una disposición comunitaria *es el derecho de un particular de invocar, frente a los órganos jurisdiccionales de su Estado, los efectos inmediatos que se desprenden de una obligación impuesta a los Estados miembros por el tratado.*

Hay disposiciones en el tratado que son claramente de efecto vertical, y así ha sido reconocido por el Tribunal de Luxemburgo. Tomemos como ejemplo la prohibición de los Estados miembros de introducir nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de nacionales de otros Estados miembros (art. 53 T.CEE y Sentencia Costa/Enel)<sup>14</sup>; o la prohibición de introducir nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente en el comercio intracomunitario (art. 31 T.CEE y Sentencia Salgoil)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Algunos autores llaman al efecto directo vertical “aplicación directa *strictu sensu*” o “plena y completa”, y al efecto directo horizontal, “aplicación directa *sensu lato*” o “limitada” (vid, por todos Bouzá Vidal, *op. cit.*, pág. 420, nota 78 con citas). Nosotros hemos preferido la denominación más extendida y utilizada, entre otros autores, por J. V. Louis.

<sup>14</sup> Cit. y analizada *supra*.

<sup>15</sup> T.J.C.E., As. 13/68, Rec. 1968, pág. 673. En Louis, *op. cit.*, págs., 114 a 116 y en la nota 1 de la pág. 116, puede el lector encontrar una lista de las disposiciones de los tratados a los que el T.J.C.E. ha reconocido efecto directo *vertical* y la cita de los fallos correspondientes. Algunos de ellos son los arts. 9; 12; 16; 30; 31; 37 ap. 2º y 52.

2.2. Los tratados contienen obligaciones para los Estados miembros, algunas de abstenerse y otras de actuar. Un ejemplo de las primeras es el artículo 12 del T.CEE: “Los Estados miembros se abstendrán de introducir entre ellos nuevos derechos de aduana a la importación y a la exportación o impuestos de efecto equivalente, y de aumentar los que aplican en sus relaciones comerciales mutuas”.

Un ejemplo de las obligaciones de hacer es la contenida en el artículo 95 del T.CEE: “Los Estados miembros derogarán o modificarán, antes del comienzo de la segunda etapa, las disposiciones existentes a la entrada en vigor del presente Tratado que sean contrarias a las normas establecidas en los párrafos anteriores” (prohibición de trato fiscal discriminatorio para productos de otros Estados miembros).

La jurisprudencia del Tribunal ha venido desarrollando la doctrina del efecto directo para estas disposiciones de los tratados *que contienen una obligación clara, precisa e incondicionada de hacer o de abstenerse dirigida al Estado miembro*, declarando que ellas son susceptibles de generar derechos y obligaciones de los justiciables que las jurisdicciones internas están obligadas a salvaguardar y exigir <sup>16</sup>.

2.3. Pero, además de esta posibilidad del justiciable de alegar ante un juez nacional los efectos de una obligación impuesta al Estado por los tratados, el Tribunal reconoce la posibilidad de que ciertas disposiciones de los tratados surtan efecto *entre los particulares*, y ello es lo que se conoce como *efecto directo horizontal*: el derecho de un particular de invocar frente a otro particular el derecho comunitario.

Hay actos del tratado que no ofrecen duda respecto de su invocabilidad directa entre los particulares. Así, las normas relativas a la competencia intracomunitaria (especialmente los arts. 85 y 86 del T. CEE) pueden ser invocadas directamente por una

<sup>16</sup> Una lista completa de todos los artículos del T.CEE que el tribunal ha declarado surten efecto directo, puede encontrarse en la respuesta de la comisión a la pregunta del parlamentario Boude, publicada en el JOCE del 29 de noviembre de 1982.

empresa contra otra ante las jurisdicciones nacionales. Los particulares pueden hacer valer los derechos reconocidos en los tratados no sólo frente a las normas emanadas de las autoridades nacionales sino también frente a las reglamentaciones colectivas no emanadas de la autoridad pública. Es el caso, por ejemplo, de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, prohibidas por los artículos 7º, 48, y 59 del T.CEE y respecto de las que el Tribunal de Luxemburgo se pronunció en la Sentencia Walrave <sup>17</sup>, asunto en el que se cuestionó una reglamentación de la “Unión de Ciclistas Internacional” que exigía la misma nacionalidad para el conductor de la moto que para el corredor con el que formaba equipo.

También el artículo 119, que consagra el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, se impone no sólo a las autoridades públicas sino también a todo convenio que regule de forma colectiva el trabajo asalariado, así como los contratos entre particulares <sup>18</sup>.

2.4. Por otro lado, hay disposiciones en los tratados a las que el Tribunal les ha negado efecto directo por no ser disposiciones claras, precisas e incondicionales y quedar libradas, para su aplicación efectiva, a la discrecionalidad tanto de las instituciones comunitarias como de los Estados miembros <sup>19</sup>.

### *3. Efecto directo y aplicabilidad directa no son sinónimos.*

La distinción bajo nombres como: “aplicabilidad inmediata y aplicabilidad directa, aplicación directa formal y material, aplicabilidad directa y efecto directo”, entre otras, ha sido elaborada por la doctrina para poner de relieve que la “aplicabilidad directa” significa que la norma comunitaria dotada de ella se integra por sí misma al ordenamiento jurídico interno sin precisar de ningún

<sup>17</sup> T.J.C.E., As. 36/74, Rec. 1974, pág. 1405.

<sup>18</sup> T.J.C.E., As. 43/75 “Defrenne II”, Rec. 1976, pág. 455, cons. 39.

<sup>19</sup> También puede encontrarse esta lista en la respuesta de la Comisión del 29 de noviembre de 1982. Son los siguientes artículos: 5; 32.2; 33; 67; 71; 90.2; 97.1; 102 y 107.

acto de recepción, incorporación, transposición o desarrollo del Estado para darle efectividad dentro de su territorio. En cambio, la posibilidad de surtir "efecto directo" significa algo más: que la norma genera derechos u obligaciones que pueden ser hechos valer por los ciudadanos directamente por ante los tribunales internos. Dicha virtualidad existe cuando ya la norma forma parte del orden jurídico interno y afecta las relaciones jurídicas internas, lo que puede derivarse de que sea estructuralmente completa o ser una construcción del T.J.C.E. para normas que en principio no la tienen, como el caso de las directivas y de las decisiones, que luego analizaré. Las dos cualidades no tienen porqué coincidir y ello aparece claro en el caso de reglamentos, normas directamente aplicables, siempre que requieran un desarrollo normativo posterior por parte de la Comisión, del Consejo o de los Estados miembros para lograr su aplicación efectiva; es decir, que serán normas directamente aplicables pero no tendrán efecto directo hasta tanto sean desarrolladas <sup>20</sup>.

#### 4. *Del derecho derivado directamente aplicable.*

Decidir si una norma tiene o no efecto directo no es tarea sencilla, y suscita distintos problemas vinculados, primero, con el tipo de norma de que se trate y, segundo, según sean las relaciones jurídicas reguladas por las mismas (efecto horizontal y vertical).

