

C5:34(E2)
2472



LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

BADINI, GERSONO: *Intervención federal a las provincias.*

GUTIÉRREZ POSE, HORTENSIA D. T.: *Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del ejercicio de las libertades y los derechos individuales.*

MARTÍNEZ VIVOT (M.), JULIO J.: *El proceso penal oral en el ámbito nacional.*

RUSO, EDUARDO A.: *Derechos humanos e integración.*

TULA DEL MORAL, PEDRO: *La inconstitucionalidad de la elección directa del intendente.*

ENSAYOS

ADROGÒN, MANUEL E. - CANDIOTTI, ALEJANDRO - BRUCONE, HUGO N. L.: *Algunas precisiones a la franquicia comercial.*

ÁLVAREZ, FERNANDO D. - GATTI, WALTER O.: *Naturaleza jurídica del peaje.*

LEVY, CLAUDIO R.: *Tiempo y espacios de integración.*

SANTAMARÍA, ALBERTO G. - NÚÑEZ, JAVIER F.: *Hacia la desestimación de una falacia institucionalizada: el sistema de patentes.*



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA





LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Doctor Eduardo A. Pigretti

Vicedecano

Doctor Jaime L. Anaya

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector

Doctor Manuel C. Aciar Viera

Consejo Asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cueto Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo (1991)

Director: Manuel Esteban Adrogué

Secretaria de Redacción: Josefina Mathó

Secretaria Adjunta: María J. Izarrieta y Sea

Redactor: Alberto G. Santamaría

Colaboran en este número: Luis Díaz de Vivar

Marcela Furlotti

Nadil Gómez Alzaga

Florencia Miraha

Germán D. Mozzi

Javier F. Núñez

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

1992 - 56



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1992

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Diríjase a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones
Figueras Alcorta 2283 - CP-1425
Buenos Aires - Argentina

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1288 - (1048) Buenos Aires

ISSN: 0024-0079

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

EDITORIAL

Al tiempo de redactar la presente nos encontramos en vísperas de un nuevo aniversario de uno de los más portentosos eventos de la historia: el descubrimiento de América.

En aquel entonces un navegante de espíritu indómito, acompañado por hombres de limitadas condiciones, llegó a estas tierras con los altos ideales del Evangelio y la confianza de la Corona de los Reinos de Castilla y León. Muchos fueron los sufrimientos que tanto ellos como "los indios vecinos y moradores de las dichas Yndias" debieron padecer, y muchos los errores cometidos. Pero de esos elevados fines y del incansable trabajo de quienes protagonizaran esa epopeya resultó un haz de naciones hermanadas por una fe, una cultura, y una tradición común.

Ya mucho tiempo —casi cinco centurias— ha pasado desde aquel memorable 12 de octubre. Demasiado larga es también nuestra historia como para considerar que "recién comenzamos", y que "todavía somos un país joven". Como si la juventud fuera una excusa para justificar nuestra inconstancia, y la falta de rumbo cierto... La visita de Su Alteza Real el Príncipe de Asturias significó para los estudiantes una oportunidad para reflexionar en torno a nuestro pasado, al tiempo perdido en estériles enfrentamientos intestinos —que lejos de hacernos crecer, nos debilitan— y al futuro posible.

Quiénes formamos parte de esta Revista observamos que nuestra publicación no es ya tan nueva, ni está exenta de errores. Pero en el momento histórico que vivimos —que será "especial" sólo en tanto realicemos cosas "especiales"— recordamos que al igual que a aquellos intrépidos argonautas nos impulsan grandes ideas, y aún con nuestras limitaciones sabemos que, con esfuerzo, habremos de mostrar lo que los estudiantes de la Facultad de Derecho pueden lograr. Y no habrá que esperar quinientos años para verlo...

INDICE

Editorial	5
-----------------	---

LECCIONES

Badeni, Gregorio, <i>Intervención federal a las provincias</i>	11 ✓
Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., <i>Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del ejercicio de las libertades y los derechos individuales</i>	19 ✓
Martínez Vivot (h.), Julio J., <i>El proceso penal oral en el ámbito nacional</i>	33 ✓
Russo, Eduardo Ángel, <i>Derechos humanos e integración</i>	57 ✓
Tula del Moral, Pedro, <i>La inconstitucionalidad de la elección directa del intendente</i>	65 ✓

ENSAYOS

Adrogué, Manuel E. - Candiotti, Alejandro - Bruzone, Hugo N. L., <i>Algunas precisiones a la franquicia comercial</i>	77 ✓
Alvarez, Fernando Diego - Gatti, Walter Oscar, <i>Naturaleza jurídica del peaje</i>	103 ✓
Levy, Claudio Rubén, <i>Tiempo y espacios de integración</i>	127 ✓
Santamaría, Alberto Guido - Núñez, Javier Fernando, <i>Hacia la desestimación de una falacia institucionalizada: el sistema de patentes</i>	141 ✓

LECCIONES

INTERVENCIÓN FEDERAL A LAS PROVINCIAS

GREGORIO BADENI *

1. Introducción

En el curso de los meses de mayo y junio de 1991 fueron presentados, en el Senado de la Nación, cuatro proyectos de leyes sobre la intervención federal a las provincias¹.

Todos ellos, con diversas variantes, apuntan sustancialmente a fortalecer el sistema federal del Estado frente a los embates provenientes del poder central que lesionan las autonomías locales, y a consolidar en el órgano legislativo la potestad de establecer la intervención limitando los excesos resultantes de su ejercicio por el Poder Ejecutivo.

La intervención federal a las provincias, al igual que el estado de sitio y el poder de policía, son remedios extraordinarios previstos por la Constitución nacional para preservar su contenido y vigencia en el marco de situaciones institucionalmente anormales. Una constitución, concebida como documento jurídico fundamental que determina la validez del ordenamiento normativo; como instrumento de gobierno que precisa los grandes objetivos de la sociedad global a cuyo logro debe encaminarse la actuación gubernamental; y como símbolo de la nacionalidad que representa la historia,

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

¹ Presentados por los senadores Elías Sapag y Jorge Solana, José Genoud, Luis Brascro y Alberto Rodríguez Saá.

² A la Constitución como símbolo de la nacionalidad se refirió Juan María Gutiérrez cuando, en el Congreso General Constituyente de 1852-1854, destacó que la Constitución "es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley".

el sentimiento y los ideales de un pueblo², debe estar integrada por normas genéricas y flexibles que permitan su perdurabilidad y consecuente adaptación a los requerimientos sociales.

Una constitución, en el ámbito de la doctrina del Estado de derecho, está destinada a regir plenamente tanto en épocas de paz como de guerra, en tiempos normales y anormales, en períodos de prosperidad y adversidad. Y, en todos ellos, debe ofrecer los instrumentos idóneos que permitan encontrar las soluciones apropiadas para satisfacer las innumerables y cambiantes necesidades de la comunidad. Cuando ello no acontece, cuando una constitución interpretada inteligentemente y con honestidad no ofrece soluciones a los problemas que plantea el dinamismo de la vida social, corresponde acudir a su reforma aunque, no por medio de la ruptura del orden constitucional, sino siguiendo los lineamientos que ella establece a tal efecto.

Los constituyentes de 1853-1860 previendo la amplia gama de alternativas que pueden producirse en el curso de la vida de los pueblos, forjaron una serie de instrumentos de gobierno cuyo funcionamiento está condicionado a las características de los hechos en los cuales deben desenvolverse. Están los ordinarios y los extraordinarios, todos los cuales tienen como fin inmediato concretar la plena vigencia de la Constitución y, como objetivo mediato, lograr el cumplimiento de la concepción teleológica que emana de la ley fundamental, esencialmente personalista, y que se traduce en la libertad y dignidad del hombre.

Uno de tales instrumentos extraordinarios es la intervención federal a las provincias previsto en el art. 6° de la Constitución, que dispone: "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

Este artículo, igual que muchas otras cláusulas de la Constitución, fue elaborado prescindiendo de los modelos constitucionales existentes al tiempo de su sanción. Sus antecedentes los encontramos en el Pacto Federal de 1831 y en el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de 1852, que preveían el auxilio que correspondía dispensar a las provincias que fueran perturbadas por sublevaciones u hostilidades que pusieran en peligro su libertad e independencia,

procediendo a restablecer la paz y sosteniendo a las autoridades legalmente constituidas.

En el texto de 1853, el art. 8º disponía: "El Gobierno federal interviene con requisición de las legislaturas o gobernadores provinciales, o sin ella, en el territorio de cualquiera de las provincias, al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior"².

La amplitud de semejante texto y el riesgo que importaba para las autonomías provinciales, determinaron su modificación por la Convención Constituyente de 1860.

En el informe de la comisión examinadora de la Constitución federal presentado a la Convención del Estado de Buenos Aires en 1860, fue propuesta la nueva redacción para el art. 8º que, con ligeras modificaciones, mereció su aprobación y la posterior de la Convención Constituyente. Previamente, la comisión había objetado dos propuestas. La primera, inspirada en la Constitución norteamericana³, establecía: "La Confederación Argentina garantiza a cada provincia una forma republicana de gobierno, y protegerá a cada una de ellas contra invasión; y a requisición de la Legislatura, o del Ejecutivo, cuando la Legislatura no pueda ser convocada contra violencia doméstica". La segunda, que fue desechada por su casuismo incompatible con la técnica de formulación constitucional, disponía: "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias con requisición de las legislaturas, y cuando éstas no puedan ser convocadas, de los gobernadores de provincia, al solo efecto de restablecer el imperio de las instituciones perturbadas por la sedición; y sin requisición de parte y por su propio derecho, en el caso de que las autoridades constituidas hayan sido derribadas, al solo efecto de restablecerlas, o toda vez que la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior, o por una sedición que se extienda a más de

² Su fuente fue el art. 2º del Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, según el cual la Confederación "interviene sin requisición en su territorio al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición".

³ El art. IV, sec. 4º, de la Constitución de los Estados Unidos dice que "los Estados Unidos garantizarán a cada Estado de esta Unión una forma republicana de gobierno, y protegerán a cada uno de ellos contra la invasión; y a pedido de la Legislatura, o del Ejecutivo (cuando la Legislatura no pueda ser convocada) contra la violencia doméstica".

una provincia, haga indispensable el uso de esta prerrogativa".

La intervención federal a las provincias, concebida como instrumento eficaz para hacer efectiva la garantía federal prevista en el art. 5° de la Constitución y para asegurar la vigencia de la ley fundamental en el territorio provincial, plantea diversos interrogantes cuyas respuestas resultan a la luz de una correcta interpretación finalista, semántica, sistemática y dinámica del texto constitucional².

2. ÓRGANO COMPETENTE PARA DECLARAR LA INTERVENCIÓN

La Constitución hace referencia al Gobierno federal que, según su título primero de la segunda parte, está integrado por los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Si efectuamos una interpretación sistemática de la Constitución considerando el rol que tiene cada uno de esos órganos; la solución adoptada para la declaración del estado de sitio; la cláusula del art. 67, inc. 28, de la Constitución, y la necesidad de respetar las autonomías provinciales como efectivo control vertical del poder, llegamos a la conclusión de que se trata de una atribución propia del Congreso nacional. Esta solución, aceptada por nuestra doctrina constitucional³, fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia, implícitamente en el caso "Cullen c/Llerena"⁴ y expresamente en el caso "Orfila"⁵.

3. ¿PUEDE DECLARAR LA INTERVENCIÓN EL ÓRGANO EJECUTIVO?

En nuestra práctica constitucional se ha operado una real desconstitucionalización de la intervención federal, de-

² Sobre el particular, recomendamos la obra de Linares Quintana, Segundo V., *Replaz para la interpretación constitucional*, Bs. As., Plus Ultra, 1988.

³ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Bs. As., Estrada, 1983, p. 709; González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Kraft, 1960, p. 132; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Bs. As., Plus Ultra, 1977-1988, t. VII, p. 440; Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1986, t. I, p. 174.

⁴ Fallos, 83-420.

⁵ Fallos, 154-197.

bido a que en la inmensa mayoría de los casos, en más de cien oportunidades, la intervención fue dispuesta por el órgano ejecutivo y, en muchos de ellos, procurando satisfacer las mezquinas y transitorias pasiones políticas partidarias al margen de los grandes objetivos que le asigna la Constitución. Entendemos que en ningún caso puede el órgano ejecutivo disponer la intervención, ni siquiera durante el receso del Congreso. Solamente le podría hacer si fuera autorizado por ley del Congreso a ejercer dicha potestad durante su receso, y condicionada a la ratificación expresa del Poder Legislativo.

4. CAUSALES DE LA INTERVENCIÓN

Son únicamente las previstas en el art. 6º. Cabe recordar que, tratándose de una solución de emergencia, la interpretación debe ser estrictamente restrictiva. Según el art. 6º son causales de la intervención: a) garantizar la forma republicana de gobierno; b) repeler invasiones exteriores, y c) sostener o restablecer a las autoridades provinciales constituidas cuando son depuestas por sedición o por invasión de otra provincia. En los dos primeros casos, la intervención la dispone directamente el Congreso. En el tercero, se trata de una obligación impuesta al Congreso —no de una facultad— condicionada al previo requerimiento de la autoridad provincial.

5. AUTORIDAD PROVINCIAL QUE PUEDE REQUERIR LA INTERVENCIÓN

Una interpretación literal del art. 6º conduce a sostener que ella puede ser pedida por cualquier autoridad constituida. Así, lo podrían hacer tanto el órgano Ejecutivo como el Legislativo, el Judicial, una convención constituyente o un colegio electoral. Entendemos que, en primer lugar, corresponde excluir a las autoridades extraordinarias tales como la convención constituyente y el colegio electoral, por cuanto la atribución de requerir la intervención es totalmente extraña a las funciones y objetivos de dichos órganos. En cuanto a las autoridades ordinarias, nos inclinamos por reservar esa potestad a la legislatura local que, por ley y para la hipótesis de su receso, podría autorizar al órgano ejecutivo para efectuar el requerimiento. Si la potestad del requerimiento se llegara a otorgar a los tres órganos ordina-

rios, pueden presentarse situaciones manifiestamente irrazonables que no se compadecen, precisamente, con el principio de razonabilidad que debe presidir la interpretación constitucional. En efecto, teniendo en cuenta que si media el requerimiento de autoridad provincial, disponer la intervención es una obligación ineludible para el Gobierno federal, podrían presentarse pedidos simultáneos de los órganos provinciales recabando la intervención de los restantes. Reconocer esta facultad solamente a la legislatura, como representante más genuino de los intereses de la comunidad provincial, no importa privar a la provincia de los medios para evitar un ejercicio abusivo del poder por parte de dicho órgano, por cuanto siempre cabe la alternativa de que la intervención sea dispuesta por el Gobierno federal para garantizar la forma republicana de gobierno, en cuyo caso no hace falta el previo requerimiento de la autoridad provincial.

6. ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL A LAS PROVINCIAS

Normalmente, la intervención federal se materializa en algunos o todos los órganos gubernamentales de la provincia, cuyas atribuciones, o algunas de ellas, son ejercidas por el interventor federal designado por el presidente de la República (art. 67, inc. 10, Const. nacional). Las facultades del interventor, que son de interpretación restrictiva, resultan en forma directa o indirecta de la ley que dispone la intervención y de manera expresa de las instrucciones impartidas por el Poder Ejecutivo Nacional. Pero ellas no pueden superar el marco de la Constitución nacional ni de las respectivas constituciones provinciales en cuanto no se opongan a las finalidades de la intervención. Cuando el rol del interventor consiste en sustituir a los componentes de alguno de los órganos gubernamentales de la provincia, sus facultades no pueden ser superiores a las que constitucionalmente les corresponden a aquéllos. Pero ello tampoco significa que, en el caso concreto del órgano judicial, pueda el interventor administrar justicia. Su función se limitará a remover o designar en comisión a los magistrados judiciales; a emitir decretos propios del Poder Ejecutivo y a dictar decretos-leyes indispensables y meramente conservatorios en el marco de las atribuciones del órgano legislativo⁶.