A diferencia de la primacía, que es una noción absoluta que se predica de toda norma comunitaria, concluir que una norma tiene o no efecto directo requiere un examen caso por caso. Así, como ya vimos, en los tratados encontramos claras disposiciones de efecto directo y otras en las que dicha virtualidad aparece implícita, ya que no necesitan un desarrollo posterior para surtir los efectos queridos.

En cuanto al derecho derivado, la cuestión aparece aclarada por el mismo Tratado, en el caso de los reglamentos, y mucho

<sup>20</sup> Piénsese también en casos de normas directamente aplicables que no tengan efecto directo. Por ejemplo, un reglamento que se limite a establecer un programa de actuación del que no deriven derechos de ningún género para los ciudadanos (cfr. Muñoz Machado, *op. cit.*, pág. 519).

menos consistente y necesitada de un trabajo de interpretación ingenioso en el caso de las directivas y de las decisiones, normas estas dos últimas que, por definición, no son directamente aplicables. Analizaré a continuación cada uno de estos supuestos.

4.1. *Los reglamentos*: o “leyes comunitarias”, son las normas de derecho derivado directamente aplicables por excelencia. No ofrecen por lo tanto, en la mayoría de los casos, dudas respecto a su efecto directo tanto horizontal como vertical. La redacción del artículo 189.2 del T.CEE parece despejarlas: “el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y *directamente aplicable en cada Estado miembro*” (el subrayado es mío).

El Tribunal de Justicia ha reiterado en numerosas sentencias que “en razón de su naturaleza misma y de su función en el sistema de fuentes del derecho comunitario, (el reglamento) produce efectos inmediatos y es, en cuanto tal, apto para conferir a los particulares derechos que las jurisdicciones tienen la obligación de proteger...”<sup>21</sup>. También ha dicho el Tribunal que “según los términos de los artículos 189 y 191 del Tratado, los reglamentos son, en cuanto tales, directamente aplicables en todos los Estados miembros y entran en vigor por su sola publicación en el Diario Oficial de las Comunidades desde la fecha que ellos fijan o, en su ausencia, desde la fecha prevista en el Tratado. Por consiguiente, son contrarios al Tratado todos los métodos de aplicación que pudieran tener por efecto constituir un obstáculo al efecto directo de los reglamentos comunitarios o poner en peligro su aplicación simultánea y uniforme en la Comunidad en su conjunto”<sup>22</sup>.

Pero, tal como señala Mangas Martín, la sola denominación de “reglamento” no es decisiva para calificar al acto de direc-

<sup>21</sup> T.J.C.E., As. 43/71 “Politi”, Rec. 1971, pág. 1049; As. 93/71 “Leonesio”, Rec. 1972, pág. 287; As. 84/71 “Marimex”, Rec. 1972, pág. 97; As. 39/72 “Comisión c/ Italia”, Rec. 1973, pág. 113; As. 34/73 “Variola”, Rec. 1973, pág. 990; As. 50/76 “Amsterdam Bull”, Rec. 1977, pág. 146; As. 94/77 “Zerbone”, Rec. 1978, pág. 116.

<sup>22</sup> T.J.C.E., As. 39/72 “Comisión c/Italia”, Rec. 1973, pág. 101.

tamente aplicable, pues *es el contenido material de un reglamento y no su forma lo que asegura su aplicación*<sup>23</sup>. Hay reglamentos que requieren para su aplicación un desarrollo normativo de los Estados, lo que significa que no tendrán eficacia directa hasta tanto no se hayan aprobado las necesarias normas internas. El T.J.C.E. ha dicho al respecto que las disposiciones de un reglamento, para gozar de efecto directo, deben ser claras y precisas y no deben dejar margen de apreciación a las autoridades<sup>24</sup>.

4.2. *Las directivas y las decisiones*: Las directivas y las decisiones, actos también de carácter obligatorio, plantean mayores problemas. Ellos parten de la redacción del mismo artículo 189 que en sus párrafos 3º y 4º dice: “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.”

Como vemos, los destinatarios de las directivas pueden ser sólo los Estados miembros<sup>25</sup> y de las decisiones aquellos a los que designa, Estados miembros o personas físicas o jurídicas, omitiéndose en ambos apartados toda referencia a la aplicación directa. La propia redacción del artículo 189 llevó, en un principio, a los autores y a la mayoría de los Estados a sostener que las directivas y las decisiones dirigidas a los Estados miembros carecían de efecto directo<sup>26</sup>. La Corte, en cambio, ha reconocido efecto di-

<sup>23</sup> Mangas Martín, *op. cit.*, pág. 73.

<sup>24</sup> T.J.C.E., As. 9/73 “Schlüter”, Rec. 1973, pág. 1158.

<sup>25</sup> Las directivas no tienen, como los reglamentos, alcance general. Los tratados son bien claros al asignar dicho alcance a los reglamentos, pero las directivas tan sólo vinculan al Estado miembro destinatario y están privadas en principio de ese alcance general, que recién se logra cuando los Estados hayan adoptado las medidas internas para ejecutar las obligaciones impuestas.

<sup>26</sup> Tal como sostiene Muñoz Machado, *op. cit.*, pág. 512, “la directiva es, por esencia, un instrumento que apela a la colaboración normativa entre dos instancias. En su versión comunitaria, la directiva, como dice el Tratado, se dirige a los Estados, que son luego los encargados de transformar su contenido en normas de derecho interno. Por esta razón, se conviene que la directiva vincula a los Estados, no a los ciudadanos directamente; éstos quedarán ulteriormente obligados por las normas estatales que traspongan el contenido de la directiva en el

recto vertical a ciertas disposiciones contenidas tanto en directivas como en decisiones.

Comenzó señalando en reiterados fallos <sup>27</sup> que *si en virtud de las disposiciones del artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y, en consecuencia, por su naturaleza misma susceptibles de producir efectos directos, no resulta de ello que otras categorías de actos contemplados por éste artículo no puedan producir efectos análogos; ...sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la decisión, excluir en principio que la obligación que la misma impone, pueda ser invocada por personas afectadas*. El Tribunal abrió así el camino a la posibilidad de reconocer efectos directos a otras disposiciones distintas de los reglamentos, prescindiendo de la calificación formal de los actos a la hora de atribuirles o no efectos directos y atendiendo al contexto y a los objetivos que persiguen para averiguar si crean o no derechos y obligaciones para los particulares <sup>28</sup>. La Corte argumentó también a través del artículo 177 del T.CEE, que permite a los nacionales recurrir al Tribunal sobre la validez y la interpretación de todos los actos de las instituciones sin distinción, lo que implica que esos actos son susceptibles de ser invocados por los administrados ante dichos órganos jurisdiccionales <sup>29</sup>. Tanto los reglamentos, para su efecto directo vertical y horizontal, como las directivas, para su efecto directo vertical, deben reunir los mismos requisitos de claridad y

---

seno del ordenamiento interno. Se comprende que el reconocimiento de efecto directo a una norma de las características de la directiva haya planteado notables problemas...”.