⁶ Conf. Linares Quintana, *Tratado*, t. VII, p. 444, y a nuestro entender

La intervención, como medida extrema y excepcional, no puede ser ilimitada en su duración. Debe tener un plazo razonable establecido por la ley en función de las características de cada caso y acorde con las necesidades que se tratan de satisfacer. Si bien ese plazo puede ser prorrogado mediante una nueva ley del Congreso, su extensión no puede ser una vía implícita para desnaturalizar la forma republicana y representativa que el art. 3º de la Constitución impone a las provincias.

El interventor no es un funcionario provincial, sino federal que depende directamente del presidente de la República y ante quien debe rendir cuentas de su gestión. Ello sin perjuicio, a su vez, de la obligación que tiene el órgano ejecutivo de explicitar ante el Congreso el curso de la intervención. Su carácter de funcionario federal determina que la medida de sus responsabilidades emane de las leyes nacionales quedando sujeto a la jurisdicción de los jueces federales, y no provinciales, con respecto a los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

Hemos sistematizado los aspectos más relevantes de la intervención federal a las provincias, los que, en modo alguno agotan la consideración de este tema. Tal circunstancia es, precisamente, la que avala la conveniencia de su reglamentación legislativa en un marco de razonabilidad y sin superar los límites establecidos por la Constitución nacional.

La intervención federal en las provincias es una institución extraordinaria establecida por los constituyentes para preservar el sistema federal del Estado y no para vulnerar la autonomía de aquéllas. Si la práctica política coincidiera con la razonable interpretación del orden constitucional, la reglamentación legal no sería necesaria. Sin embargo, el progresivo cercenamiento de las atribuciones del Congreso como consecuencia de la expansión del órgano ejecutivo al margen de la ley fundamental, justifica que por ley se reglamenten algunos aspectos contenidos en el art. 8º de la Constitución y, en particular, aquellos que asignan al Poder Legislativo la potestad de disponer la intervención federal. En tal forma, se aplicará la sugerencia expuesta en 1860 por la

con razón, o aunque el tema es opinable, considera que la intervención siempre debe abarcar a todos los poderes provinciales. Caso contrario, la oposición emanada de alguno de los órganos no intervenidos, desembocará necesariamente en su intervención con el consiguiente costo político que puede perturbar la rapidez en el logro de los objetivos establecidos.

comisión revisora de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires cuando, tras proyectar el texto del art. 6º, destacó "que el mejor sistema para salvar los inconvenientes que en la práctica puede ofrecer éste y otros artículos de la Constitución argentina, sería el de dejar el complemento de ellos a las leyes reglamentarias, sin las cuales no pueden ponerse en ejecución, sin caer en la arbitrariedad; sistema que, sin duda, daría resultados más completos, por cuanto un artículo constitucional no puede ser más que la declaración de un principio y es imposible que se ponga en todos los casos posibles".

	PROYECTOS			
	Rodríguez Saá	Braunero	Genoud	Solana - Sapag
Competencia para declarar la intervención	Por ley. Durante el receso del Congreso el Poder Ejecutivo debería convocarlo. Caduca si el Congreso no reúne en sesenta días de receso.	Por ley.	Por ley. También el Poder Ejecutivo por invitación anterior a cuando se dispusiera alguna de las tres potestades.	Por ley. Durante el receso lo dicta el Poder Ejecutivo debiendo convocar a extraordinarias y el Congreso cumplir, recluir o modificar el acto dentro de los diez días de receso.
Cualidad	Se remite al art. 9º. Const. nacional.	Se remite al art. 9º. Const. nacional y remite cuando.	---	Se remite al art. 9º. Const. nacional y remite cuando.
Características	Medida excepcional de interpretación restringida.	---	---	---
Plazo	Necesaria para superar las causas. Establecida por ley.	Establecida por ley y no mayor de ses meses.	Establecida por ley y no mayor de ses meses.	Establecida por ley y no mayor de ses meses.
Ámbito	A cualquiera a todos los poderes.	A cualquiera a todos los poderes.	---	---
Designación del interventor	Poder Ejecutivo.	Poder Ejecutivo.	---	Poder Ejecutivo.
Facultades del interventor	Establecidas por leyes provinciales, ley de intervención e instrucciones Poder Ejecutivo.	Establecidas por Constitución y leyes.	Establecidas por Constitución y leyes.	Establecidas por ley.
Intervención del Poder Legislativo	Interventor puede dictar decretos-leyes.	---	---	---
Intervención del Poder Judicial	Interventor puede remover y designar jueces.	---	---	---
Responsabilidad del interventor	Supera a los jueces federales.	---	---	---
Renderición de cuentas	Poder Ejecutivo ante el Congreso dentro de sesenta días de su finalización.	---	Interventor ante Legislativo y Congreso.	---
Asignaciones constitucionales de la provincia	---	Tres poderes, convenciones constituyentes y colegio electorales.	---	Tres poderes, convenciones constituyentes y colegio electorales.

**CONSIDERACIONES
SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DEL EJERCICIO
DE LAS LIBERTADES Y LOS DERECHOS
INDIVIDUALES**

MONTENSA D. T. GUTIÉRREZ POSE *

A) INTRODUCCIÓN

El derecho internacional deja a la potestad soberana de cada Estado determinar el modo en que receptorá en su derecho interno las obligaciones que asuma en el ámbito internacional así como la jerarquía que asigne a las reglas de uno y otro ordenamiento. Sin embargo, las disposiciones de su derecho interno, en principio, no podrán ser invocadas como justificación del incumplimiento de una norma internacional.

Ahora bien, si el Estado viola una obligación que ha asumido internacionalmente y como consecuencia de esa violación ocasiona un daño, compromete su responsabilidad internacional al haber incurrido por acción –y aun por omisión– en un hecho internacionalmente ilícito.

Un principio general de derecho prescribe que todo el que ocasiona un daño habrá de repararlo; esta regla también se aplicará cuando el que ha incurrido en responsabilidad es el Estado, sea que su conducta fuese o no considerada como lícita según el derecho interno del Estado en cuestión.

* Profesor titular de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Investigaciones "Ambroasio L. Gioja".

Nuestro país se ha obligado por la Convención Americana de Derechos Humanos y ha aceptado la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos internacionales de control del cumplimiento de los compromisos que ha asumido por ese tratado internacional. Algunas de sus disposiciones han sido invocadas ante nuestros tribunales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

Resulta interesante verificar la situación planteada y sus eventuales consecuencias a la luz de tres decisiones, en particular, de nuestro más alto tribunal; las sentencias recaídas en los casos "Portillo", "Sánchez Abelenda" y "Ekmekdjian", del 18/4/89 y del 1/12/88, respectivamente.

B) EL DERECHO INTERNACIONAL

1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

El Estado compromete su responsabilidad internacional por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, según el derecho internacional. Y en tal calificación, en principio, para el orden jurídico internacional no influirá que el mismo hecho esté considerado como lícito según el derecho interno del Estado en cuestión¹. Hay hecho internacionalmente ilícito cuando concurren dos circunstancias: por un lado, que el comportamiento, consistente en una acción o en una omisión, sea atribuible al Estado; por el otro, que ese comportamiento constituya una violación de una obligación internacional. Y será atribuible al Estado, por ejemplo, el comportamiento de cualquiera de sus órganos, sea que se trate del ejecutivo, del legislativo o del judicial². La conducta estatal no conforme con una obligación asumida en virtud de un trabajo que se encuentre en vigor respecto del Estado, o en razón de una costumbre internacional, comporta una violación³. En consecuencia, un Es-

¹ Conf., Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Primera Parte, aprobados por la CDI y reproducidos en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en 32º período de sesiones, p. 29-32, arts. 1º y 4º.

² Informe de la Comisión, arts. 5º y 8º.

³ Informe de la Comisión, arts. 18, 17 y 18.

tado que mediante las acciones u omisiones de sus órganos no cumple con los deberes por los que voluntariamente se ha vinculado, compromete su responsabilidad internacional. Así, la responsabilidad internacional es la consecuencia del incumplimiento de un deber ser jurídico. La norma primaria prescribe la conducta a seguir; la norma secundaria, las consecuencias de la violación. Para esquematizar podría decirse que dado A debe ser B; si no, responsabilidad. Y esta responsabilidad, este deber ser en caso de violación atribuible al Estado obligado, puede revestir en el derecho internacional de los derechos humanos contenidos diversos.

2. LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Los tratados en materia de derechos humanos consagran derechos para las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados parte y obligaciones a cargo de éstos. Esas obligaciones pueden ser de no hacer, protegiendo al individuo a la par que limitando el accionar del Estado; o de hacer, promoviendo el respeto del ser humano por medio de conductas positivas del Estado.

A su vez las disposiciones internacionales pueden estar concebidas en términos que las hagan directamente operativas en los ámbitos internos; o bien, tener el carácter de programáticos, pues necesitan la adopción de medidas por el Estado, que las tornen aplicables.

Pero en uno y otro caso el Estado ha asumido internacionalmente una obligación y sobre él pesa el deber ser jurídico de cumplirla; de otro modo —como ya se ha dicho— comprometería su responsabilidad internacional.

La Convención Americana de Derechos Humanos⁴ dispone que los Estados parte aceptan respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción⁵. Si el ejercicio de esos derechos y libertades no estuviera ya garantizado por disposiciones internas, los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁶.

⁴ En vigor para la Argentina desde el 1984.

⁵ Art. 1° de la Convención Americana.

⁶ Informe de la Comisión, art. 3°.

Es decir que la Convención, basada en la consideración de que el Estado ha de ser quien regule inicialmente las relaciones entre sus sujetos, es subsidiaria de los ordenamientos internos. Ahora bien, si el Estado no cumple la obligación que ha asumido, su conducta es pasible de ser examinada por los órganos de control político y jurisdiccional establecidos en la Convención; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

La Corte —en su caso— está habilitada a decidir si medió violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, disponiendo —si fuese procedente— que se reparen las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y se pague una justa indemnización a la parte lesionada⁸. Las decisiones de este tribunal son obligatorias y la parte del fallo que disponga indemnización se podrá ejecutar en el ámbito interno por el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado⁹.

Además, este órgano tiene¹⁰, en virtud del tratado, una competencia consultiva, y, si bien sus opiniones no son vinculantes, están revestidas de la autoridad del órgano que la emite y de los eminentes juristas que la integran.

En una opinión consultiva solicitada por el gobierno de Costa Rica sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, la Corte expresó que el hecho de que los Estados puedan fijar las condiciones para el ejercicio de derechos amparados en la Convención no impide su exigibilidad conforme al derecho internacional, ya que se han comprometido en ese ámbito a respetar los derechos y libertades allí reconocidos, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En consecuencia, aunque disposiciones del ámbito interno se opongan al derecho internacional, o que el derecho no pueda ser ejercido porque no se han adoptado las medidas necesarias para tornarlo operativo, la conducta estatal comportaría violación al derecho internacional, comprometiendo su responsabilidad y es pasible de ser denunciada en el ámbito internacional¹¹.

⁷ Informe de la Comisión, art. 33.

⁸ Informe de la Comisión, art. 63.

⁹ Informe de la Comisión, art. 64.

¹⁰ Informe de la Comisión, art. 44.

¹¹ OC, T-86, 29-8-86.

Un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación internacional¹³.

C) EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

1. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La Constitución de la Nación Argentina contiene en la primera parte el enunciado de los derechos y garantías de los que gozan sus habitantes. El art. 31 determina las normas que integran el ordenamiento de nuestro país y precisa la relación jerárquica entre ellas, cuando dispone:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

En virtud de esta norma, los tratados de los que el Estado es parte integran su derecho interno a partir del momento en que entran en vigor con relación a él, y sin que sea necesario ningún acto interno de recepción¹⁴. Pero esos trata-

¹³ Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en vigor para el Estado argentino desde el 23/1/80.

¹⁴ En virtud del art. 87, inc. 19 de la Const. nacional, se atribuye al Congreso la facultad de aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones. En la práctica del legajo, el acto aprobatorio se expresa por medio de una “ley”. Sin embargo, se trata de una ley sólo en sentido formal. Es decir que por el hecho de su sanción, promulgación y, eventualmente, su publicación en el Boletín Oficial, no necesariamente integrará el derecho positivo; ello se producirá en el momento en que el tratado mismo entre en vigor para el Estado argentino, conforme a sus propias disposiciones o, en caso de silencio del convenio, cuando todos los Estados negociadores hayan expresado su consentimiento en obligarse por el tratado.

Además, ha de tenerse en cuenta que si bien el Congreso nacional tiene la facultad de aprobar o desechar los tratados internacionales, el manejo de las relaciones exteriores le corresponde al presidente de la Nación. El art. 88, inc. 14, de la Const. nacional dispone entre sus funciones la de con-

dos están jerárquicamente subordinados a la Constitución. En caso de conflicto entre las disposiciones de unos y otra, la segunda siempre prevalecerá. En este sentido el art. 27 de la Const. nacional reafirma tal orden de prelación, estableciendo:

"El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén de conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

La ley 27, de 1863, sobre naturaleza y funciones generales del Poder Judicial nacional, dispone que uno de sus objetivos es sostener la observancia de la Constitución, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición a ella. El art. 100 de la Const. nacional, al establecer las funciones del Poder Judicial, señala que le corresponde conocer y decidir en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la propia Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras.

En ejercicio del control constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tradicionalmente ha reafirmado en sus fallos la interpretación según la cual los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de la Constitución, cuya supremacía sobre todas las normas de derecho positivo asegura el precepto del art. 31¹⁴.

No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces inferiores como lo ha señalado el tribunal, tienen el deber de conformar sus resoluciones a la doctrina que emana de sus fallos¹⁵.

Conforme a la Constitución, los habitantes de la Nación gozan de los derechos y garantías allí consagrados. El Gobierno federal podrá celebrar tratados con las potencias extranjeras para promover el respeto del individuo, y ellos integrarán el orden jurídico interno, pero siempre habrán de

cluir tratados. Será este órgano del Estado, entonces, el que se encuentre habilitado para realizar el acto internacional en virtud del cual se exprese la voluntad estatal de obligarse. Tal acto podrá, o no, seguir al acto interno aprobatorio del Congreso.

¹⁴ Caso "Alfonso Chantrayn", Fallos, 308:84; caso "Compañía Azucarera Tucumana (provincia de Tucumán)", Fallos, 158:158, entre otros.

¹⁵ Caso "Cerámica San Lorenzo SA", incidente de prescripción, 4

estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental. El órgano jurisdiccional del Estado se encuentra obligado a velar por la primacía de la Constitución nacional.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución, los tratados internacionales integran el derecho interno, encontrándose en el mismo plano jerárquico que las leyes nacionales. Ni esta disposición, ni el art. 100 de la norma fundamental, atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que ambos -leyes y tratados- sin igualmente calificados como "ley suprema" y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. En consecuencia, de existir conflicto entre el contenido de uno y otro tipo de normas, éste se resolverá con arreglo al principio según el cual las posteriores derogan a las anteriores. El tribunal ha recordado que este principio -leyes posteriores a prioris contrarias abrogant- ha sido admitido también, como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana. Por otra parte, la Corte ha señalado que el derecho internacional, con base en la distinción entre los tratados en cuanto convenios entre distintas potencias y como normas del ordenamiento jurídico nacional interno, remite también la solución en el segundo aspecto a la organización constitucional respectiva¹⁰. Ello no significa, sin embargo, asignar a las regulaciones internas efectos internacionales. La posible colisión entre normas de uno y otro ordenamiento y las soluciones aportadas por cada derecho nacional dejan subsistentes las cuestiones de orden internacional que podrían suscitarse en caso de que a través del orden interno se incurriese en violación de la norma internacional.

¹⁰ Caso "ISA Martín y Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos (repetición de pago)", Fallos, 337-39. En apoyo de la concepción de las relaciones del derecho internacional con el derecho interno según la concepción constitucional de cada Estado, la Corte Suprema cita en su sentencia, Kelsen, *Essays on Legal Theory*, Nueva York, 1952, p. 419; Lauterpacht, H., *Régles Générales du Droit de la Paix*, RCADI, 1937, IV, p. 144; Verdross, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Madrid, 1957, p. 72; Oppenheim, *Tratado de derecho internacional público*, Barcelona, 1961, vol. I, tit. I, cap. IV, § 21 y 22.

La Corte Suprema ha señalado que la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos y depende de circunstancias afines a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión de ese alto tribunal¹⁷.

Pero el hecho de que un tratado internacional que se encuentre en vigor con relación al Estado argentino integre el derecho interno, no significa per se su directa operatividad. En efecto, así como ocurre con las leyes, algunos de ellos podrán ser operativos; otros, en cambio, programáticos. Para que el tratado produzca efectos directos es necesario que los derechos y obligaciones puedan ser invocados por los individuos y aplicados por los tribunales, lo que dependerá de la claridad y falta de condicionamiento de su contenido. El análisis de sus normas contribuirá a establecer, en cada caso, si son susceptibles de inmediata aplicación, o bien si necesitan de una reglamentación para tener operatividad.

La Corte Suprema ha entendido que la inclusión de una cláusula en un tratado por la que las partes se obliguen a aplicarlo desde cierta fecha y a adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva sus disposiciones, condiciona la aplicación a una ley que lo haga efectivo¹⁸.

¹⁷ Caso "Esso Petrolera Argentina c/Nación Argentina s/repeticón", Fallos, 371:7. Resulta evidente que en el orden jurídico internacional sus normas prevalecen, en principio, sobre las de derecho interno.

¹⁸ Caso "Gregorio, Alonso c/Haras Los Cardos", Fallos, 188:258; 218:395; 188:358; 348:671; 363:63; 363:132. En "Eusebio, Felipe Enrique, suc. c8-intestato", del 5-VI-1987, el Procurador general de la Nación había entendido que el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos era bien clara, en el sentido de que todos los derechos y libertades consagrados en la Convención deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados parte, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos mediante disposiciones legislativas o de otra índole. La Corte Suprema, en su decisión, compartió los fundamentos del dictamen, remitiéndose a ellos.

Se trataba, en la especie, de una cuestión suscitada por hijos extramatrimoniales que pretendían tener igual vocación hereditaria que los hijos matrimoniales en la sucesión del padre muerto el 25 de abril de 1985: es decir, una vez que se encontraba en vigor la convención para el Estado argentino, pero antes del dictado de la ley 23.264, por la que se estableció la igualdad en tales derechos. Se invocaba en el caso la modificación de las disposiciones pertinentes de la ley 14.367, del 1/10/54, por la que se establecía que los hijos extramatrimoniales tendrían en la sucesión del progenitor

En cambio, si de su texto se deduce la intención de las partes de hacerlo inmediatamente aplicable y si sus normas no necesitan de acto reglamentario alguno, el tribunal les ha reconocido plena operatividad²¹.

Cabe señalar, sin embargo, que la inconsecuencia o la falta de previsión en el legislador no se suponen, de allí que, como principio, las normas habrán de interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras; hay que adoptar como verdadero sentido, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto²².

En suma, conforme a la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el orden jurídico argentino está integrado por la Constitución, las leyes y el derecho internacional por el que se ha vinculado el Estado; dentro del sistema, los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental habrán de prevalecer. Las leyes y los tratados se encuentran en igual plano jerárquico, derogando, en principio, la regla posterior a la anterior. La instancia interna se esforzará por conciliarlos; pero ella no podrá conocer de las consecuencias de su decisión en la relación internacional. El manejo de las relaciones exteriores del país sólo concierne al Poder Ejecutivo de la Nación.

2. LIBERTAD Y DERECHO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. LOS CASOS "PORTILLO", "SÁNCHEZ ARRELEDA" Y "EMERDIAN"

El art. 12 de la Convención Americana, al igual que el art. 14 de nuestra Constitución, garantiza a toda persona el derecho a la libertad de conciencia y de religión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente fallo sobre la obligatoriedad del servicio militar y la objeción de conciencia basó su decisión en la premisa de que los derechos individuales deben ser hechos valer obli-

un derecho igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio, por la directa aplicación del art. 17.5 de la Convención Americana.

²¹ Caso "SA Quebrachales Fusionados c/Capitán armadores y dueños del vapor nacional Águila", Follos, 150:84; 183:144; 183:283, y 294:28.

²² CSJN, "Wilde de Parravicini, Magdalena M.R. c/Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco", 32/485.

gatoriamente por los jueces en los casos concretos –sin importar que estén incorporados o no a la legislación²¹– para admitir, en la especie, que el servicio militar fuese cumplido sin el empleo de armas.

Ahora bien, el tribunal se preocupó en acotar tal premisa, señalando que la preeminencia de las libertades individuales sobre el ordenamiento positivo se da, particularmente, con relación aquellos que “sólo exigen una abstención de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas”.

De esta decisión podría inferirse que una es la situación frente a las obligaciones de no hacer asumidas por el Estado, y otra la referida a los supuestos de obligaciones de hacer, esto es, a los casos en los que el Estado se comprometió a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos individuales, según el lenguaje de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Y esta inferencia se vería confirmada a poco que se consideren las decisiones del más alto tribunal en los casos “Sánchez Abelenda” y “Ekmekdjian” sobre el derecho de rectificación o respuesta, contemplado en el art. 14 de la Convención Americana²².

La norma en cuestión dispone que toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

En ambos casos la Corte Suprema afirmó –por el voto de la mayoría– que este derecho no puede ser tenido “como derecho positivo interno”; ello, en razón de “la ausencia de reglamentación legal”. En tales circunstancias, agregaba el tribunal, reconocerlo implicaría dejar en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención.

Es claro que, en el caso, la norma internacional remite el ejercicio del derecho a las condiciones que establezca la ley;

²¹ CSJN, in re “Portillo, Alfredo”, 18/469.

²² CSJN, in re “Sánchez Abelenda, R. c/Ediciones de la Urraca SA y otro” y “Ekmekdjian, Miguel A. c/Neustadt, Bernardo y otros”, del 1/12/88.

esto es, a una "medida" adoptada por el Estado en su ámbito interno con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana²¹.

Ahora bien, el hecho de que la norma no sea operativa no le restaría positividad en el ámbito interno²² —si se siguiese la doctrina que con anterioridad se había adoptado nuestro más alto tribunal en relación a materias distintas de los derechos humanos— ni relevaría al Estado de cumplir la obligación internacionalmente asumida²³.

De las decisiones consideradas parecería emerger, entonces, una doctrina particular en el ámbito de los derechos humanos según la cual en los supuestos de libertades individuales —que limitan el accionar del Estado— las personas están habilitadas a ejercerlas y los jueces deben velar para que ello se cumpla, independientemente de que se hallen incorporadas o no a la legislación. En cambio, si se tratase de derechos consagrados en el ordenamiento internacional por el que se obligó nuestro país, los jueces nada podrían hacer para garantizar su ejercicio hasta tanto no mediase reglamentación legal. Y aún más, hasta tanto ella no se adopte ni siquiera podría ser tenido el derecho en cuestión como "derecho positivo interno", al decir de la opinión mayoritaria de nuestro más alto tribunal.—

D)—Colorón.—

La doctrina que emanaría de las decisiones comentadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual los derechos individuales consagrados en tratados internacionales —de los que el Estado argentino es parte— que ten-

²¹ Art. 3° de la Convención Americana.

²² El voto del juez de la Corte Suprema, Augusto C. Belluscio en el caso "Ekmejdjian", pone de relieve la falta de operatividad para entender que, en tanto se dicte la ley, la cuestión es ajena a los órganos jurisdiccionales y la temática se rige por el principio de reserva consagrado por el art. 18 de la Const. nacional, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

²³ Sobre el proyecto de ley reglamentaria del derecho de rectificación o respuesta, que cuenta sólo con la media sanción del Senado de la Nación, ver Gutiérrez Posse, Bortolosa, Adecuación de la norma interna a la norma internacional, en "Cuadernos de Investigación", n° 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Arribas L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988.

gan el carácter de programáticos, no pueden ser tenidos como derecho positivo interno hasta tanto no hayan sido objeto de su reglamentación legal, modificaría la interpretación permanentemente asignada al art. 31 de la Const. nacional, según la cual los tratados integran nuestro derecho interno en el mismo plano jerárquico que las leyes de la Nación; y ello, independientemente del carácter programático u operativo.

Interesante resulta señalar que tal interpretación quedaría acotada a un tratado de carácter especial, que es, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que el Estado se obligó, frente a todas las personas sujetas a su jurisdicción, a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y a garantizarles su libre y pleno ejercicio.

Y ello, aun cuando en el ámbito internacional también se haya aceptado que el hecho de que algunos de los derechos allí consagrados ameriten la adopción de medidas internas para hacerlos efectivos, no puede ser alegado por el Estado para intentar justificar un incumplimiento del tratado.

Si tal doctrina se afirmase, sus alcances serían preocupantes, no sólo en función de la consolidación de una sociedad democrática, sino también en el plano internacional.

En efecto, la responsabilidad del Estado, en el supuesto de que un derecho no pudiese ser ejercido por falta de adopción de las medidas adecuadas, no quedaría enervada en el ámbito internacional ni en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución ni por los términos de la ratificación dada a la Convención Interamericana, según la cual sus disposiciones habrán de interpretarse en concordancia con los principios de derecho público consagrados en la norma fundamental.

En todo caso, sólo cabría el debate en el ámbito interno en función del reparto constitucional de competencias tendiente a determinar si esa responsabilidad se comprometió por la acción del Poder Judicial —ya que la doctrina de la Corte Suprema inhibiría a los jueces de garantizar el ejercicio de los derechos programáticos, rechazando las peticiones que en tal sentido se interpusiesen— o por la omisión de alguno de los otros dos poderes del Estado al no haber adoptado las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo el ejercicio de dichos derechos.

Pero en uno y otro supuesto —por acción u omisión—, si como consecuencia del incumplimiento de la obligación in-

ternacionalmente asumida se causase un daño, el Estado estaría obligado a repararlo puesto que quedarían conformados los elementos del hecho internacionalmente ilícito.

En tal contexto, y dado que los órganos controladores del comportamiento estadual son la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vale la pena recordar la opinión ya avanzada por este tribunal en el sentido de que, sea por disposiciones internas, sea por falta de adopción de medidas necesarias, si un derecho garantizado en la Convención no pudiese ser ejercido, la conducta estatal comportaría violación del derecho internacional, comprometiendo su responsabilidad, y podrá ser denunciada en el ámbito internacional.

Y en tal supuesto, si por caso se llegase a una condena jurisdiccional, la sentencia —a más de disponer que se garantice al lesionado el goce del derecho conculcado— podría ordenar el pago de una justa indemnización.

Tal situación extrema podría aun plantear otro problema de responsabilidad, por cuanto para acceder al mecanismo internacional, previamente se habrían tenido que agotar las instancias internas; esto es, que para nuestro derecho se habría conocido y decidido, quedando esta decisión amparada bajo la autoridad de la cosa juzgada. Sin embargo, el fallo internacional podría intentarse ejecutar en el país por el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, conforme al compromiso internacionalmente asumido en la misma Convención Americana. Y ante lo dispuesto en el art. 100 de la Const. nacional, el círculo de la relación del derecho internacional con nuestro derecho interno podría comenzar nuevamente a configurarse.

Quizá la situación descripta mereciera ser evaluada por los órganos del Estado en el ejercicio de las funciones que les son propias, antes de que tal supuesto quedase configurado.



EL PROCESO PENAL ORAL EN EL ÁMBITO NACIONAL

JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT (B.)*

I

Quando de legislar se trata, lo importante es no dejarse llevar por sistemas que no se compadecen con la realidad del país y, en tal sentido resulta prudente, si lo que se procura es establecer un sistema que asegure publicidad, concentración e inmediación, mirar hacia adentro y considerar la experiencia del juicio oral, en los términos en que ha sido fijado en la mayoría de las provincias argentinas, a partir del Código de Córdoba, proyectado por los eminentes juristas, Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler.

He sostenido esta opinión al comentar el proyecto propiciado por el gobierno anterior que proponía un sistema que, en mi criterio, no sólo resultaba complicado en su trámite sino que, también, introducía instituciones que no se compadecían con nuestra idiosincrasia, a la par que era acompañado de un proyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público, que no sólo implicaba una burocracia judicial tremenda, sino que incluía la figura del escabinado, que no parece conjugarse ni con nuestro sentir general ni con el derecho continental en el que estamos inmersos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, parece por demás halagüeño que el Congreso nacional haya convertido en ley un

* Profesor titular de Derecho Procesal Penal del "Ciclo Profesional Orientado", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

nuevo Código Procesal Penal, estructurado sobre la base del proyecto formulado por el doctor Ricardo Levene (h.), el cual, no obstante algunas modificaciones que se le introdujeran en el ámbito legislativo, responde, en términos generales, al que el propio Levene elaborara en 1975 y que por entonces fuese propuesto al Congreso.

Se ha recogido, así, la experiencia nacional, ya que el nuevo Código es el resultado de la adecuación en el tiempo de los que elaborara el citado autor desde su Código de La Pampa, vigente desde hace más de veinticinco años, hasta el último que esbozara para la provincia de Tucumán. Todos ellos, bueno es recordarlo, se compatibilizan con los de autoría de Vélez Maricónde, en la medida que responden a una fuente común que es el Código de Manzini de 1930.

Con el dictado de este Código, la Nación recuperará el tiempo perdido, en materia de proceso penal, donde las provincias le han marcado el correcto camino, en el cual el sistema acusatorio señala el norte y la oralidad se erige en una realidad incuestionable.

Así, al menos en el marco del derecho vigente, parecen haber quedado atrás los intensos debates en pro de la oralidad o de la escritura.

En tal sentido, nadie que haya transitado por el derecho procesal podrá negar que mediante esta cuestión se ha generado un enfrentamiento mayor que aquel de los Capuletos y Montescos, que refiere Shakespeare. Es más, puede sostenerse que las razones de escrituristas y oralistas son prácticamente irreconciliables.

Tampoco puede negarse que, en general, los argumentos brindados por uno y otros resultan interesados, en tanto se suele evaluar al sistema propiciado en óptimas condiciones de operatividad, mientras que al opuesto suele ubicarse en las peores condiciones relativas.

Así, situados en una dimensión neutral, uno y otro, en idénticas condiciones, suelen prometer, también, idénticas virtudes de celeridad y eficacia.

Por tal razón, a la hora de optar por alguno de los sistemas debe buscarse el más conveniente, atendiendo las razones que permitan una mejor observancia de las garantías del debido proceso.

En tal sentido, entiendo que el sistema oral es el que mejor se compecede, en tanto se aseguran los principios de inmediación, concentración y publicidad.

Lo dicho, en ningún caso implica ubicarme en la posición desarrollada en los últimos tiempos que, injustamente, ha descalificado al Código vigente en el ámbito nacional y a la figura de su autor.

Muy por el contrario, creo que su vigencia más que centenaria marca por sí sola que supo cumplir con el propósito para el que fuera dictado; sobre todo, en un país como el nuestro, donde la tradición legislativa no se compadece con la permanencia de la norma en el tiempo.

Ello tampoco significa que debamos permanecer indiferentes al cambio, y menos que no miremos a la realidad que nos circunda.

Así, no cabe duda de que, en los últimos tiempos se ha impuesto una tendencia orientada a la obtención de la oralidad amplia en el proceso penal, a la separación de las etapas de instrucción y del juicio, así como a la distribución correcta de las funciones de investigación penal.

En tal sentido, una vista hacia el interior de nuestro país nos muestra que desde el Código de Vélez Maricande y Soler, para la provincia de Córdoba, que rige desde hace cincuenta y dos años, el sistema oral se ha extendido por todo el territorio de la mano del recordado maestro cordobés y de Ricardo Levene (h.), siendo las últimas provincias en adoptarlo Neuquén, Chubut, Santa Cruz, Misiones y Tucumán.