<sup>27</sup> T.J.C.E., As. 9/70 “Grad”, Rec. 1970, pág. 838, As. 41/74 “Van Duyn”, Rec. 1974, pág. 1348; As. 148/78 “Ratti”, Rec. 1979, pág. 1642; As. 8/81 “Becker”, Rec. 1982, pág. 70; As. 255/81 “Grendel”, Rec. 1982, pág. 2312.

<sup>28</sup> “...conviene pues examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de las disposiciones de que se trate, pueden producir efectos directos en las relaciones entre el destinatario del acto y terceros”, de lo contrario, “...el efecto útil del acto comunitario se encontraría debilitado si los particulares no pudieran alegarlo en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración como elementos del Derecho Comunitario”. (T.J.C.E., As. Grad, consid. 6 y 5).

<sup>29</sup> Sentencia Grad, consid. 6.

precisión y no dejar margen de apreciación al legislador nacional <sup>30</sup>.

Pero, en el caso de las directivas, aún queda un requisito por cumplir, para atribuirles efectos directos. *Las directivas, obligatorias en cuanto a su cumplimiento, precisan de un posterior desarrollo interno para su aplicación, recién entonces, sus efectos alcanzan a las particulares.* La directiva constituye una obligación de resultado en cabeza de los Estados miembros, que debe ser ejecutada *al vencimiento del plazo* fijado en la misma directiva. El problema surge cuando el Estado miembro no ejecuta correctamente una directiva o cuando, expirado el plazo para ejecutarla, no ha adoptado las medidas de desarrollo necesarias. "El Estado miembro que no haya adoptado en los plazos las medidas de ejecución impuestas por la directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que comporta" <sup>31</sup>.

El efecto directo de la directiva surge así como correctivo en caso de que el Estado no haya adoptado, en el término fijado, los actos internos necesarios para su ejecución <sup>32</sup>. Debido a su efecto directo sólo vertical (invocable sólo en las relaciones entre el particular y los Estados miembros y no en las relaciones entre particulares) <sup>33</sup>, los ciudadanos pueden alegar los derechos que les

<sup>30</sup> Esto ha llevado a que las directivas, tradicionalmente utilizadas como instrumento de armonización de legislaciones, sean cada vez más técnicas y precisas, dejando cada vez menos margen de apreciación a los Estados miembros y cerrando así las posibilidades de desarrollo normativo que el Tratado asigna a los órganos internos de los Estados, con lo que se desnaturaliza un tanto su sentido. Sobre este punto puede consultarse, entre otros trabajos, el de Francisco Santaolalla Gadea, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, pág. 462. y Millán Moro, *op. cit.*, (3) pág. 94.

<sup>31</sup> T.J.C.E., As. 301/81 "Comisión c/Bélgica", Rec. 1983, pág. 478.

<sup>32</sup> Cfr. Mangas Martín. *op. cit.*, pág. 86.

<sup>33</sup> El Tribunal se ha pronunciado claramente en contra del efecto horizontal de las directivas. En la Sentencia Marshall (As. 152/84, Rec. 1986, pág. 723) subrayó que, según el art. 189 del Tratado, el carácter obligatorio de una directiva en el cual se funda la posibilidad de invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional, no existe sino con respecto al Estado miembro destinatario. Una directiva no puede crear por sí misma e independientemente de las medidas internas de

precisión y no dejar margen de apreciación al legislador nacional <sup>30</sup>.

Pero, en el caso de las directivas, aún queda un requisito por cumplir, para atribuirles efectos directos. *Las directivas, obligatorias en cuanto a su cumplimiento, precisan de un posterior desarrollo interno para su aplicación, recién entonces, sus efectos alcanzan a las particulares.* La directiva constituye una obligación de resultado en cabeza de los Estados miembros, que debe ser ejecutada *al vencimiento del plazo* fijado en la misma directiva. El problema surge cuando el Estado miembro no ejecuta correctamente una directiva o cuando, expirado el plazo para ejecutarla, no ha adoptado las medidas de desarrollo necesarias. 'El Estado miembro que no haya adoptado en los plazos las medidas de ejecución impuestas por la directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que comporta' <sup>31</sup>.

El efecto directo de la directiva surge así como correctivo en caso de que el Estado no haya adoptado, en el término fijado, los actos internos necesarios para su ejecución <sup>32</sup>. Debido a su efecto directo sólo vertical (invocable sólo en las relaciones entre el particular y los Estados miembros y no en las relaciones entre particulares) <sup>33</sup>, los ciudadanos pueden alegar los derechos que les

<sup>30</sup> Esto ha llevado a que las directivas, tradicionalmente utilizadas como instrumento de armonización de legislaciones, sean cada vez más técnicas y precisas, dejando cada vez menos margen de apreciación a los Estados miembros y cerrando así las posibilidades de desarrollo normativo que el Tratado asigna a los órganos internos de los Estados, con lo que se desnaturaliza un tanto su sentido. Sobre este punto puede consultarse, entre otros trabajos, el de Francisco Santaolalla Gadea, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, pág. 462. y Millán Moro, *op. cit.*, (3) pág. 94.

<sup>31</sup> T.J.C.E., As. 301/81 "Comisión c/Bélgica", Rec. 1983, pág. 478.

<sup>32</sup> Cfr. Mangas Martín. *op. cit.*, pág. 86.

<sup>33</sup> El Tribunal se ha pronunciado claramente en contra del efecto horizontal de las directivas. En la Sentencia Marshall (As. 152/84, Rec. 1986, pág. 723) subrayó que, según el art. 189 del Tratado, el carácter obligatorio de una directiva en el cual se funda la posibilidad de invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional, no existe sino con respecto al Estado miembro destinatario. Una directiva no puede crear por sí misma e independientemente de las medidas internas de

confiere la directiva, pero el Estado no puede exigirles las eventuales obligaciones que les correspondan. Vencido el plazo sin que las medidas internas se hayan adoptado, los particulares tienen derecho a invocar la directiva como una garantía mínima derivada de su propio carácter obligatorio. “Cada vez que las disposiciones de una directiva sean, por su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, pueden ser invocadas ante el juez por los particulares en el caso de que el Estado miembro afectado no haya ejecutado correctamente la directiva en el marco de la legislación nacional”<sup>34</sup>.

### 5. Conclusiones.

Una norma tiene efecto directo cuando no está subordinada para desplegar sus efectos a ningún acto de incorporación o recepción de los Estados miembros. Penetra en el ordenamiento jurídico interno sin el socorro de ninguna medida nacional, produciendo efectos inmediatos y generando derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar.