No por ello pueden tampoco enneguercernos todas las virtudes que suelen endilgarse al proceso oral. He sostenido que de este sistema rescato la inmediación, la concentración y la publicidad, pero, a fuerza de ser sincero, creo que el beneficio de la celeridad que le atribuyen sus defensores a ultranza no puede ser colocado en el listado de virtudes, pues no creo que ésta aparezca así porque sí y que, de tal modo, vaya a concluirse con la morosidad, señalada por muchos como "el sello distintivo de la marcha de los procesos penales".

Sobre este punto, resulta justo reconocer que, tal vez, la crítica mayor que debe soportar el sistema oral es la cantidad de causas que se prescriben, en razón de que, por no existir detenidos, nunca llegaron a juicio; con lo cual, la denominada celeridad sería sólo relativa.

Así las cosas, parece prudente establecer que esta última afirmación no resulta suficiente para negar las virtudes de la oralidad, en tanto en cuanto se opte por ella a través de un criterio de política criminal, donde se privilegie la celeri-

dad de las causas graves y con detenidos en detrimento de los menores y sin presos.

Al respecto, resulta prudente recordar que en los tribunales de la Capital Federal, buena parte de las sentencias que concluyen en condena dejarán a ésta en suspenso, sin que la reincidencia de esos condenados resulte significativa.

II

Sobre la nueva estructura, a partir de septiembre de 1992, habrán de producirse cambios profundos en el desarrollo de los procesos penales en el ámbito nacional.

Esta circunstancia genera ya, sin dudas, grandes expectativas en la ciudadanía, que puede verse incluso confundida en la creencia que el nuevo Código constituye una panacea en sí mismo; será necesario redoblar esfuerzos y reclamar las estructuras que permitan concretar los propósitos que animan la nueva legislación, de modo tal que jueces y abogados, desarrollando los roles que el proceso les fija, puedan hacer que el ciudadano que clama por la protección de sus derechos encuentre una respuesta a tiempo, a la par que el procesado obtenga su sentencia en un plazo compatible con la garantía constitucional del debido proceso legal y que la pena deje de ser el parámetro para solicitar la libertad condicional, sobre la base del tiempo que cumplió en detención preventiva durante el proceso, para convertirse en la vía que permita la aplicación del régimen penitenciario, orientado a la rehabilitación del interno mediante las distintas fases del tratamiento y del control por el juez de ejecución.

III

En un rápido recorrido del nuevo texto encontramos acertado que el Libro primero, "Disposiciones generales", denomine a su Título I "Garantías fundamentales".

Al respecto, su enunciación concreta importa jerarquizar tales garantías, que, consagradas por el art. 18 de la Const. nacional, hacen a la esencia del proceso penal, en la medida que, tal como lo señala la exposición de motivos, es el derecho procesal el que reglamenta los grandes principios constitucionales y, en definitiva, permite su vigencia.

El Título II del citado Libro reviste particular interés, sustancialmente por cuanto en el mismo aparece una modificación esencial con el proyecto de Levene que, en un primer momento, había sido aprobado por el Senado.

En efecto, el texto primitivo establecía en su art. 6° que la acción penal pública sería ejercida por ministerio fiscal en forma exclusiva. Como se advierte, tal disposición importaba la exclusión del particular ofendido del ejercicio de la acción, lo que equivalía a eliminar la figura del querrelante del proceso penal y concluir de ese modo con una actuación que parece hecha carne en el proceso penal nacional.

Es evidente que tal situación produjo una reacción que resultaba previsible, fundamentalmente en el ámbito tribunalicio, sin que el hecho de que la mayoría de las provincias hayan eliminado al particular del ejercicio de la acción conmoviera la misma.

Así, se sostuvieron argumentos de los más variados tipos e, incluso, se llegó a sostener que la exclusión del querrelante en este tipo de delitos tenía entidad suficiente para ser tildada de inconstitucional.

Parece que el caso de Corrientes, que hasta ahora era de excepción, jugó en la solución final y, así, la Cámara de Diputados eliminó del famoso art. 6° la palabra "exclusivamente", permitiendo de ese modo que la figura del querrelante quedase consagrada en el art. 83 del texto sancionado.

Es evidente que no tuvo acogida, en definitiva, la opinión de Levene, quien inspirado en la doctrina más moderna al respecto así como en la legislación de Italia y Francia, considera inadmisibles hoy que, en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, el Estado se ponga al servicio de un interés pecuniario o de la venganza personal, "que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública".

Sobre este punto, coincido con Vélez Mariconde¹ en cuanto a que si la represión no puede ser concebida hoy como un medio de satisfacer la venganza pública, menos puede pensarse en autorizar la vía de la venganza individual.

A partir de aquí, entendí que más allá de los argumentos de quienes se expedían en pro y en contra de la querrela, es-

¹ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner 1962, t. 1, p. 293.

tas últimas justificaban, al menos en el marco teórico, su exclusión.

Sin embargo, en la actual coyuntura, en la cual el ministerio público se inserta en el ámbito del Poder Ejecutivo, tal vez el mantenimiento del acusador particular aparezca prudente y, en la medida que actúe en forma adhesiva, se convertirá en una vía que, a la postre, terminará por excluirlo del ejercicio de la acción penal pública y permitirá encontrar "la serenidad e imparcialidad necesarias para que se alcance la finalidad de la justicia y no se transforme o deforme en odiosa persecución".

De todos modos, como se advierte, el ejercicio de esta acción por el particular ha quedado recortada, en la medida que no podrá sobrepasar el actuar del ministerio público, al punto que si prospera el pedido de sobreseimiento formulado por éste no se elevará la causa a juicio (art. 348, Cód. Proc. Penal).

El ejercicio de la acción civil en el proceso penal merece, también, un particular análisis, en tanto pueden ejercerla, para obtener la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil, sólo el titular de aquélla, sus herederos, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Si bien conforme al art. 17 se mantiene el criterio del Código vigente, en el sentido de que sólo podrá ser ejercida la acción civil mientras esté pendiente la acción penal, ese criterio se modifica en cuanto permite pronunciarse en la sentencia con respecto a la reclamación civil no obstante la absolución del procesado.

Por lo demás, tal como surge de los arts. 83 y 88, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal no requiere necesariamente que quien intenta aquélla adquiera, asimismo, el rol de querellante. Sin embargo del art. 83 *in fine* surge que el querellante particular que se constituya, a la vez, en actor civil, podrá hacerlo en un solo acto, observando los requisitos de ambos institutos.

Resulta igualmente interesante que el art. 16 establezca expresamente que la acción civil será ejercida por los representantes del Cuerpo de Abogados del Estado cuando el Estado nacional resulte perjudicado por el delito.

En lo que a la actividad jurisdiccional se refiere, la competencia penal se ejercerá por los jueces y tribunales que la Constitución nacional y las leyes instituyan.

Establece el Código, como regla general, el tribunal colegiado de derecho, si bien prevé el juez unipersonal de instrucción, correccional, de menores —que juzgará a quienes tengan menos de dieciocho años por delitos con pena de hasta tres años de prisión—, de ejecución y federal, siendo que este último tendrá a su cargo la instrucción y actuará, también, en instancia única en delitos con pena privativa de libertad que no exceda los tres años.

Para la determinación de la competencia se tiene en cuenta la pena prevista para el delito consumado y sus agravantes, no así la resultante de la acumulación por concurso de delitos. Podrá efectuarse en cualquier estado del proceso pero, fijada la audiencia del debate sin planteo, el tribunal juzgará los delitos de competencia inferior.

La nulidad de todo lo actuado aparece como sanción ante la inobservancia de las reglas de competencia en razón de la materia, salvo actos que no puedan reproducirse o fuese un tribunal de competencia superior el que hubiese actuado.

Es evidente que esta sanción es la consecuencia natural que se impone por tratarse de procesos que requieren la intermediación del juez, que de este modo quedaría desvirtuada.

La función del ministerio público aparece enunciada en el art. 88 y consiste en promover y ejercer la acción en la forma establecida por la ley.

Fija también el Código las atribuciones del fiscal de cámara que actúa ante las de casación, apelaciones y federal; las del fiscal del tribunal de juicio que actuará durante el juicio respectivo y las del agente fiscal que interviene ante el juez de instrucción y en lo correccional, sin perjuicio de poder ser convocado para colaborar por el fiscal del tribunal de juicio. En todos los casos, en el ejercicio de su actuación se les acuerdan las facultades coercitivas acordadas al tribunal por el art. 121.

El imputado recibe una consideración especial en el nuevo Código, en la medida que se designa de tal manera a la persona que se síndica como interviniendo en un hecho delictivo, a efectos de garantizar el efectivo ejercicio de su derecho de defensa, de tal modo que el término es omni-compreensivo de acusado, procesado e inculcado.

Concordante con el ejercicio de tal garantía, se establece que los derechos que el Código acuerda al imputado se podrán hacer valer hasta la conclusión del proceso por cualquier persona detenida o indicada, de cualquier forma,

como partícipe de un hecho delictivo, incluso, en el primer caso, por medio de sus familiares.

Por lo demás, quien resulte imputado de un delito por el que se instruye causa tiene derecho a presentarse al tribunal, aclarando los hechos e indicando las pruebas que estime de utilidad. Es obvio que tal temperamento se compatibiliza con el juego que tiene en este ordenamiento el sistema acusatorio.

La actuación del querellante particular y del actor civil los referimos al considerar el ejercicio de las acciones; consecuentemente, ahora sólo cabe acotar que el primero será admitido cuando, teniendo capacidad civil, resulte particularmente ofendido por un delito de acción pública, estableciéndose que si fuese incapaz actuará por él su representante legal, y si del delito hubiere resultado la muerte del ofendido podrán ejercer su derecho el cónyuge superviviente, sus padres, sus hijos o su último representante legal. A su vez, para ejercer la acción civil su titular debe constituirse como tal.

Con referencia a los defensores, se establece el derecho del imputado a hacerse defender por un abogado de la matrícula, que resulte de su confianza, por el defensor oficial, o bien a hacerlo él mismo siempre que, en este caso, no perjudique la eficacia de la defensa ni obste el normal desarrollo del proceso.

Se fija, también, que el imputado no podrá hacerse representar por apoderado y que, salvo manifestación expresa en contrario, se entiende que su designación importa otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil.

Ha sido fijado en dos el número máximo de defensores simultáneos y se ha determinado que, aceptado el cargo, su desempeño resulta obligatorio, al igual que el que emerge en sustitución del defensor oficial, salvo que se dé una razón atendible que admita la excusación.

En lo que hace a la instrucción, cabe señalar que al margen de la diferencia sustancial que se puede advertir entre las previsiones del proyecto y el texto aprobado en definitiva, la característica sustancial que se advierte está dada por jugar desde el comienzo del proceso el sistema acusatorio.

Ello resulta del art. 196, que establece que la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal o de una prevención o información policial, a la par que el art. 189 prevé que el agente fiscal deberá requerirla al juez al que compete la instrucción, cuando la denuncia se formule directa-

mente ante el magistrado o la policía o fuerza de seguridad y aquél no decida hacer uso de la facultad contenida en el art. 187.

Es precisamente el art. 198 referido, el que constituye la piedra del escándalo.

En efecto, él ha sido incorporado al texto legal por la Cámara de Diputados y, de ese modo, se altera toda la filosofía que animaba la instrucción.

En la exposición de motivos, Levene, al referirse a la instrucción señala que ha optado por una sola forma de ella: la judicial, descartando la fiscal que admiten Italia y algunas provincias argentinas, pues entiende que deben delimitarse, con toda precisión, las facultades del juez y del fiscal. Al respecto, recuerda que en nuestro país el ministerio público depende del Poder Ejecutivo.

No obstante tales argumentos, el legislador ha establecido que el juez de instrucción podrá decidir que la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal queda a cargo del agente fiscal, quien deberá ajustar su proceder a las reglas establecidas al respecto.

En tal sentido, el art. 210 establece que el agente fiscal practicará las actividades para las que está facultado y que le servirán de base para el requerimiento de la elevación de la causa a juicio.

Al respecto, cabe consignar que entre sus atribuciones se incluyen las de citar testigos, requerir informes, disponer medidas necesarias para ejercer su función, practicar inspecciones de lugares y cosas, con la debida orden de allanamiento, en su caso.

En cambio, bajo pena de nulidad, deberá requerirse al juez de instrucción la recepción de la declaración al imputado, la limitación de toda medida que restrinja o haga cesar su libertad, exceptuándose la detención en caso de urgencia o flagrancia, la que nunca podrá superar las seis horas; las medidas no reproducibles y definitivas; las referidas a archivo, suspensión de la persecución penal o sobreseimiento y, también, todo acto que el código sólo habilite al juez a practicarlo.

Como puede advertirse, este cambio, a mi juicio, resulta por demás inconveniente, en la medida que no sólo rompe con una tradición arraigada en el ámbito procesal nacional, cual es la de la instrucción a cargo del órgano jurisdiccional, sino que, también, genera una situación que contradice el

espíritu que anima al nuevo Código, cual es el de erigirse en un ordenamiento asegurador de garantías. Ello ahora se ve empañado en la medida que los fiscales, dependientes, como han quedado estructurados al menos en los hechos —repárese en la actual designación del procurador general de la Nación—, del poder administrador, en ningún caso habrán de ofrecer la garantía de independencia que hoy proporciona el juez de instrucción, al margen que las diligencias extremas deberán ser autorizadas por éste.

Es cierto que este sistema, de modo limitado rige en algunas provincias a través de la "citación directa"; sin embargo recordamos que en ellas juega respecto de delitos de escasa significación, mientras que en el Código nuevo no existe restricción alguna, al punto que el art. 187 alude en forma ilimitada a los "delitos de acción pública de competencia criminal".

Por lo demás, estimo poco consistente el criterio que sostuvo la Comisión de Derecho Penal de la Cámara de Diputados para introducir esta variante. En efecto, pienso que la celeridad y eficacia que invocaron no pasa por encomendar al ministerio público la instrucción criminal, sino por ampliar la cantidad de jueces de instrucción de modo tal que, confiando a éstos la conducción del sumario, las garantías del juez natural y del debido proceso legal encuentren una mejor realización en los hechos.

Con relación a las disposiciones generales que regulan la instrucción, se establece que el objeto de ésta consiste en comprobar la existencia de un hecho delictuoso, establecer sus circunstancias, individualizar a los partícipes, verificar sus condiciones personales y el estado y desarrollo de sus facultades mentales, así como la extensión del daño causado.

Se establece la invitación a elegir defensor en la primera oportunidad y siempre antes de la indagatoria.

Al respecto debe señalarse que, en función a la modificación introducida al texto originario, el art. 198 establece que el defensor puede entrevistarse con su asistido aun cuando estuviere incomunicado, inmediatamente antes de prestar declaración o bien de la realización de actos no reproducibles.

Este punto resulta novedoso en el ámbito nacional; el dictamen de la mayoría de la Comisión de Derecho Penal de la Cámara de Diputados califica la introducción del texto

como resultado de un criterio garantizador y, lamentablemente, en su redacción ofrece alguna duda.

En tal sentido, como está expresado, todo parece indicar que la incomunicación también juega entre imputado y defensor y que la misma sólo se suspende "inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los arts. 183, penúltimo párrafo, 201 y 294 bajo pena de nulidad de los mismos".

A tal conclusión se arriba si se tiene en cuenta que, concretamente, lo que fija el artículo es la posibilidad del defensor de entrevistar a su cliente, en las hipótesis indicadas, que no es lo mismo que decir que entre ambos no juega la incomunicación.

El ministerio fiscal se encuentra facultado a intervenir en todos los actos del sumario y a controlar, en cualquier momento, las actuaciones; por su parte el defensor podrá hacerlo con relación a los actos irreproducibles y se puede permitir su asistencia a otros si no obstaculiza el trámite.

El sumario para los extraños será siempre secreto; con respecto a las partes es público, aún cuando el juez puede ordenar el secreto por resolución fundada cuando se haga peligrar el descubrimiento de la verdad. No obstante ello, tal restricción no juega respecto a actos definitivos e irreproducibles, no pudiendo, tampoco, exceder los diez días aunque la gravedad del hecho o la dificultad de la investigación exijan que "aquella sea prolongada hasta por otro tanto".