Según hemos visto, los criterios generales para atribuirle, caso por caso, a una norma comunitaria primaria o secundaria efectos directos son los siguientes:

---

desarrollo adoptadas por los Estados miembros, obligaciones para un particular y, por lo tanto, no puede ser invocada ante un Tribunal nacional en contra de un particular. La doctrina se ha manifestado mayoritariamente contraria a esta interpretación. Vid, por todos, Millán Moro, *op. cit.*, (2) págs., 847/8, con citas bibliográficas. Esta autora sostiene que el Tribunal, ante el problema de reconocer o no efecto directo a las directivas, podría haber optado por negárselo en cualquier caso, con la mayor indefensión que ello supondría para los particulares, o habérselo reconocido completo, vertical y horizontal, si de lo que se trataba era de protegerlos y defender sus derechos en caso de incumplimiento de los Estados miembros. Con esta interpretación, sostiene la autora, se producen discriminaciones entre los particulares, por ejemplo en razón de la nacionalidad o del sexo, que están prohibidas por el Tratado (arts. 7º y 119), ya que, en situaciones jurídicas idénticas la situación del particular estará o no protegida dependiendo de que la relación se entable con el Estado o con otro particular.

<sup>34</sup> T.J.C.E., As. 5/83 “Rienks”, Rec. 1983, pág. 4245; As. “Ratti” y As. “Becker”, ya citados.

— la norma debe ser contemplada a la luz del espíritu, economía y términos del Tratado;

— no debe atenderse tanto a su denominación sino a su contenido;

— este debe ser claro, incondicional, bien definido y preciso, jurídicamente perfecto y completo;

— las disposiciones de los tratados y los reglamentos que reúnen estas condiciones tienen efecto directo vertical y horizontal;

— las directivas no tienen, por regla general, efecto directo. Sus disposiciones sólo adquieren efecto directo vertical cumpliendo las condiciones de claridad, precisión y perfecta determinación al agotarse el plazo otorgado para su desarrollo y entrada en vigor. El efecto directo vertical actúa así enmendando dicha inejecución;

— esta eficacia alcanza tanto a las obligaciones de hacer como a las de no hacer, siempre que se presten a producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y sus justiciables.

Las consecuencias del efecto directo de una norma comunitaria son las siguientes:

— por el efecto directo vertical (en el caso de los reglamentos, directivas y decisiones), que vincula en la relación jurídica al Estado, a las instituciones comunitarias y a los particulares, estos pueden invocar las normas comunitarias ante los tribunales nacionales en busca de protección a sus derechos individuales;

— pero la norma comunitaria puede desplegar también un efecto horizontal únicamente en el supuesto de los reglamentos, pudiendo invocar los particulares, en sus relaciones intersubjetivas, derechos y obligaciones derivados del derecho comunitario;

— las disposiciones de efecto directo son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para quienes les afecten, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean partes en relaciones jurídicas de derecho comunitario <sup>35</sup>;

— las jurisdicciones nacionales están especialmente encar-

<sup>35</sup> Sentencia Simmenthal cit. consid. 15.

gadas de asegurar esos derechos individuales generados por la norma de efecto directo <sup>36</sup>, de manera que todo juez nacional, en tanto que órgano de un Estado miembro, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que este confiere a los particulares. Así, el juez nacional debe determinar si una disposición es de efecto directo y velar para que la disposición que reúne esas características despliegue todos sus efectos <sup>37</sup>;

— los reglamentos sólo requieren ser publicados en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas. En cambio, tanto las directivas como las decisiones deben ser notificadas a sus destinatarios y surten efecto a partir de tal notificación <sup>38</sup>.

Hemos terminado aquí el análisis referido al efecto directo de las normas comunitarias. Pero como el lector puede intuir inmediatamente se plantean otros interrogantes de importancia y que han debido ser aclarados por el Tribunal de Luxemburgo. Así, ¿en caso de colisión de una norma comunitaria de efecto directo con una nacional contraria, anterior o posterior, cuál prevalece? Aparece entonces en la escena el segundo principio rector, el de primacía. Es en el juego armonioso y en la interdependencia de los dos principios, el de primacía y el de efecto directo, donde el ordenamiento comunitario muestra su mayor originalidad y adquiere una profunda e indispensable fuerza de penetración en los ordenamientos internos.

### III. DE LA PRIMACIA DEL ORDEN JURÍDICO COMUNITARIO

Las normas de derecho comunitario priman siempre sobre

<sup>36</sup> Sentencia Van Gend en Loos, cit. punto 1 del resolutorio.

<sup>37</sup> Sentencia Simmenthal, cit. consid. 21 y 24.

<sup>38</sup> Vid. art. 191 T.CEE. Aunque, como señala Millán Moro en *op. cit.*, (2) pág. 859, es práctica ininterrumpida desde los orígenes de las comunidades, por lo que puede hablarse de *costumbre comunitaria*, la de publicar las directivas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. La Comunidad parece tener la convicción de la necesidad de esa práctica para garantizar la seguridad jurídica y los derechos de los particulares frente a los Estados miembros.

cualquier otra norma de derecho interno que se les oponga y deben aplicarse con preferencia cualquiera sea el rango de la norma interna <sup>39</sup> y con independencia de que sean anteriores o posteriores a la entrada en vigencia de los tratados.

Tal como sostiene Jean Victor Louis <sup>40</sup>, “la primacía es el corolario de la concepción que el Tribunal tiene del ordenamiento jurídico comunitario, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones”. En el Asunto Simmenthal la Corte sostiene que “estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros”... “los Estados miembros no pueden oponer normas internas en contra de un ordenamiento jurídico que han aceptado sobre una base de reciprocidad” <sup>41</sup>. El Tribunal de las Comunidades parte en la construcción de este principio de la célebre sentencia Costa/Enel <sup>42</sup>. El demandante solicitó a un tribunal italiano la declaración de inconstitucionalidad de una ley de nacionalización de la energía eléctrica que violaba los artículos 37, 53 y 102 del Tratado CEE, y por lo tanto, el artículo 11 de la Constitución Italiana por el que Italia había procedido a autolimitar su soberanía. El juez *conciliatore* de Milán elevó el asunto al tribunal constitucional italiano, quien, sin consulta previa al T.J.C.E. por la vía del recurso de prejudicialidad, rechazó el planteo apoyado en el principio de que la ley posterior, en el caso

<sup>39</sup> Incluso sobre las constitucionales, porque la base de la primacía se encuentra en los tratados fundacionales y no en las constituciones de los Estados miembros. “Toda pretensión de un Estado miembro de hacer prevalecer sus propios criterios constitucionales sobre el derecho comunitario, constituye un fermento de dislocación de la Comunidad y es contrario al principio de adhesión sobre una base de reciprocidad” (T.J.C.E., Sentencia Stauder del 12 de noviembre de 1969).

<sup>40</sup> *Op. cit.*; pág. 141.

<sup>41</sup> El mismo autor en *op. cit.*, pág. 142 señala que “la pretensión por parte de un Estado de que una ley posterior prevalezca sobre un reglamento, resulta absurda e ilusoria, debido a la simple eventualidad de que un reglamento posterior ponga fin a esta incoherencia”.

<sup>42</sup> T.J.C.E., As. 6/64 “Costa/ENEL”, Rec. 1964, pág. 1141.

de la nacionalización, deroga a la anterior, las normas del T.CEE. El juez, antes de fallar en el asunto, sí promovió la consulta al Tribunal europeo, quien rechazó en forma concluyente la postura del tribunal constitucional italiano, defendiendo la primacía del orden comunitario “en razón de la naturaleza específica original” del mismo <sup>43</sup>. “El Tratado de la Comunidad Económica Europea, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, ha creado un ordenamiento propio, autónomo del derecho interno e internacional, que se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y se impone a sus jurisdicciones. La Comunidad está dotada de poderes efectivos que emanan de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, transferencia que entraña una limitación definitiva, en esas esferas delimitadas, de sus derechos soberanos en favor del orden jurídico comunitario, no pudiendo prevalecer una norma nacional posterior sobre esos derechos definitivamente transferidos”.

Como vemos, en esta sentencia, como en todas las posteriores, se habla de transferencia de derechos soberanos; de transferencia de atribuciones; de limitación de competencias. Se subraya, una y otra vez, que las competencias que han sido transferidas ya no pueden ser ejercidas por los Estados miembros.

El principio de primacía forma parte de la noción misma de la Comunidad, es necesario que cada Estado miembro se someta a la regla común “que se vería condenada a desaparecer si se admitiese que un Estado miembro la puede derogar a su gusto y de manera unilateral” <sup>44</sup>. Si en un Estado miembro se respetaran los principios que en otro no se respetan, se quebraría el equilibrio y se generaría una discriminación entre los nacionales de los Estados miembros <sup>45</sup> que tendrían derechos y obligaciones en

<sup>43</sup> Idéntico principio que inspiró la sentencia Van Gend en Loos “...la Comunidad constituye un orden jurídico en el campo del derecho internacional, en virtud del cual los Estados han limitado, en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos...”

<sup>44</sup> Vid. Mangas Martín, *op. cit.*, pág. 88.

<sup>45</sup> Discriminación prohibida por el art. 7º del T. CEE, que en su párrafo 1º dice: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las

ciertos Estados comunitarios no reconocidos para sus pares en otros.

En la Sentencia Simmenthal <sup>46</sup> el Tribunal lleva a sus últimas consecuencias el principio de primacía. Los hechos, suscitadamente relatados, eran los siguientes: la sociedad italiana Simmenthal importaba desde Francia carne bovina, que en la aduana italiana era sometida al pago de unos derechos de control sanitario en virtud de una ley del año 1970. En 1976, la sociedad italiana demandó a la administración de aduanas italiana el reembolso de las cantidades pagadas porque ello constituía, en su opinión, una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, prohibida por el Tratado de Roma <sup>47</sup>. El juez italiano (*pretore* de Susa) acudió en interpretación al Tribunal comunitario por la vía prejudicial y éste entendió que la tasa impuesta por la ley italiana era una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, y por lo tanto, contraria a los tratados. El juez italiano condenó entonces a la Aduana a devolver las cantidades indebidamente pagadas. La Aduana se opuso al pago argumentando ahora que la ley en cuestión era posterior a la que aprobó la adhesión italiana al T.CEE. El juez acudió de nuevo al Tribunal para que se pronunciase acerca del temperamento que debía adoptar ante una ley nacional ulterior contraria a una norma comunitaria, es decir, si debía considerarla inaplicable de pleno derecho sin esperar su derogación por el legislador o su declaración de inconstitucionalidad por el órgano competente. El Tribunal respondió de manera rotunda las preguntas planteadas. Sostuvo así que:

a) una norma comunitaria hace *“inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente”*;

b) para el supuesto de normas nacionales posteriores, *la vigencia de la norma comunitaria impide “la formación válida de*

---

disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

<sup>46</sup> T.J.C.E., As. “Simmenthal”, Rec. 1978, pág. 643.

<sup>47</sup> Vid. art. 30 T.CEE.

*nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias*”;

c) ¿qué debe hacer el juez nacional ante el conflicto de su orden interno con el comunitario? El juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias “*dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria*”<sup>48</sup>.

Así, la norma comunitaria no deroga a la norma interna contraria. La sanción es mínima, la hace inaplicable para el caso concreto, “lo que no limita...la capacidad de las jurisdicciones nacionales competentes para aplicar, entre los diversos procedimientos de orden jurídico interno, los que resulten apropiados para salvaguardar los derechos individuales concedidos por el derecho comunitario”<sup>49</sup>. La ley continúa vigente y es tarea de los órganos competentes de cada Estado miembro, conforme a los procedimientos que disponen sus respectivas constituciones internas, proceder a la anulación, derogación o declaración de inconstitucionalidad de la norma interna contraria al derecho comunitario<sup>50</sup>.

En la misma línea se sitúan, entre otras, las sentencias Lück<sup>51</sup> “...la aplicabilidad directa excluye la aplicación de las medidas de orden interno incompatibles...” y Marimex<sup>52</sup>, donde se afirma

<sup>48</sup> Esta obligación, inicialmente puesta en cabeza del juez, se extiende a partir de la Sentencia “Fratelli Constanzo”, As. 103/88, Rec. 1989, pág. 1839, al resto de las instituciones del Estado y cualquiera sea su estructura, federal, autonómica o centralizada. En el caso citado, se declara que un Ayuntamiento debe descartar las normas emanadas de otro órgano interno, en muchos casos, de su superior jerárquico. Ello, porque el obligado es el Estado todo como sujeto de derecho internacional.

<sup>49</sup> T.J.C.E., As. 34/67 “Firma Gebrüder Lück c/ Hauptzollamt Köln-Rheinau” Rec. 1967, pág. 359.

<sup>50</sup> T.J.C.E., As. 120/73 “Lorenz”, Rec. 1973, pág. 1484; As. 121/73 “Markman”, Rec. 1973, pág. 1509; As. 122/73 “Nordsee”, Rec. 1973, pág. 1525.

<sup>51</sup> T.J.C.E., As. 34/67 ya citado.

<sup>52</sup> Citada en la nota 21.

que "...el efecto de los reglamentos se opone a la aplicación de las medidas legislativas incompatibles con sus disposiciones...".

Es legítimo preguntarse entonces si el mero mantenimiento, aun sin actos de aplicación, de las disposiciones legislativas contrarias al Tratado o a un reglamento constituye en sí una infracción al orden comunitario, o, dicho de otro modo, ¿debe el Estado derogar las disposiciones internas incompatibles con normas comunitarias directamente aplicables? El Tribunal, en su sentencia "Code du Travail Maritime"<sup>53</sup>, condenó al Estado francés, a instancia de la Comisión y por la vía del recurso del artículo 169 T.CEE. no sólo por mantener vigente una ley que establecía que un porcentaje de los marineros de los buques franceses debía ser francés, lo que significaba una clara violación a los principios de no discriminación por la nacionalidad en materia laboral y libre circulación de trabajadores (arts. 7º y 48 T.CEE), sino además por la posición del Estado francés, que, con su demora, escudado en la indecisión de su parlamento, creaba una situación ambigua y equívoca para los justiciables, que se veían obligados a emprender procedimientos judiciales para aclarar su situación, lo que, de por sí, constituía una discriminación.

A partir de la Sentencia Simmenthal, la postura del Tribunal frente a las normas internas contrarias ha evolucionado y afirma, desde 1986, *la obligación de derogar las normas contrarias al derecho comunitario*. Así condenó a Italia por mantener vigente una ley contraria a los tratados a pesar de reconocer este país el efecto directo y la primacía del derecho comunitario<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> T.J.C.E., As. 167/73, Rec. 1974, pág. 359.