La incomunicación aparece como alternativa para el juez y podrá ser dispuesta por el término de cuarenta y ocho horas, prorrogables por auto firmado por otras veinticuatro. Como se ha dicho la medida se relativiza respecto al defensor y autoriza al detenido a practicar los actos civiles impositivos que no disminuyan su solvencia o perjudiquen la instrucción.

En lo que hace a su duración, el art. 208 prevé que el sumario durará cuatro meses a contar de la indagatoria, pudiendo el juez solicitar a la Cámara de Apelaciones una prórroga de hasta dos meses, aunque en causas de extrema gravedad la prórroga podrá exceder de dicho lapso.

Como puede observarse, el cómputo del plazo para concluir el sumario se toma a partir de la indagatoria, lo que pone de manifiesto que el límite juega de modo que procura resolver la situación del encartado en el menor tiempo posi-

ble, conjugando aquello que "una justicia a destiempo no es justicia".

La situación del imputado es considerada en el Título IV del Libro II.

El art. 279 refiere que una persona contra la que se hubiera iniciado o esté por iniciarse proceso podrá presentarse ante el juez competente a fin de declarar. Sin embargo, tal presentación no impide que pueda ordenarse la detención, cuando así corresponda.

De todos modos, la restricción de libertad queda acotada a los límites indispensables para descubrir la verdad y asegurar la aplicación de la ley. En tal sentido, cuando el delito investigado no esté reprimido con pena privativa de libertad o admita condenación condicional, el juez, salvo caso de flagrancia, ordenará la comparecencia por simple citación, procediendo la detención sólo cuando no responda a aquélla en forma justificada.

Quando proceda recibir declaración indagatoria y no se dé la hipótesis recién indicada, el juez librará orden de detención, que será escrita, aunque en casos de suma urgencia podrá impartirse verbal o telegráficamente, haciéndolo constar.

Aun sin orden judicial, la policía debe detener cuando existiese flagrante delito, si se fugase el legalmente detenido, al que intentare un delito de acción pública en el momento de cometerlo y, excepcionalmente, a la persona contra la cual hay indicios vehementes de culpabilidad y existe inminente peligro de fuga o riesgo de entorpecimiento de la investigación. Sin embargo, en tal caso, deberá presentarse al detenido al juez en el término de seis horas.

En lo que hace a la recepción de la declaración indagatoria, el art. 294 establece que el juez procederá a interrogar a una persona, cuando hubiese motivo bastante para sospechar que ha participado en la comisión de un delito. En caso de estar detenido deberá hacerlo inmediatamente o, a más tardar, en el término de veinticuatro horas, aunque dicho plazo puede prorrogarse por otro tanto si el magistrado no hubiese podido recibir la declaración o cuando el imputado lo pidiere para designar defensor.

Conforme a tal disposición, se advierte que, tal como se expresa, la indagatoria constituye un medio de defensa, en la medida que configura un acto previo a la regularización de la situación procesal de quien la presta. En tal sentido, desaparece la necesidad contenida en el Código vigen-

te de diferenciar la indagatoria de la llamada declaración informativa.

A aquella diligencia pueden asistir sólo el defensor y el agente fiscal.

Como señalé precedentemente, la regularización de la situación procesal del imputado es posterior a la indagatoria. En tal sentido el art. 308 establece que dentro de los diez días de recibida dicha declaración el juez ordenará el procedimiento siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar la existencia del hecho y que el imputado sea culpable como participe de éste.

La medida debe disponerse mediante auto fundado, en el que debe formularse una somera enunciación de los hechos, los motivos de la decisión y la calificación legal.

Durante ese mismo lapso, el juez, si estimare que no hay mérito para ordenar el procedimiento ni tampoco para sobreeser, dictará un auto que así lo declare y dispondrá la libertad de los detenidos si los hubiere.

La prisión preventiva reviste un carácter esencialmente cautelar y, consecuentemente, sólo se dictará conjuntamente con el auto de procesamiento cuando la pena prevista para el delito *prima facie* no admita condena de ejecución condicional, o bien cuando, admitiéndola, se den las previsiones establecidas para denegar la exención de prisión o excarcelación.

Con relación a las medidas de contracautela personal, tenemos que la exención —tal la designación del nuevo Código— de prisión podrá ser solicitada —por sí o por un tercero— por toda persona que se considere imputada de un delito en causa determinada, cualquiera fuese el estado de la causa, y hasta la prisión preventiva.

El juez podrá acordarla cuando califique el o los hechos de que se trate y la pena privativa de la libertad que pudiera corresponder no exceda los ocho años de prisión o que, no obstante ello, estimare *prima facie* que pudiera corresponder condena de ejecución condicional.

Al respecto, cabe recordar que el texto aprobado resulta más amplio que el contenido en el proyecto, que limitaba el privilegio sólo a aquellos hechos que admiten la condena condicional.

En relación con la variante introducida, la Comisión de Diputados aludió mayoritariamente a que la flexibilización introducida recoge los parámetros del Código hoy vigente

(actual art. 379, inc. 1^o). Sin embargo, participo del criterio de Levene y que hizo suyo la minoría de dicha Comisión, la que al propugnar el mantenimiento del texto originario sostuvo que ello respondía a la "necesidad de que para contrarrestar la sensación de impunidad con que actúan los delinquentes y el sentimiento de inseguridad que se ha instalado en la población, la posibilidad de condena condicional constituya el presupuesto del otorgamiento de la exención de prisión y de la excarcelación".

A su vez, la excarcelación será acordada en cualquier estado del proceso, de oficio o a pedido del imputado o su defensor, cuando el imputado fuere citado o hubiere comparecido espontáneamente.

Procederá en los supuestos que corresponde la exención de prisión; cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el delito o delitos atribuidos; cuando hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que resulte a primera vista adecuada; cuando se hubiere cumplido la pena impuesta por sentencia no firme y cuando, según el tiempo de detención sufrido, le hubiera sido permitido obtener su libertad condicional.

A diferencia de lo que establecía el proyecto, en el sentido de que, en principio, el beneficio se acordaba bajo caución juratoria y sólo en forma real cuando se tratase de delitos económicos que así lo aconsejaran, el texto convertido en ley, si bien en el título que precede al art. 321 versa "Regla: caución juratoria" en la norma no expresa que ello sea así y se prevé en el art. 324 la caución real, mientras que el art. 322 introduce la personal, que consiste en la obligación que el imputado asume —con uno o más fiadores solidarios— de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije al conceder la excarcelación.

Con relación al dictado del sobreseimiento, cabe tener presente que puede dictarse en cualquier estado de la instrucción, de oficio o a petición de parte. En el caso de que la acción se hubiere extinguido podrá dictarse durante todo el proceso.

Consecuente con el criterio del Congreso Procesal de Corrientes, ha desaparecido el sobreseimiento provisional, brindándose la solución que, a mi entender, mejor se compece con la garantía del debido proceso legal, consagrada en el art. 18 de la Const. nacional.

En efecto, todo parece indicar que quien resulta sometido a proceso debe obtener un resultado definitivo, que cierre el trámite, ya sea mediante la sentencia definitiva o bien del sobreseimiento.

Ahora, merced a la solución del Código, el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso a favor del imputado respecto del cual se dicta, con lo que se logra superar la crítica que se formula al actual sistema nacional y al de "prórroga extraordinaria" que contemplan algunos códigos modernos.

La clausura del sumario impone la audiencia previa del fiscal y la querrela, que deben expedirse con relación a si la instrucción está completa o cabe proponer medidas y, si se considera completa, si procede la elevación a juicio o sobreseer.

Cuando se solicite el sobreseimiento y el juez esté de acuerdo, lo dictará si coinciden el fiscal y la querrela; cuando la querrela estime que debe elevarse la causa a juicio o el juez no comparta la posibilidad del sobreseimiento, se dará intervención a la Cámara de Apelaciones y si ésta entendiera que corresponde la elevación a juicio se apartará al fiscal y se instruirá al fiscal de cámara para designar sustituto.

A mi juicio, esta última solución —léase intervención de la cámara— afecta el principio de titularidad diferenciada de la acción, al asignar al órgano jurisdiccional facultad de decisión respecto al ejercicio de la acción.

Cuando el fiscal requiera la elevación a juicio, el juez notificará al defensor, quien podrá, en seis días, deducir excepciones u oponerse a la elevación, instando el sobreseimiento.

Con el auto de elevación, o bien con el sobreseimiento, se clausura la etapa del sumario.

El Libro III se refiere a los "juicios" y el Título I trata el "juicio común", en el cual se establece que la citación a juicio la formula el presidente del tribunal, quien convoca a las partes para que comparezcan a juicio, examinen actuaciones, documentos, efectos secuestrados y ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones. Ello por el término de diez días, que se extiende a quince cuando la sede del juzgado del que procede la causa sea distinta de la del tribunal.

En lo que hace al ofrecimiento de prueba, las partes pueden, igualmente, manifestar que se conforman con la lectura de declaraciones testimoniales y pericias de la instruc-

ción; de haber acuerdo entre todas, y si el tribunal lo acepta, no serán citados los testigos y peritos.

Corresponde al presidente recibir la prueba, pero el tribunal puede rechazar la ofrecida mediante auto que la califique de "impertinente o superabundante".

Con relación a las excepciones, éstas pueden ser opuestas antes del debate, si no se hubiesen articulado con anterioridad y el tribunal podrá rechazar in limine las manifiestamente improcedentes.

Se prevé también la hipótesis de una instrucción suplementaria, que admite que, antes del debate, el presidente con noticia a las partes pueda ordenar actos de instrucción omitidos, denegados o bien que fueran imposibles de cumplir en la audiencia.

Cumplidas estas circunstancias, el presidente fijará el día y hora para el debate y ordenará citar a todos los que deban intervenir. El intervalo no podrá ser menor de diez días, salvo que las partes y el tribunal acordaran otro menor.

Sin perjuicio de lo expuesto, si de las nuevas pruebas resulta evidente que el imputado está exento de responsabilidad penal, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, decretará su sobreseimiento cuando no sea necesario el debate.

Como hemos señalado, el debate se caracteriza por el juicio oral y público, en el que quedan consagrados los principios que orientan el sistema acusatorio.

En lo que hace a la publicidad, el acceso al público sólo queda vedado en caso de afectarse la moral, el orden público o la seguridad; está prohibido el ingreso a menores de dieciocho años, condenados o procesados por delitos reprimidos con pena corporal, así como a los dementes y ebrios.

El principio de concentración aparece reflejado en la circunstancia de que el debate debe desarrollarse en audiencias sucesivas hasta su culminación, y si bien en casos expresamente previstos por el art. 365 se admite su suspensión, ésta no puede exceder los diez días, pues si se supera ese plazo todo el debate deberá realizarse nuevamente.

La asistencia del fiscal y del defensor son obligatorias, lo que resulta por demás ajustado a las características del juicio, que impone un contacto directo con lo que ocurre durante el debate, para poder producirse en consecuencia.

Un elemento importante consiste en que la audiencia puede llevarse a cabo en un lugar distinto de la sede del tri-

bunal, mientras sea dentro de la circunscripción judicial. Esto viene a dar por tierra con aquello de que la necesidad de una gran infraestructura impedirá concretar la oralidad.

En efecto, la disposición señalada, que concreta el art. 373, permite recurrir a salas de audiencias relativamente reducidas para debates corrientes y, en casos de procesos que por su repercusión o con múltiples procesados, disponer que el juicio se lleve a cabo en lugares públicos, que no necesariamente deben pertenecer al Poder Judicial y que pueden afectarse para esos fines.

Por lo demás, esto permite que, en las oportunidades en que el proceso se ventile en jurisdicción federal la audiencia pública pueda efectuarse en el sitio mismo de los hechos, ya que el asiento del juzgado puede no coincidir con el de la cámara que deba intervenir. Ello no sólo ofrece la ventaja de permitir la economía de esfuerzos, evitando los traslados de los que sin ser parte tengan que intervenir sino que, también, favorece el factor educativo y prevencional, al permitir que el público asistente esté constituido por gente del lugar, que será precisamente quien vea actuar a la "Justicia".

El debate, se inicia el día y la hora señalados a tal fin, cuando el presidente, que es su director, ordena la lectura del requerimiento fiscal y, en su caso, del auto de remisión a juicio.

Las cuestiones atinentes tanto a la constitución del tribunal como a la nulidad de los actos anteriores al debate deben plantearse y resolverse, bajo pena de nulidad, inmediatamente después de abierto éste.

Producida la apertura de debate, o resueltas las cuestiones incidentales, el presidente ordenará recibir declaración al imputado conforme a las pautas fijadas para la indagatoria, aclarándole que aunque no declare continuará el debate. En tal supuesto, dispone la lectura de las declaraciones prestadas ante la instrucción; de igual manera se procederá en caso de contradicciones, las que se harán notar.

Conforme lo señala Levene en la exposición de motivos, otro de los derechos que se le acuerdan al procesado, sin que se afecte el buen orden del juicio, consiste en la posibilidad de efectuar todas las declaraciones que estime procedentes, siempre que se refieran a su defensa, pudiendo también hablar con su defensor —sin interrupción de la audiencia— salvo durante la declaración o antes de responder las preguntas que se le formulen, oportunidad en la que no

puede recibir sugerencias. En mi opinión, la amplitud señalada es la que mejor se conjuga con el ejercicio de la defensa material.

Parece más que acertada la posibilidad de ampliación de la requisitoria fiscal. Como lo señala el autor del proyecto, ello responde a razones, de buen orden y economía procesal, pues evita que vuelva la causa a instrucción, y permite al fiscal ampliar la acusación siempre que surjan hechos integrantes de delito continuado o circunstancias agravantes no contenidas en la requisitoria o auto de elevación a juicio. Como es obvio, a fin de no afectar el derecho de defensa, se debe explicar al procesado esos nuevos hechos o circunstancias e, incluso, podrá suspenderse el debate para que ofrezca pruebas o amplíe su defensa.

Producida la indagatoria se recibirá la prueba, siguiendo el orden que el propio articulado establece, salvo que el tribunal estime conveniente alterarlo.

En lo que hace a la prueba pericial se leerán las partes sustanciales del dictamen, y si el perito fue citado responderá las preguntas, pudiendo el tribunal ordenar que permanezca en determinados actos y citarlo nuevamente si debe aclarar su dictamen. De ser posible la pericia se llevará a cabo en la misma audiencia.

Los testigos serán examinados en el orden que estime el presidente, pero se deberá comenzar por el ofendido.

Los jueces y —con la venia del presidente— el fiscal, las partes y los defensores podrán interrogar a las otras partes, testigos, peritos e intérpretes. Las preguntas inadmisibles serán rechazadas por el presidente y su resolución es recurrible de inmediato ante el tribunal.

Salvo supuestos contemplados expresamente, no puede suplirse el testimonio recogido en la instrucción por la lectura.

Los elementos de convicción secuestrados deben presentarse a las partes y testigos para su reconocimiento y declaración pertinente.

La inspección ocular podrá ordenarse, incluso, de oficio y la llevará a cabo un juez del tribunal, con la asistencia de las partes. También procederán los reconocimientos y careos.

Si en el curso del debate surgieran elementos probatorios nuevos y "manifestamente útiles" o se requirieran otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar su recepción, aún de oficio.

También podrá ordenarse la lectura de la denuncia o de declaraciones de coimputados sobreesidos o absueltos, condenados o prófugos, así como de partícipes del delito que se investiga u otros conexos, e igualmente de actas de secuestro, inspección, registro domiciliario o requisa personal.

Una vez recibida la prueba, el presidente concederá la palabra en orden sucesivo al actor civil, al querrelante, al fiscal, a los defensores del imputado y del civilmente demandado, a fin de que formulen sus acusaciones y defensas.

La oralidad queda puesta de manifiesto en la expresa prohibición de leer memoriales, que desvirtúan la naturaleza de este proceso, como lo hemos podido advertir en la escasa experiencia recogida observando los procesos vinculados a delitos cometidos en justas deportivas; sólo se admitirá la lectura de la pieza elaborada por el actor civil ausente.

Se reconoce el derecho a réplica solo al fiscal, a la querrela y a la defensa, correspondiendo a ésta la última palabra a fin de "robustecer en todo lo posible sus facultades y facilitarle su labor". Coincidentemente con tal intención, antes de cerrar el debate, el presidente deberá interrogar al procesado acerca de si tiene algo que manifestar.

En casos de prueba compleja, de estimarlo conveniente el tribunal puede ordenar al secretario resumir, al fin de cada declaración o dictamen, su parte sustancial, pudiendo también disponerse la grabación total o parcial del debate.

Siempre procede que el secretario levante el acta del debate, bajo pena de nulidad.

Concluido el debate, los jueces pasarán inmediatamente a deliberar en sesión secreta a la que sólo puede asistir, también bajo pena de nulidad, el secretario.

De estimar el tribunal que es absolutamente necesaria la recepción de nuevas pruebas o ampliar las recibidas, podrá reabrir el debate, limitándose la discusión al examen de aquéllas.

Durante la deliberación, el tribunal resolverá las siguientes cuestiones que fueran objeto del juicio, en el siguiente orden: las incidentales que se hubiesen diferido, las referidas a la existencia del hecho, participación del acusado, calificación legal, pena aplicable, reparación o indemnización, demandas y costas.

Los jueces emitirán su voto motivado, en conjunto o por el orden resultante del sorteo que se practicará en cada

caso, resolviendo el tribunal por mayoría, valorando la prueba y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica. Se harán constar las disidencias y en el supuesto de haber más de dos opiniones sobre la sanción a imponer se aplicará el término medio.

La sentencia deberá contener: lugar y fecha en que se dicte, mención del tribunal y las partes, condiciones personales del procesado, enunciaci6n de los hechos y circunstancias materia de la acusaci6n, motivos del hecho y derecho en que se fundamenta, disposiciones en que se funda, parte dispositiva y firma de los jueces y secretario.

Redactada la sentencia se constituye el tribunal nuevamente en la sala de audiencias y el presidente leerá dicha sentencia ante las partes y defensores, convocados al efecto. La lectura, que es obligatoria bajo pena de nulidad, sirve de notificaci6n para los que participaron del debate.

Otra variante significativa entre el proyecto y el texto convertido en ley consiste en que, mientras el primero en ningún caso admita que el veredicto se adelantara a la lectura total de la sentencia, la norma sancionada permite que, si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacci6n de la sentencia, se lea sólo la parte dispositiva, fijándose audiencia dentro de los cinco días, a contar desde el cierre del debate, para la lectura integral.

Creo que resultaba más adecuada la soluci6n proyectada por Levene al respecto, ya que el anticipo del veredicto, si bien puede satisfacer una inquietud inmediata en cuanto a la soluci6n del caso, importa una suerte de marcha a contrapelo de la l6gica, que primero impone fundar la soluci6n y luego enunciarla. No se ve en la norma una cuesti6n de peso que justifique la soluci6n adoptada, que por cierto reproducen varias provincias, ya que el anticipo de la absoluci6n o la condena constriñe luego la elaboraci6n de los fundamentos y condiciona, incluso, el razonamiento que debe servir de base a la respuesta anticipada.

Todo parece indicar que los cinco días que prevea el proyecto como lapso máximo entre el fin del debate y la lectura de la sentencia no son exagerados y permitan conciliar los argumentos que llevan al fallo, sin apresuramientos que pudieran conspirar con la seriedad que requiere un pronunciamiento penal de absoluci6n o condena, en el que la prudencia parece imponerse a la incertidumbre relativa que pueden generar, como máximo, cinco días de vigilia.

En caso de absolución, la sentencia ordenará la libertad del imputado y la cesación de las medidas restrictivas impuestas provisionalmente, como asimismo las medidas de seguridad o la restitución o indemnización demandadas.

En el supuesto de condena fijará las penas y medidas de seguridad, resolverá el pago de las costas, y de haberse intentado la acción civil, la restitución del objeto material del delito, la indemnización y la forma en que han de atenderse las respectivas obligaciones. Aunque no se haya intentado la acción podrá ordenarse la restitución.

Contra la sentencia proceden los recursos de casación y de inconstitucionalidad, conforme a las reglas que el Código fija.

Con relación a los juicios especiales, considerados en el Título II del Libro III, cabe acotar que el correccional se lleva adelante conforme a las reglas del juicio común con las salvedades que se establecen, siendo que el juez correccional tiene las atribuciones que se confieren al presidente y al tribunal de juicio.

Asimismo, se prevé que si el imputado confesara circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la producción de la prueba tendiente a acreditarla, cuando hubiere acuerdo de juez, fiscal, querellante y defensor.

A diferencia del juicio común y posiblemente en razón de que aquélla fue una modificación al proyecto, no se establece la separación entre lectura del veredicto y de la sentencia íntegra; aquí se dispone que, en caso de complejidad del asunto u hora avanzada, la lectura se hará en audiencia pública, fijada en un plazo no mayor de tres días.

En el juicio de menores se regula el trámite de los delitos cometidos por quienes no hayan alcanzado los dieciocho años y se establece como principio la aplicación de las reglas generales del Código.

Respecto a la detención, alojamiento y medidas tutelares se mantienen los criterios que regulan actualmente este tipo de procesos.

Con relación al debate en sí se prevé su realización a puertas cerradas, con presencia sólo del fiscal, las otras partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador y todo aquel que justifique un interés legítimo en asistir. El asesor de menores lo hará obligatoriamente, bajo pena de nulidad, y tendrá las facultades del defensor, aun cuando el imputado cuente con patrocinio privado.

No comparto el criterio fijado en el inc. 2º del art. 413, en cuanto a que el menor sólo asistirá al debate cuando fuere indispensable y será alejado cuando se cumpla ese objetivo.

Considero que, en la medida que no se comprometa la moral o se genere una situación de peligro psíquico, no existe inconveniente en autorizar su presencia, ya que privarlo de la posibilidad de presenciar el debate podría, incluso, afectar el ejercicio de su defensa material, asegurada para los mayores en el art. 380, cuando se les permite en el curso del debate todas las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa.

Dicho en otras palabras, puede afectarse la garantía de defensa en juicio, que no debe desatenderse por tratarse de un menor. La solución del Código trae a mi memoria una frase atribuida, en su momento, a un distinguido maestro del derecho: "Si fuese menor me gustaría que no me protegeran tanto".

Con relación a los delitos de acción privada, la característica fundamental está dada por extenderse la audiencia de conciliación, actualmente limitada a los delitos de calumnias e injurias, a todos los hechos perseguibles por este tipo de acción.

Aquí el debate se lleva adelante conforme las disposiciones generales del Código, y si no se realiza la audiencia de conciliación por ausencia del querellado o no se arriba a una conciliación o retractación, el tribunal citará al querellante para que en el plazo de diez días comparezca y ofrezca prueba.

Para concluir, señalo que esta apretada síntesis sólo pretende formular un esbozo, que permita conocer, a grandes trazos, la inserción de la oralidad en el proceso penal federal y de la Capital Federal; el lapso que dista entre la reciente promulgación del nuevo Código y su entrada en vigencia servirá para que profundicemos acerca de su contenido, buscando sus aciertos y también sus inconvenientes, en el convencimiento de que la nueva normativa marca el camino de la modernización, signado por los principios de inmediación, concentración y publicidad, que son los que mejor se compatibilizan con la garantía del debido proceso, que consagra el sistema republicano.

No obstante, cabe recordar que se requiere, también, una estructura judicial acorde con las necesidades que ge-

nera el nuevo ordenamiento y la organización del ministerio público con la independencia que corresponde a un efectivo representante del interés general, para lo cual será menester contar con los recursos necesarios; entonces sí se habrá dado un paso adelante en materia de justicia.

DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN

EDUARDO ÁNGEL BUNDO*

1. REPENSANDO A LOS DERECHOS HUMANOS

La primera cuestión que se nos aparece al intentar cualquiera aproximación al tema de los derechos humanos se relaciona con la necesidad permanente de su replanteo. ¿Por qué repensar los derechos humanos? y ¿qué significa repensarlos? son dos primeras preguntas, de cuyas respuestas dependerá, en buena medida, el tipo de abordaje que se haga después.

Esta necesidad de repreguntarnos una y otra vez sobre cuestiones de alguna manera preliminares, está marcada por el carácter dinámico de la temática, por la provisoriedad de las argumentaciones y por los avances y retrocesos que, en el plano de los hechos, sufre la defensa de tales derechos.

A diferencia de lo que ocurría respecto de las discusiones entre "derecho positivo y derecho natural" o entre "derecho y moral", de que daban cuenta los antiguos manuales de Introducción al Derecho o de Filosofía del Derecho, zanjadas apriorísticamente por una toma de posición a favor de una vinculación "necesaria" o una desvinculación, igualmente "necesaria", entre los respectivos campos, no resulta posible dividir áreas de "derechos positivos" y "derechos humanos", ni tampoco unirlos sin discusión en un solo y homogéneo objeto de estudio, claro y distinto —en terminología cartesiana—, que pretenda, pedantemente, resolver todo interrogante futuro. No, los derechos humanos no son un

* Profesor titular de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

nuevo nombre para una vieja discusión y sí, en todo caso, el tema de "derecho y moral" se convierte en un viejo nombre para una nueva problemática.

Entre los múltiples enfoques posibles del tema (normativo interno, normativo internacional, antropológico, filosófico, y aun psicoanalítico, como prefiere Warat, etc.) nosotros preferimos repensarlo, aquí y ahora, desde un abordaje histórico-político, en primer lugar, y, seguidamente, desde otro que podríamos denominar sociológico-jurídico. Y, en ambos casos, no como ocurría con las viejas cuestiones que hemos mencionado, en términos de áreas separadas o vinculadas, sino en términos de tensión y de conflicto. Conflicto entre voluntarismo y racionalismo, en el primer caso, y entre legalidad y legitimidad, en el segundo.

2. EL ABORDAJE HISTÓRICO-POLÍTICO

El primer momento del conflicto (la tesis en terminología de lógica dialéctica), estaría representado por el Estado antiguo, tal como era éste concebido en la Edad Media, cuya regla podría haber sido "el poder como razón", y cuya divisa fue sintetizada por Luis XIV cuando hizo grabar en sus cañones la frase última ratio regum (última razón de los reyes), o el verso de Juvenal (*Sátiras*, VI, 223) "Hoc volo, sic jubeo sic pro ratione voluntas" (Lo quiero, lo mando, sirva mi voluntad de razón).

El segundo momento (la antítesis) estaría representado por el Estado moderno, tal como fuera concebido por el Iluminismo, cuya regla sería, en cambio, "la razón al poder". En el Estado moderno "lo razonable" aparece como lo axiológicamente válido, y, por lo tanto, jurídicamente válido. Autolimitación, moderación, razonabilidad, son voces que dan contenido al nuevo concepto de justicia, desplazando otros contenidos posibles de tipo paternalista, tales como bien común o bienestar general.

Pero los adjetivos "antiguo" y "moderno" agregados a la palabra "Estado", aluden solamente a momentos de aparición, y no a la superación del primero por obra del segundo. El Estado antiguo no sólo subsiste en algunas regiones apartadas, sino que se instala a menudo dentro del propio Estado moderno, amparado por la "lógica de la emergencia", de que hablaba Zuleta, por las "razones de Estado", por

el "estado de sitio", por el "estado de guerra", por el "estado de necesidad", o, más modernamente, por la "seguridad nacional".

El Estado moderno, el del contrato social, el del Estado de derecho, el de la democracia real, el de las seguridades individuales y del reglamentarismo, cede a la tentación del voluntarismo, cuando no a la soberbia y al autoritarismo, especialmente en el área del derecho público en su totalidad, y del derecho privado en un punto a cuestiones de singular trascendencia económica. Por otra parte, el gobierno de los funcionarios reviste cada vez más una actitud gerencial respecto de un sistema cuyos lineamientos parecen fijarse fuera de la sede del gobierno.

Aun cuando no sea literalmente cierta la tesis de Umberto Eco respecto a que el mundo se encuentra próximo al advenimiento de una nueva Edad Media, el análisis del semiólogo italiano resulta válido, en cuanto considera al momento actual como de articulación con un futuro caracterizado por una nuevo agrupamiento de los factores de poder. La cuestión es si se trata de un retorno al momento de la tesis, al poder sólo limitado por el poder, o si, de manera novedosa, se trata de un nuevo momento de síntesis. Frente al "poder como razón", y a "la razón al poder", algo así como "el poder a la razón", esto es, en términos políticos, el paso de la democracia formal o representativa a la democracia de plena participación.

Los argumentos usados habitualmente para justificar a la democracia indirecta y, a la vez, descalificar la posibilidad de una democracia directa, se basan en la cuestión del número. La democracia directa sólo resulta posible en grupos pequeños, las sociedades numerosas no pueden funcionar en asambleas, ergo, deben delegar su poder en un representante, o en un número no excesivo de representantes. (Luego, los representantes invocarán el argumento de la emergencia para actuar sin consultar los intereses de los representados, y, en tal caso, el despojo del poder se habrá terminado de consumir.)

Sin embargo, el argumento del número contiene una petición de principio: da por sentado justo aquello que está en discusión, esto es, que el Estado de derecho es igual al gobierno de las leyes. Si esto es cierto, no lo es menos que las leyes deben ser redactadas por grupos relativamente pequeños, y, por lo tanto, la soberanía popular sólo puede ser ejercida de manera indirecta. Pero, ¿es realmente cierto?

La identidad "Estado de derecho" y "gobierno de las leyes" es una decisión ideológica, no una descripción. Implica la justificación de la ley y la descalificación de la costumbre, por ejemplo, como fuente creadora y derogadora de derecho. Sin contar con otros institutos, como el antiguo concepto de "derecho de resistencia a la opresión", o el moderno de "desobediencia civil" (o resistencia pacífica), acuñados por Gandhi o Martin Luther King en este siglo, y que es objeto de cuidadosos análisis por politólogos contemporáneos.

La desobediencia civil —dicho sea de paso— no implica un alzamiento contra el sistema jurídico, como la rebelión, ni una clandestinidad, como el delito, sino una manifestación pública contra una orden expresa, realizada por aquellos que están dispuestos, eventualmente, a sufrir las consecuencias de la desobediencia, como demostración de la injusticia de la orden, tendiendo a su derogación o a su no aplicación por parte del propio sistema jurídico. La cuestión a menudo pasa por aquella educación que denunciaba Erich Fromm, en el sentido de considerar toda obediencia justificada, y toda desobediencia injustificada, no importando qué se obedece o desobedece, y se vincula íntimamente con la cuestión de la obediencia debida, como causa de justificación penal de ilícitos, en casos en que, lo debido, debiera ser la desobediencia (¿un militar debe obedecer la orden de traicionar a su patria? ¿un religioso debe obedecer la traición de sus creencias? ¿un padre debe denunciar a sus hijos? etc.; los ejemplos pueden multiplicarse).

3. EL ABORDAJE SOCIOLOGICO-JURIDICO

Según dijimos, así como el abordaje histórico-político nos permite visualizar el conflicto entre racionalidad y voluntariedad, el abordaje sociológico-jurídico permitirá discutir sobre el conflicto entre legalidad y legitimidad, entendiendo a la primera como el encuadramiento de un hecho o de una norma a un sistema jurídico dado, y la segunda como la justificación de ese hecho, de esa norma, y aun del propio sistema.

Al igual que el tema anterior, las tendencias estáticas tradicionales prescindían del conflicto, o bien confundiendo los campos mediante la identidad entre legalidad y legitimidad, o bien separándolos irreductiblemente; la legalidad

como calificación jurídica, y la legitimidad como calificación política o ética. Nosotros entendemos que la tensión es dinámica, de modo tal que ambos criterios se visualizan como una lucha dentro del mismo campo: el campo de la realidad social conectado con el sistema jurídico. Las hipótesis de emergencia y de desobediencia civil mencionadas en el punto anterior ejemplifican, precisamente, esa zona de contacto, donde la legalidad tiende a traspasar la barrera de la legitimidad, en el primer caso, y donde la legitimidad, a su vez, hace lo propio con la frontera de la legalidad, en el segundo.