<sup>54</sup> T.J.C.E., As. 165/85, "Comisión c/Italia", Rec. 1986, pág. 2945. De la que extractamos, por su claridad e importancia, los siguientes párrafos: "...el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al derecho comunitario. Dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del tratado..." (consid. 11) "...La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposicio-

#### IV. CONCLUSIONES

— Los tratados han instituido un ordenamiento jurídico propio integrado al sistema jurídico de los Estados miembros, que se impone a sus órganos jurisdiccionales.

— Los Estados miembros no pueden hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral, ni anterior, ni posterior, de sus legislaciones internas.

— La primacía del orden comunitario opera sobre cualquier otro texto interno, anterior o posterior, de cualquier jerarquía, incluso sobre las normas constitucionales de los Estados miembros.

— La aplicación prevalente de las normas comunitarias frente a cualquier norma que se les oponga es una obligación de los jueces ordinarios de los Estados miembros. Al actuar así, no sólo dan cumplimiento efectivo a las exigencias institucionales de la Comunidad, sino que hacen valer los derechos que a los particulares reconocen las normas comunitarias. El juez nacional, en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una norma interna, está obligado a aplicar la primera siempre y a dejar inaplicada la ley interna sin esperar a que se derogue o sin usar en ningún caso procedimientos de control de la misma.

— No pueden oponerse a las normas comunitarias ni regulaciones materiales contradictorias establecidas en una ley posterior, ni procedimientos internos, de cualquier clase que sean, que puedan trabar o retrasar la vigencia inmediata de la norma europea.

---

nes del tratado, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas, de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse..." (consid. 13).

# **DOCUMENTO**

## DESPEDIDA. REPUBLICA Y ESPERANZA \*

por NORBERTO EDUARDO SPOLANSKY \*\*

### I.

Hoy nos hemos reunido para despedir a nuestros estudiantes, a nuestros ahora graduados, y también para escuchar sus juramentos.

Y este encuentro se produce cuando suenan entre las hojas húmedas los sonidos ocos de las flautas del otoño.

### II.

El lenguaje de la despedida convoca al lenguaje de la evocación, y con Borges, nuestro poeta, nos preguntamos:

Qué son nuestro destino.

Esas mortales memorias vastas como un continente.

Dios, o tal vez nadie,

yo te pido, no el olvido.

### III.

Aparecen así las imágenes de vidas compartidas, donde se entremezclan planes sólo imaginados, proyectos alcanzados, y un

\* Discurso pronunciado en el acto de colación de grados celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el 5 de junio de 1992.

\*\* Profesor titular de Derecho Penal. Consejero.

ciclo que finaliza. Es como decir que con sus manos han llegado al horizonte pensado.

#### IV.

Se van luego de un aprendizaje en el que han incorporado a su saber y experiencia, criterios para ver y transformar el mundo.

Han transitado el camino de esta universidad en la que se debe promover y privilegiar a la acción inteligente, es decir, a la decisión *fundada*. Esta es, por otra parte, el modo en que cada uno de nosotros, dentro de cierto marco, puede forjar su historia y su futuro.

Por eso el sello que cada uno recibirá en la vida dependerá de que se advierta que la clave consiste en no ser un mero espectador de la propia historia, sino un actor protagónico de la acción humana, que es, muchas veces, acción con otro.

#### V.

Se van ustedes a un tiempo distinto.

Lo hacen en ocasión en que *se debe vivir y reclamar la república*. Este es el sistema en el cual el que gobierna también responde por lo que hace.

Esa responsabilidad tiene una dimensión no siempre suficientemente destacada.

Se responde ante la ley, pero *también se responde* —y esto es lo que destaco— *ante la opinión de los miembros de la sociedad*, ya que estos, en una república, forman parte de un mundo abierto para discutir y decidir públicamente los asuntos de interés común.

Por eso a los funcionarios públicos les pedimos particular *ejemplaridad*; a los profesores universitarios que den sus clases y no las deleguen en otros; a los jueces que sean ellos, y *sólo ellos*, los que conozcan y decidan los conflictos llevados a su conocimiento, de acuerdo a la Constitución y a la ley; a los administradores públicos les pedimos que administren la caja teniendo presente que *es ajena*; y a los legisladores que ellos, y sólo ellos,

dicten leyes que garanticen los derechos de los particulares y promuevan la prosperidad general.

De este modo evitaremos el desprestigio del estado de derecho.

Como se advierte, esperamos una sociedad basada en una ética que privilegia los beneficios de la libertad y el valor del mensaje verdadero.

Por eso a los funcionarios públicos los miramos más, pues de ellos esperamos ejemplaridad.

Este es el ámbito de las acciones que pueden ser reguladas por el Estado, es decir las acciones *públicas*.

Pero en una república el Estado no aniquila la vida de las personas.

Por eso las acciones privadas —que no son únicamente las que se realizan en privado— que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, como prescribe con agudeza nuestra constitución, están exentas de la autoridad de los magistrados y sólo reservadas a Dios.

## VI.

Este es el marco de la república. En ella es posible la realización de la acción inteligente y por eso incluye el principio de *tolerancia*: el que piensa distinto no es un enemigo. Por eso, como me enseñó mi maestro el profesor Sebastián Soler, quiero vivir en una sociedad donde también pueda tener derecho a equivocarme, sin que este error sea un delito. Tiene razón Vargas Llosa: “Los hombres no viven sólo de verdades; también les hacen falta las mentiras: las que inventan libremente, no las que les imponen; las que se presentan como lo que son, no las que le son contrabandeadas con el ropaje de la historia”. Por eso las mentiras..., si germinan en libertad, nos prueban que eso *nunca fue cierto*. Y ellas son una conspiración permanente para que tampoco lo sea en el futuro.

La falsedad, en una sociedad de hombres libres, como se advierte, lleva un destino dramático: se mata a sí misma.

Esta es la idea de una sociedad abierta, que permite que el

conocimiento se incorpore a través de la experiencia del ensayo y del error, y no a través de la verdad impuesta coactivamente; es la sociedad que permite la multiplicación de los panes espirituales y materiales, ya que sólo la república garantiza la realización de un saber humano inteligente, compartido y acumulado.

## VII.

Ahora nos despedimos para escuchar los juramentos.

La despedida es un acto de separación.

Quiero que esta despedida no se convierta en un acto de *soledad*.

Quiero que esta despedida se convierta en un nuevo encuentro y para ello les transmito mi esperanza.

La esperanza es como el horizonte: es el ámbito donde se une el cielo y la tierra.

La esperanza es la espera del bien. La desesperanza, en cambio, es la ausencia de toda espera.

Mi espera es *generosa*, para que nos alcance *a todos*.

Mi espera es *posible* para que pueda convertirse en verdadera.

Mi esperanza es que cada uno de ustedes pueda *elegir* su horizonte y pueda *alcanzarlo* en el ámbito de una sociedad republicana.