En el primer momento de este conflicto podemos percibir una lucha respecto al poder entre el individuo y el grupo o corporación que pretende hegemonizarlo (en terminología medieval, la nobleza, la Iglesia, las corporaciones profesionales, etcétera). En el segundo momento, en cambio, el lugar de las corporaciones es ocupado por el Estado, en su doble rol de detentador del monopolio del uso de la fuerza, y garantizador de los derechos individuales. El aspecto ambiguo de esta relación se explica con el concepto de autolimitación y con la separación entre Estado (ente abstracto) y gobierno (ente concreto), de modo que éste queda limitado por aquél. El funcionario de gobierno que actúa fuera de los límites de su función (al menos, esa es la teoría), lo hace a título personal y bajo su responsabilidad como súbdito del mismo Estado.

Pero la realidad del Estado actual hace que el principio de la autolimitación resulte, al menos, insatisfactorio. La acumulación de poder resultante de los adelantos tecnológicos, incluyendo la informática, y de la acumulación económica, ensanchan la brecha existente entre el individuo y el Estado, por una parte, mientras que por la otra los funcionarios de gobierno difícilmente pueden, frente al enorme poder confiado a sus manos, resistirse a la tentación de usarlo —en la mejor de las hipótesis— con criterio paternalista. Además, esa misma acumulación de poder desplaza el centro de decisión de los Estados hacia grupos extranacionales (económicos, políticos y jurídicos), con lo que la relación con el individuo queda mediatizada.

En el tercer momento, entonces, el individuo desaparece de la relación de poder, y, si no desaparece también como individuo, es en virtud de su respuesta a los fenómenos nuevos mediante la única arma a su alcance: el agrupamiento en asociaciones intermedias, reconocidas y no recono-

cidas por el sistema jurídico, y aun extranacionales. La proliferación de los movimientos sociales y de las organizaciones no gubernamentales, si bien puede reconocer antecedentes históricos (v.gr., el origen del movimiento obrero en el siglo pasado) es en este siglo, y especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la ONU donde se manifiesta. Y es en el específico campo de los derechos humanos, junto al área laboral y de la ecología donde más fuerte resulta la presencia de estos movimientos y organismos.

4. EL TRABAJO PENDIENTE EN MATERIA DE INTEGRACIÓN

La integración regional viene tomando impulso de derecho y de hecho en los últimos años, fenómeno éste que debe ser relacionado con los procesos de redemocratización en que está empeñada Latinoamérica. De derecho, a la luz de los tratados que se suscriben para la cooperación de economías complementarias. De hecho, por la gestación de una política comercial cuyos esfuerzos recaen sobre el sector privado. Sin embargo, resulta todavía débil la integración en otros campos no económicos, como los de la cultura en general y de los derechos humanos en especial.

Esta integración cultural y tuitiva de la persona, sin embargo, surge espontáneamente merced a otros fenómenos sociales: el turismo, las migraciones laborales, los intercambios estudiantiles, de investigadores, bibliográficos, la televisión satelital, las giras artísticas, etc., fenómenos éstos que adquieren nueva vida en democracia.

Pero el surgimiento espontáneo debe ser acompañado con nuevas formas de organización social que evite su vulnerabilidad natural. En efecto, cualquiera de los fenómenos enunciados depende de una multiplicidad de circunstancias de hecho que, por imperio de esas mismas circunstancias o de una legislación restrictiva, puede provocar su involución.

En virtud de ello, y a la luz de las reflexiones volcadas en los puntos anteriores, estimamos necesario que, sin perjuicio de la actividad oficial que en el mismo sentido se efectivice, esa misma movilidad social se encauce mediante la creación y el funcionamiento de organismos no gubernamentales regionales, binacionales, trinacionales, etcétera. Las poblaciones asentadas en las márgenes opuestas de un

rio, tienen, respecto de él, idénticos intereses, independientemente de sus respectivas nacionalidades. Un basurero nuclear colocado en una zona de fronteras implica un peligro potencial para las poblaciones de los Estados fronterizos. El conocimiento recíproco de las lenguas, costumbres y tradiciones redonda en un beneficio también común a las poblaciones limítrofes. En otro sentido, las discriminaciones que sufra un extranjero en un país, provocará una discriminación inversa en el propio. Y así sucesivamente.

A diferencia de las alizanzas, ententes o acuerdos internacionales, la integración es, fundamentalmente, una cuestión de fe democrática. La concepción de los derechos humanos, entendidos no sólo como la protección contra las violaciones, sino también como la creación de las condiciones para el desarrollo de la persona, también lo son. Se suele oír la frase que define a la política como el arte de lo posible. Un autor y periodista argentino la definió como el arte de crear lo posible. A nuestro juicio, los derechos humanos respecto de la integración tienen pendiente aún la creación de espacios como los mencionados.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ELECCIÓN DIRECTA DEL INTENDENTE

PEDRO TULA DEL MORAL *

1. Introducción

La visibilidad jurídica de la elección directa del intendente de la Capital Federal es una larga historia de hechos políticos e institucionales nuestros, cuyas raíces datan de la época de las declaraciones de libertad e independencia. Es por ello que solamente mencionaremos los acontecimientos histórico-legislativos más importantes y efectuaremos un breve análisis lógico-jurídico.

2. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853-1860

En su art. 67, inc. 27, la Constitución otorga facultades al Congreso para "ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación con atribuciones como legislatura local", y por el art. 86, inc. 3º, designa al presidente de la Nación "jefe inmediato y local de la Capital de la Nación". Esta norma tiene como fuente la ley del 4 de marzo de 1826, cuyo art. 2º dispone que "la Capital... queda

* Vicepresidente del Concejo Deliberante de Buenos Aires (1983-1987). Asesor ad honorem de la Cámara de Diputados de la Nación (1987-1989). Profesor adjunto de Derecho de los Recursos Naturales (desde 1978), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Profesor asociado de Introducción al Derecho Municipal (desde 1980), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor titular de Estructura y funciones del municipio (desde 1990), Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional del Litoral.

bajo la inmediata y exclusiva dirección de la Legislatura nacional y del presidente de la República”.

De ello surge que el gobierno de la Capital Federal debe ser ejercido por el Congreso, como legislatura local y por el presidente de la Nación, como jefe o ejecutivo inmediato. Entonces estamos frente a un gobierno político (Constitución nacional) y a un régimen administrativo (Ley orgánica municipal).

3. CUATRO JEFATURAS

Prestigiosos constitucionalistas son coincidentes en sostener que el presidente de la Nación ejerce cuatro indelegables jefaturas que surgen del art. 86 de la Constitución: a) jefe de Estado (jefe supremo de la Nación) (inc. 1°); b) jefe de la Administración pública (inc. 2°); c) jefe inmediato y local de la Capital (inc. 3°), y d) comandante en jefe de las Fuerzas Armadas (inc. 13).

Con lo expuesto desechamos la interpretación semántica del art. 86, inc. 10, de la Constitución, que no incluirá al intendente entre los funcionarios cuya designación corresponde al presidente de la Nación, de acuerdo con lo sostenido por el doctor Gregorio Badeni (“La Nación”, 13/6/88) como así también desechamos la argumentación del doctor Pedro J. Frías (“La Nación”, 15/6/88) por igual motivo. No compartimos la interpretación que el Congreso de la Nación, en su carácter de legislatura local no contraría el art. 86, inc. 3°, de la Constitución, al estatuir que los órganos de gobierno de la Capital Federal incluyan una autoridad surgida de la elección popular, como lo afirma el doctor Miguel M. Padilla (“La Nación”, 14/6/88) porque es totalmente diferente la naturaleza jurídico-política de las legislaturas provinciales con el Congreso de la Nación y, por lo tanto, es improcedente establecer analogías de competencias. La distribución de competencias establecidas en los arts. 9° y 31 de la ley 19.987 no es suficiente para considerar que “contempla el espíritu de la Constitución”. Reconoce bien Sagüés (“La Nación”, 18/6/88) que nuestro esquema constitucional no autoriza (sin reforma previa) a concebir al intendente como la máxima autoridad ejecutiva de la ciudad, ni a ésta, poseedora del mismo caudal de competencias con que cuenta una provincia o un municipio plenamente autónomo, aunque afirma que la Constitución no propicia ni inhibe la elección

popular del intendente. Germán J. Bidart Campos ("La Nación", 17/6/88) señala que la elección directa del intendente es una idea simpática pero un mecanismo inconstitucional, porque si bien la ley orgánica municipal puede organizar el régimen municipal de la Capital, no lo puede hacer de cualquier manera, porque hay pautas constitucionales insoslayables como la que establece que el presidente de la Nación es el jefe local y también la que considera al intendente como empleado de la administración de la Capital sobre la cual el presidente ejerce la jefatura inmediata y local. Francisco E. Trusso ("La Nación", 18/6/88) es categórico al sostener que "este proyecto es absolutamente inconstitucional y echa por tierra con el régimen federal que rige todas las instituciones políticas argentinas... el Poder Ejecutivo como ningún otro poder, tiene atribución para limitarse sus funciones de raíz constitucional y ningún poder puede atribuirse facultades que la Constitución no le ha otorgado expresa o implícitamente como tampoco puede él dejar de atribuirse o renunciar a facultades que le han sido otorgadas constitucionalmente".

La posición sostenida por el senador Carlos Pellegrini en 1881, en el sentido de que el presidente de la Nación es el jefe de la Capital, entendiendo que esto sólo se refiere al poder político y no al jefe administrativo del municipio, es apoyada por Federico Pinedo ("La Nación", 28/6/88) y, al respecto, ratificamos que el presidente de la Nación es el jefe inmediato y local de la Capital, no solamente en su carácter político, sino también administrativo, porque la palabra "local" se refiere a administración de la ciudad.

4. LEY DEL 6 DE MAYO DE 1853

Consideramos que el silencio de los diputados constituyentes de 1853, comprobado también por la falta de mención en las actas respectivas sobre el tema, fue sustituido por la ley dictada por el mismo Congreso General Constituyente el 6 de mayo de 1853, que establece una Municipalidad para la ciudad de Buenos Aires, cuyo art. 6º dispone la designación de su presidente (como lo llama al intendente) de una terna propuesta por la Municipalidad entre sus miembros, cuyo nombramiento será efectuado por el presidente de la entonces Confederación Argentina. Esta ley reproduce en su texto el decreto dictado el 2 de septiembre de

1852 por el director provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza.

No podemos olvidar que esta ley (sancionada a tan sólo cinco días de entrar en vigencia la Constitución) es considerada por los historiadores "como una verdadera transacción política y sólo explicable por las circunstancias históricas que la determinaron"; que, sin duda alguna, hace referencia a la situación institucional de la provincia de Buenos Aires frente a la Confederación Argentina. Situación que es resuelta con la reforma de la Constitución nacional en 1860, y con la sanción de la ley 1029 en 1880, que declara al municipio de la ciudad de Buenos Aires como Capital de la República.

5. ORGANIZACIÓN DEFINITIVA DE LA MUNICIPALIDAD

Por lo expuesto, el 23 de octubre de 1881 se sanciona la ley 1260 que organiza definitivamente a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Esta ley tuvo vigencia por más de "90 años", con numerosas reformas, hasta su derogación por la actual ley 18.987 de 1973.

6. EL PROYECTO DE LEY DEL DIPUTADO MOLINAS DE 1916

En el año 1916 el Congreso trató el proyecto de ley del diputado Víctor M. Molinas (UCR), que propiciaba la elección directa del intendente por el pueblo, a simple pluralidad de sufragios. Este proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados pero rechazado por la Cámara de Senadores.

7. NECESIDAD DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

Podemos citar como antecedentes legislativos que sostienen la necesidad de reformar la Constitución nacional de 1853-1860 en su art. 86, inc. 3°: a) en 1909, el diputado conservador Juan A. Argerich propuso completar el texto de dicho inciso, expresando que los poderes del presidente estaban limitados "al régimen de gobierno de la ciudad Capital"; b) en 1917 y 1919 el diputado Carlos F. Mele (UCR) propuso la siguiente redacción: "Tiene el gobierno superior, local de la Capital y de los Territorios Nacionales"; c) en

1949 la Convención Constituyente no sólo ratificó el art. 88, inc. 3º, sino que autorizó al presidente de la Nación, por el nuevo art. 83, inc. 3º, a delegar esas funciones en la forma que determinen los reglamentos municipales; d) en 1954 el diputado Manuel Belnicoff (UCR) presentó un proyecto de ley por el cual propiciaba la sustitución del art. 83, inc. 3º de la Constitución nacional de 1949, por el siguiente: "Es el jefe inmediato y local de la Capital de la Nación. La Capital de la Nación será gobernada por un intendente electivo", y e) en 1957 la Convención Constituyente se pronunció con el despacho de la mayoría proponiendo agregar al art. 5º de la Constitución nacional de 1853-1860 la siguiente cláusula: "La Capital Federal tendrá igualmente un régimen autónomo elegido por el pueblo", concepto con el que coincidían los miembros que se expidieron en disidencia por distintas razones.

La disolución de esta Convención impidió que se incorporara la cláusula transcripta al texto constitucional.

8. APOYO DE LA DOCTRINA

Prestigiosos tratadistas consideran, algunos con mayor claridad que otros, la necesidad de reformar la Constitución nacional de 1853-1860 para la visibilidad jurídica de la elección directa del intendente. Al respecto podemos mencionar a Joaquín V. González, Manuel Montes de Oca, Lisandro de la Torre, Rafael Bielsa, Salvador Dana Montaña, Arturo Sampay, Carlos Mouchet, Benjamín Villegas Basevillaso, Carlos Saavedra Lamas, Clodomiro Zavalía, Segundo V. Linares Quintana, Pablo Ramella, Félix Loñ, Adolfo Korn Villafañe, Adolfo Mugica, Humberto Quiroga Lavit, Leonardo Palomeque, Ricardo M. Zuccherino, Alberto Spota, Germán Bidart Campos, Néstor P. Sagüés, Francisco Trusso, Héctor Fassi y otros.

9. EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 19.987

Dispone que el Concejo Deliberante puede "destituirlo o inhabilitarlo al intendente por mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones". Pero el presidente de la Nación designa al intendente por decreto y por decreto puede suspenderlo, aceptarle la renuncia, dejarlo cesante o exone-

rarlo, lo cual da por tierra con la argumentación de que si el Concejo Deliberante juzga al intendente, implícitamente se está reconociendo la posibilidad de que el intendente sea elegido por la ciudadanía, mediante la modificación del art. 27 de la mencionada ley 19.987.

10. ¿QUIÉNES QUEREMOS REFORMAR LA LEY 19.987 EN PROFUNDIDAD?

Por deocr. 16-PSL-1985, el Concejo Deliberante creó la Comisión de Descentralización Administrativa y Cultural de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la que fue integrada por concejales, consejeros vecinales y funcionarios del Departamento Ejecutivo bajo nuestra presidencia. Dicha Comisión produjo despachos, proponiendo numerosas modificaciones estructurales, entre ellas las jurídico-institucionales, las que tomaron estado público a fines de 1988.

En 1988 el diputado José D. Canata presentó un proyecto de ley por el cual propiciaba la modificación de diversos artículos, no incluyendo la reforma de la designación del intendente por el pueblo, y decía en los fundamentos que "no debemos olvidar que nuestra estructura institucional impide hoy la elección del intendente".

Ante la creación del Consejo para la Reforma Jurídico-Institucional de la Municipalidad por deocr. 881/89, presentamos un proyecto de declaración, el 10 de octubre de 1989, al Concejo Deliberante, propiciando la reforma de la ley orgánica 19.987, adoptando el régimen de Estado-ciudad con novedosos cambios jurídicos, institucionales, políticos y administrativos, el que fue publicado íntegramente en el n° 6 de la "Revista de Estudios Municipales" de la Asociación Argentina de Estudios Municipales".