Mi esperanza es que *sean solidarios* con los que más necesitan: ese compromiso no es menos importante que la libertad.

Quiero recordar con Octavio Paz que:

‘Los sueños de las cosas el hombre los sueña.

Los sueños de los hombres el tiempo los piensa’.

Quiero, es mi esperanza, que vuestro juramento sea *cumplido*.

Y ahora graduados, yo les digo

a volar;

a volar muy alto.

## BIBLIOGRAFIA

MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana  
*Constitución y Derechos Humanos. Jurisprudencia nacional  
e internacional y técnicas para su interpretación*, Astrea,  
Buenos Aires, 1991. Dos tomos, 1808 págs.

Nuevamente estos ilustrados “mosqueteros” de la revolución pedagógica (muy bien acompañados por una pléyade de distinguidos juristas, de aventajados estudiantes, de bibliotecarios, de patrocinadores —“los ingresos que perciban los autores.. han sido cedidos con el fin de reducir su costo para los alumnos de la Universidad de Buenos Aires y otras universidades”— y de traductores) acometen con otra obra cuantitativa y cualitativamente excepcional.

Podríamos, entonces, limitarnos a reproducir —retoques mediante— los juicios vertidos al publicarse la precursora “Constitución y poder político” (ver *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988-II, págs. 82 y sigs.), con lo cual habríamos cumplido —formalmente— con el compromiso espontánea y libremente asumido de hacernos eco de la aparición de aquélla. Porque las dos observan la misma estructura, estilo e intención.

Sin embargo, se nos hace un imperativo agregar algunas reflexiones surgidas de nuestra experiencia docente, para sincerarnos y contribuir a sincerar el trasfondo de la temática y de la problemática abordadas en este tratado.

Precisamente, al finalizar dicho comentario, sosteníamos que la magna propuesta implicaba un verdadero desafío “a luchar dentro de nosotros y contra diversos obstáculos y olvidos (políticos, culturales, académicos, económicos-financieros, administrativos e infraestructurales) que sufre la educación argentina”.

Y esa guerra exterior e interior (que creemos es inescindible) fue y, lamentablemente, sigue siéndonos adversa.

Las razones están a la vista (y a los restantes sentidos) de todos los que venimos trajinando desde hace muchos años los claustros de nuestra querida Facultad de Derecho (y de otras Altas Casas) de la Universidad de Buenos Aires.

El novel alumnado que cursa “Derechos Humanos y Garantías” y “Elementos de Derecho Constitucional”, y carece de la formación y de los conocimientos básicos indispensables (que —cabe señalar— el CBC y su gatopardista versión actual, son incapaces de suplir siquiera en mínima medida) para encarar metodologías de cierta complejidad que, además, no pertenecen a nuestras tradiciones.

A ello debe “sumarse” un panorama desolador: aulas desven-  
cijadas y mugrientas, dificultad para acceder al material didáctico  
requerido en las clases, falta de luz y de ventilación, mal estado  
o directa inexistencia de elementos básicos (escritorio, sillas,  
pupitres, pizarrones, tizas, borradores, etc.), baños indecentes,  
ausencia de personal (“ordenanzas”) y de medios mecánicos  
(“timbres”) para llamarlos, etcétera.

¡Qué decir de las remuneraciones! Aunque, a la par, el mal-  
trato económico llega hasta la negación de otros estímulos igual-  
mente importantes (becas, viajes de estudio, año sabático,  
créditos, entrega de bibliografía específica y descuentos especia-  
les, etc.), que hacen a la dignidad de los educadores.

Advirtiendo por nuestra parte que la decadencia viene de muy  
lejos, “todos en la Argentina creemos que es necesario reformar  
el sistema universitario. Lo que es inadmisibile es que el gobierno  
obligue a las universidades a trabajar sin recursos y con salarios  
ofensivos para quienes las integran” (“La Universidad de Cava-  
llo”, por Arnaldo Bocco, director de la Fundación Nacional y  
profesor de la Universidad Nacional de Luján, publ. en *Página 12*  
del 12/VII/92, pág. 4).

Esas duras realidades son refractarias e incompatibles con la  
excelencia a que apuntan Miller, Gelli y Cayuso.

Pero, más allá de lo expuesto, estamos convencidos de que  
toda siembra termina —tarde o temprano— germinando, y de que  
el día en que sea posible enseñar y aprender en plenitud, se den  
condiciones dignas y equitativas de trabajo, se paguen retribuicio-

nes justas y los demás derechos humanos referidos a la educación y a la cultura (conf. arts. 14, 14 bis, 67 inc. 16 y conchs. CN; 26 y conchs. del “Pacto de San José de Costa Rica”) adquieran vigencia tangible, habrá que reiterar a estos esforzados y lúcidos innovadores el hondo agradecimiento que les deberá una generación entera, por su apuesta generosa a favor de la elevación y el mejoramiento sustancial del nivel educativo.

Mientras tanto, hay muchos que ya recibimos los beneficios de estas formidables herramientas para aprender, enseñar (que —según nos demostró nuestro común maestro Spota— es la mejor forma de aprender), luchar por el derecho (Ihering) y por la justicia (Couture).

El primer tomo contiene tres grandes capítulos dedicados a las “fuentes y límites”, a las “garantías procesales” y a “conflictos morales y los intereses de la sociedad”; y el segundo (caps. IV a VI) trata la “libertad de expresión, de reunión y de asociación”, los “derechos económicos y sociales” y la “igualdad”, e incluye un apéndice con: a) la Constitución norteamericana (Preámbulo y Enmiendas); b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; d) el Estatuto de la Comisión Interamericana; e) el Reglamento respectivo; f) el Estatuto de la Corte Interamericana; g) el Reglamento respectivo; h) la ley 23.098 (de “hábeas corpus”); e i) una nómina de presidentes de la República Argentina y de ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, se agrega un completo y detallado índice de los fallos citados.

ALFREDO L. DURANTE

## NOVEDADES ABELEDO-PERROT – 1992

- ABUSO DE DERECHO Y OTROS ESTUDIOS, *En Homenaje a Abel M. Fleitas*, G. R. Quintana Terán - L. A. Ugarte - J. C. M. Hariri - L. Montes de Oca - J. J. Carneiro - J. L. Monti - M. C. Foltyn de Monti - R. Martínez Ruiz - E. Nieto Blanc - M. A. Vilar - E. M. Díaz de Vivar - B. Tiscornia - S. Cifuentes - G. A. Borda - A. Fleitas Ortiz de Rozas - E. A. Sambrizzi, 224 páginas.
- ARÁUZ CASTEX, M. - ARÁUZ CASTEX, A. - CADENAS MADARIAGA, M., *Ilegítimas Tasas Judiciales de Interés*. Examen crítico, 160 páginas.
- BACRE, A., *Teoría General del Proceso*, Tomo III, 640 páginas.
- BASALDÚA, R., *Derecho Aduanero. Parte General – Sujetos –*, 560 páginas.
- BERALDI, R., *El Derecho de la Propiedad Industrial y el Mercosur*, 104 páginas.
- BOGGIANO, A., *Por qué una Teoría del Derecho*. Introducción a un derecho constitucional, 144 páginas.
- CARTER, L. H., *Derecho Constitucional Contemporáneo*. La Suprema Corte y el arte de la política, 336 páginas.
- CASSAGNE, J. C., *La Intervención Administrativa*, 224 páginas.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, Supervisado por el Dr. Mario I. Chichizola. Edición conforme a la ley nro. 23.984, con su respectiva *Exposición de Motivos* y los antecedentes legislativos referentes a su tratamiento en el Honorable Congreso de la Nación e índice alfabético. En Apéndice, leyes complementarias. 256 páginas.
- COLOMBO, C. - ALVAREZ JULIÁ, L. - NEUSS, G. - PORCEL, R., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 544 páginas - Tomo II, 640 páginas.
- DARRITCHON, L., *Como es el Nuevo Proceso Penal*, Volumen 1: 136 páginas; Volumen 2: 168; Volumen 3: 128 y Volumen 4: 160 páginas; Volumen 5: 152 páginas.
- DERECHO DE FAMILIA Nro. 5, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 176 páginas.
- DÍAZ CANO, A. - CIFUENTES, J., *Lecciones de Historia de Derecho Argentino*, 132 páginas.
- DI GIOVAN, I., *Derecho internacional Económico*. Y relaciones económicas internacionales, 608 páginas
- FALCÓN, E., *Gráfica Procesal*, Tomo VI. Procesos de familia, de adopción, sucesorios, arbitrales y voluntarios. Procedimiento laboral, 200 páginas.
- FALCÓN, E., *Gráfica Procesal Penal I, Ley 23.984*, Organización y Competencia, 96 páginas.
- FALCÓN, E., *¿Qué es la Informática Jurídica?*, Del abaco al derecho informático, 200 páginas.

- FERRER, F., *Los Acreedores del Heredero y la Sucesión*, 216 páginas.
- GODOY, N., *Teoría General del Derecho Tributario. Aspectos esenciales*, 208 páginas.
- JURISMÁTICA, Año 1, Nro. 1, Revista jurídica de informática. Nuevos usos de la computadora en apoyo de la labor del abogado, por Horacio R. Granero - ¿Qué es una computadora?, por Enrique M. Falcón - Aspectos a tener en cuenta al elegir un procesador de texto, por Juan Pedro Colerio - Congresos, jornadas, conferencias - Sumarios y abstracts - Publicaciones de informática y derecho, por Enrique M. Falcón y Luis M. Gaibrois - Índices acumulativos, 116 páginas.
- MAGALHÃES, M. de - RUBINSTEIN, J., *Tasas Judiciales Ley 23.898. Breve guía del despacho judicial fiscal. Índice de categorías jurídicas procesales*, 168 páginas.
- MAGNOU, E., *Manual del Tasador*, 248 páginas.
- MORAS MOM, J., *Manual de Derecho Procesal Penal. Juicio oral y público penal - Nacional -*, 432 páginas.
- NUÑEZ SANTIAGO, B., *Derecho Alimentario. Consumidor, productor y Estado frente a la alimentación y a los productos alimentarios*, 192 páginas.
- PALACIO, L., *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y técnica*, 384 páginas.
- RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Tomo I*, 720 páginas.
- RODRÍGUEZ JURADO, A., *Código Aeronáutico Internacional - Anotado -*, 192 páginas.
- STIGLITZ, R. - STIGLITZ, G., *Responsabilidad Precontractual. Incumplimiento del deber de información*, 160 páginas.
- VASILACHIS de GIALDINO, I., *Enfermedades y Accidentes Laborales. Un análisis sociológico y jurídico. En apéndice Ley de Accidentes de Trabajo nro. 24.028*, 456 páginas.
- VIDAL ALBARRACÍN, H., *Código Aduanero, Tomo VII "A", Arts. 860 al 891. Delito de contrabando, su evolución y el bien jurídico tutelado*, 568 páginas.

## NUEVAS EDICIONES Y REIMPRESIONES 1992

- ACHÁVAL, A., *Delito de Violación. Estudio sexológico, médico legal y jurídico. Legislación comparada, 2ª edición actualizada*, 312 páginas.
- ACHÁVAL, A., *Responsabilidad Civil del Médico, 2ª edición ampliada y actualizada*, 272 páginas.
- AFTALIÓN, E. - VILANOVA, J., *Introducción al Derecho, con la colaboración del Dr. Julio Raffo, 2ª edición, nueva versión*, 1183 páginas.

- ALTERINI, A. A., *Lesión al Crédito y Responsabilidad del Estado*. Por inge-  
rencia en los plazos fijos bancarios, reimpresión, 160 páginas.
- ALTERINI, A., *Responsabilidad Civil*, Límites de la reparación civil. Contornos  
actuales de la responsabilidad civil, 3ª edición, reimpresión, 416 páginas.
- ALTERINI, A. - AMEAL, O. - LÓPEZ CABANA, R., *Curso de Obligaciones*,  
Tomo I, 4ª edición, 2ª reimpresión, 488 páginas.
- AREÁN, B., *Curso de Derechos Reales*, Privilegios y derecho de retención, 2ª  
edición, reimpresión actualizada, 688 páginas.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 7ª edi-  
ción ampliada y puesta al día, 712 páginas.
- CASSAGNE, J. C., *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Admi-  
nistrativo*, reimpresión, 112 páginas.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 31ª edición actualizada,  
1344 páginas.
- EISNER, I., *La Prueba en el Proceso Civil*, Principios procesales, prólogo del Dr.  
Salvador Alvarez Alonso, 2ª edición actualizada, 144 páginas.
- FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, 13ª edición, reimpre-  
sión, 1080 páginas.
- HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, 2ª edición, reimpresión, 336 páginas.
- LLAMBÍAS, J., *Código Civil Anotado*, Tomo II "B". Doctrina y jurisprudencia,  
Arts. 896 a 1136, reimpresión, 552 páginas.
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Expropia-  
ción, Poder de policía, Responsabilidad del Estado, 5ª edición actualizada,  
808 páginas.
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Dominio  
público, 3ª edición actualizada, 728 páginas.
- MORELLO, A. - SOSA, G. - BERIZONCE, R., *Códigos Procesales en lo Civil y  
Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Tomo V-B, Arts.  
402 a 483, 2ª edición reelaborada y ampliada, 576 páginas.
- NOVELLINO, N., *Embargo y Desembargo y demás medidas cautelares*, 3ª edi-  
ción acutalizada, prólogo del Dr. Salvador Alvarez Alonso, 832 páginas.
- PALACIO, E., *Historia de la Argentina 1515 - 1983*, 16ª edición, reimpresión,  
760 páginas.
- VALLS, M., *Recursos Naturales*, Tomo I, Lineamientos de su régimen jurídico,  
2ª edición actualizada, 192 páginas.
- VALLS, M., *Recursos Naturales*, Tomo II, Lineamientos de su régimen jurídico,  
2ª edición actualizada, 184 páginas.
- VILLEGAS, C., *Derecho de las Sociedades Comerciales*, 5ª edición, 696 páginas.