11. ¿QUIÉNES QUIEREN REFORMAR ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA LEY 19.987?

El 15 de enero de 1987, al hacerse cargo de la Intendencia, Facundo Suárez Lastra anunció, y reiteró en otras oportunidades, que iba a impulsar la sanción de una ley que permitiera a los ciudadanos de Buenos Aires elegir a su intendente en 1989. El 8 de abril de 1987 los diputados Jorge

Vanossi y Ricardo Cornaglia concretaron ese anuncio propiciando la sustitución de los arts. 27 y 30 de la ley orgánica municipal 19.987. El Concejo Deliberante aprobó en la sesión del 3 de diciembre de 1987 (que no acompañamos con nuestra firma) una "comunicación" propiciando la modificación de los arts. 8º, 27 28 y 30 de la mencionada ley. El 8 de abril de 1988 el senador Fernando de la Rúa presentó un proyecto de ley sustituyendo los artículos referidos de dicha norma y el art. 1º de la ley 23.510 reconociendo a los extranjeros el derecho de elegir a las autoridades municipales. El 28 de abril de 1988, nuevamente el Concejo Deliberante aprobó (con la disidencia de los concejales del Partido Justicialista) un "decreto" creando una comisión para agilizar la sanción de la legislación mencionada. También sancionó una "comunicación" para que el Senado de la Nación se abocara a tratar el proyecto del senador de la Rúa a la brevedad.

El 21 de mayo de 1988, se reunieron los presidentes de los Partidos Justicialista, Intransigente y Demócrata Cristiano y resolvieron dar expreso mandato a sus representantes parlamentarios de apoyar la reforma a la ley 19.987. Nuevamente el Partido Justicialista cambió de posición, retomando la asumida el 3 de diciembre de 1987. Esta iniciativa tuvo también el apoyo de la Unión de Centro Democrático y del Partido Federal.

En junio de 1988 la Cámara de Diputados aprobó el referido proyecto de ley presentado por los diputados Vanossi y Cornaglia, con el voto afirmativo de todas las bancadas, incluida la del Partido Justicialista, luego pasó a la Cámara de Senadores y desde entonces no fue considerado.

El concejal Jorge Argüello propuso modificar los artículos referidos a la organización y competencia de los Consejos vecinales ("La Nación", 30/9/88). El concejal Carlos Maslaton impulsó la iniciativa de reducir el número de concejales de 60 a 30 ("La Nación", 28/6/88). Propusieron reformar diferentes aspectos de la ley el concejal Facundo Suárez Lastra ("La Nación", 25/4/91), el ex secretario general de la comuna Eduardo Valdés ("Ambito Financiero", 5/7/91) y el concejal Fernando Bustelo ("La Nación", 18/8/91).

También durante 1991 presentaron diferentes proyectos de leyes tendientes fundamentalmente a la reforma de los arts. 27 y 30 de la mencionada ley los diputados Jorge R. Vanossi, Alberto Aramouni con Matilde Cuarracino, Gabriela González Gass y Carlos Mosca. Asimismo impulsaron ini-

ciativas propiciando una consulta popular sobre la elección directa del intendente, los diputados Adelina Dalessio de Viola, Rafael Pascual y Carlos Álvarez. El Concejo Deliberante aprobó el 4 de julio de 1991 el proyecto de resolución presentado por el concejal Jorge Argüello, propiciando una consulta popular para "la asignación de un status de autonomía de la ciudad de Buenos Aires".

12. NUESTRA PROPUESTA

Si bien compartimos la necesidad de lograr la autonomía plena del gobierno de la ciudad de Buenos Aires, consideramos por todo lo expuesto que mientras no se realice la reforma de la Constitución nacional de 1853-1860, se debería llegar a un "acuerdo político" entre los partidos políticos con representación en el Concejo Deliberante para que el presidente de la Nación designe al intendente en 1992 según alguno de estos procedimientos: a) al primer concejal de la lista más votada; b) a uno de los concejales que integre una terna propuesta por el Concejo Deliberante, o c) al candidato más votado que resulte de una "consulta popular". Sobre la base de ese "acuerdo político" consideramos que por ley sería viable jurídicamente: a) la que autorice al presidente de la Nación a establecer el sistema de designación del intendente solamente para un período determinado, es decir, con fecha de iniciación y de finalización de mandato, y b) la que disponga que el presidente de la Nación designe intendente a uno de los concejales que cumple su mandato, o que esté por iniciarlo por haber sido electo.

13. NUESTRO ESTADO DE DERECHO

Demasiado sacrificio nos ha costado a los argentinos instaurar el Estado de derecho y estamos todos trabajando diariamente para consolidar la democracia desde 1983. Teniendo muy en cuenta lo expuesto, como así también la satisfacción de que los partidos políticos sean esencialmente horizontales donde el diestro de sus afiliados, militantes y dirigentes sea siempre inalterable, consideramos que nuestros legisladores en el Congreso de la Nación no pueden modificar la ley orgánica municipal 19.987 argumentando "que recogen una creciente y progresista cultura democrática

de la sociedad" (por la cual luchamos desde siempre), porque estamos convencidos de que insistir en la sanción de una ley que suprima o altere atribuciones constitucionales expresamente reservadas al presidente de la Nación, será indefectiblemente declarada inconstitucional por el Poder Judicial o pasible de ser vetada por el Poder Ejecutivo, lo cual conllevará un inevitable enfrentamiento de poderes. La misma situación se presentará en el caso de que el presidente de la Nación no comparta aspectos de la gestión del intendente y éste no atienda los reclamos que le efectúa el titular del Poder Ejecutivo en su carácter de "jefe inmediato y local de la Capital de la Nación".

Considerarse "ciudadanos de segunda" o *ketpers* por no elegir por voto directo al intendente mientras no reformemos la Constitución, es una apreciación subjetiva que no condice con la realidad vivida desde 1853, y mucho nos llama la atención que así lo expresen quienes tienen formación jurídica, como también que algunos alienten un proyecto inconstitucional con claros objetivos personales.

Además, ¿por qué no aguardar a la convocatoria de la reforma de la Constitución nacional, la que es nuevamente impulsada por el Poder Ejecutivo Nacional?

ENSAYOS

ALGUNAS PRECISIONES A LA FRANQUICIA COMERCIAL

**MANUEL E. ABBOGUÉ
ALEJANDRO CARRIOTTI
HUGO N. L. BRUZONE**

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de *franchising* ha sido ampliamente estudiado tanto en nuestro medio como en la doctrina comparada. No nos proponemos repetir lo que tantas veces se ha dicho acerca de este verdadero contrato-negocio en lo que hace a sus características jurídicas generales (naturaleza jurídica, similitud con otros contratos, conveniencia de su empleo, obligaciones de las partes, cláusulas más comunes, etc.), sino tratar de completar su estudio, primordialmente basándonos en la doctrina extranjera, a fin de obtener un conocimiento acabado de este moderno sistema de distribución comercial.

2. EL CONTRATO DE "FRANCHISING"

Sobre la base del trabajo de Nicolás S. R. Zullo, *Franchicia o concesión*, un breve repaso de las características sobresalientes del *franchising* permitirá ubicarnos rápidamente en tema.

Es un contrato innominado, bilateral, oneroso, consensual, eminentemente comercial y de ejecución continuada. Se pacta por tiempo determinado y regula la totalidad de la relación entre las partes durante su vigencia. Podemos sintetizar los derechos y obligaciones de las partes de la siguiente manera:

a) El franquiciante

- 1) Acuerda el derecho de explotar una unidad en franquicia.
- 2) Proporciona el know-how, técnicas, instrucciones, sistema y consejo para operar.
- 3) Acuerda exclusividad territorial.
- 4) Licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, colores, etcétera.
- 5) Proporciona manuales detallando sistemas y procedimientos de operación.
- 6) Proporciona especificaciones sobre: relación con terceros; publicidad y promoción; diseño y construcción; muebles, útiles y enseres; equipamiento en general; controles contables, personal, impuestos, listas de productos y precios; relaciones con el personal dependiente; seguros; entrenamiento para el franchisee y su personal, etcétera.
- 7) Establece una campaña internacional, nacional, regional o local de publicidad y promoción.
- 8) Puede suministrar productos o servicios, o ambos al franchisee.
- 9) Limita la elección del lugar para la unidad de franquicia.
- 10) Determina condiciones para renovación, y/o extinción del contrato y sus causales; pactos de retroventa, etcétera.

b) El franquiciado

- 1) Paga al franquiciante una tasa inicial, por el derecho a utilizar la franquicia.
- 2) Paga al franquiciante un *royalty* periódico (p.ej., mensual), generalmente calculado sobre la venta bruta de la unidad de franquicia. Algunas veces, en lugar de un *royalty*, se pacta la compra obligatoria de uno o varios productos o servicios.
- 3) Adhiere totalmente a los estándares de comercialización y técnicas de la franquicia.
- 4) Adquiere licencia ilimitada para la utilización del nombre, marcas y servicios de la franquicia.
- 5) Debe tomar y aprobar el programa de entrenamiento que ofrece el franquiciante.
- 6) Debe guardar secreto acerca de la franquicia, sus sistemas, know-how, etcétera.

7) Probablemente aporta dinero para campañas publicitarias.

8) Selecciona el lugar para su unidad de franquicia, bajo supervisión del franquiciante.

9) Aporta el capital para la instalación (y/o construcción) y puesta en marcha de la unidad en franquicia. A veces con financiación suministrada por el franquiciante, o por alguna institución por éste referida.

10) Adhiere al sistema contable y debe cumplimentar los informes periódicos en materia económica y financiera, que impone el franquiciante.

11) Asume la obligación de cumplir con las leyes nacionales, estatales o locales que reglamentan la actividad.

12) Asume total y exclusiva responsabilidad por el personal a su cargo.

13) Se obliga a respetar horarios mínimos de atención de su unidad, mantenimiento de la misma, aseguramiento de la unidad y/o equipamiento de ella, etcétera.

14) Generalmente tiene derecho a ceder a terceros su unidad, con consentimiento y aprobación del franquiciante, y/o a subceder o conceder subfranquicia.

15) Al término de la relación, debe abstenerse de seguir utilizando el nombre, marca y sistemas comerciales del franquiciante.

3. EL "FRANCHISING" Y LA LICENCIA DE MARCA

En el contrato de *franchising*, el otorgante autoriza al tomador el uso de una marca sobre un producto o un servicio que es conocido en el mercado. Si la marca no es conocida, es de interés de las partes desarrollarla, de modo que el consumidor identifique rápidamente el producto o servicio que el tomador de la franquicia va a tomar.

Cabe efectuar aquí una pequeña digresión, a fin de enfatizar la importancia de la marca como bien de contenido patrimonial de la empresa. En la actualidad, las más grandes compañías internacionales invierten millones de dólares en la protección de sus marcas, emblemas, logotipos, etcétera. Al frente de ellas, se encuentra la ya centenaria Coca-Cola. Un ejemplo impactante es sin duda el caso de Sony. Esta empresa japonesa de apenas cuarenta y cinco años de existencia, en sus primeros años se dio el lujo de re-

chazar un contrato ofrecido por la General Electric de USA para la producción de cincuenta millones de transistores por año, por un monto multimillonario en dólares, diez veces superior a las expectativas de ganancias de la empresa para la década siguiente, simplemente porque ese contrato no le permitía proteger y difundir su marca adecuadamente. Hoy en día, y desde 1988, Sony es la segunda marca más conocida del mundo, después de Coca-Cola. La empresa nipona a la que residualmente le fue adjudicado aquel contrato, es desconocida, aun en el mercado interno de Japón.

En la praxis norteamericana se mantienen tesis totalmente distintas en punto a la conexión del *franchising* con la licencia de marca. En efecto, una primera tesis sostiene que la licencia de marca es un componente esencial de la franquicia comercial: el juez Dawson, in re "Susser v. Carvel Corporation" (1962), sostuvo que la marca es la piedra angular de sistema de *franchising*; se ha dicho también que el florecimiento del *franchising* ha difundido ampliamente la licencia de marca (Tribunal del Noveno Circuito, in re "Siegel v. Chicken Delight, Inc.", 1971).

Frente a esta primera tesis que identifica el *franchising* con la licencia de marca, se alza una segunda, que preconiza la disociación entre ambos contratos. En el leading case "Príncipe v. Mc Donald's Corporation" (1980), el Tribunal del Cuarto Distrito sostuvo que era demasiado restrictiva la tesis mantenida por el Noveno Circuito al afirmar que la marca es la esencia del *franchising*, ya que lejos de limitarse a licenciar a los franquiciados para que vendan productos bajo un signo distintivo, el franquiciante les ofrece un método completo de explotar una empresa. El tribunal llegó a la conclusión de que, precisamente, porque el moderno franquiciado paga una suma no sólo por el derecho de usar una marca, sino también por el derecho de formar parte de un sistema, "no sería realista calificar el contrato de *franchising* como poco más que una licencia de marca".

Una y otra tesis se apoyan en una concepción unitaria o monolítica del *franchising*. Importa subrayar, sin embargo, que esta concepción ha sido repudiada tanto por la Federal Trade Commission (en las Pautas Interpretativas relativas al *Franchising and Business Opportunity Ventures - Trade Regulation Rules*), como por la propia jurisprudencia norteamericana (Tribunal de Apelación del Noveno Circuito in re "Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.", 1982). En efecto, al formular su propio concepto del *franchising*, la

Federal Trade Commission contraponen las dos modalidades de esta figura: el *package franchise*, en la cual el franquiciado adopta el estilo empresarial establecido por el franquiciante e identificado por su marca, y fabrica productos o distribuye servicios bajo esta marca con sujeción al control o asistencia del franquiciante; y el *product franchise*, en que el franquiciado se limita a distribuir productos fabricados por el franquiciante y portadores de su marca, también con sujeción al control o bajo la asistencia del franquiciante.

Por su parte, al resolver el caso "Krehl", el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito preconiza una distinción paralela más esclarecedora terminológicamente, al distinguir una franquicia de un estilo empresarial, en que el franquiciado tiene que fabricar el correspondiente producto, al paso que el franquiciante le proporciona la marca y, en algunos casos, los materiales utilizados en la fabricación del producto; y una franquicia de distribución, en que los productos son fabricados por el franquiciante bajo su marca: el establecimiento del franquiciado es simplemente un canal a través del cual afluyen a los consumidores los productos portadores de la marca del franquiciante.

La contraposición entre el *franchising* de estilo empresarial y el *franchising* de distribución pone de manifiesto, ante todo, que no es admisible la tesis de que la licencia de marca es la piedra angular o el componente esencial del *franchising*. Porque, bien miradas las cosas, la licencia de marca está ausente en el *franchising* de distribución: en esta modalidad el franquiciante no concede al franquiciado autorización para aplicar la marca al producto correspondiente, sino que suministra al franquiciado productos ya dotados de la marca del franquiciante. Aunque la franquicia de distribución está emparentada, en principio, con los contratos de distribución de mercancías, tanto los círculos norteamericanos como los europeos (en el Código Deontológico Europeo del Franchising se afirma que es algo más que un contrato de compraventa o de concesión), insisten en que esta modalidad del *franchising* contiene un *novum* frente a los sistemas de distribución selectiva de artículos de marca; *novum* que consiste en un control o una asistencia importante por parte del franquiciante. La contraposición expuesta pone al descubierto, además, que la licencia de marca es siempre parte integrante de la franquicia de estilo empresarial porque en esta modalidad el franquiciado aplica -por virtud de la autorización conferida por el fran-

quiciante- la marca a los productos o servicios correspondientes.

Ahora bien, hay que destacar, asimismo, que se hace hincapié en que si bien existe una íntima conexión entre la licencia de marca y la franquicia de estilo empresarial, una y otra figura se diferencian en que, así como en la licencia de marca el licenciante ejerce un control "pasivo", el franquiciante ejercita, en cambio, un control "activo" sobre la explotación empresarial del franquiciado. A modo de conclusión, cabe, pues, afirmar que el *franchising* y la licencia de marca son figuras parcialmente coincidentes: se entrecruzan en la modalidad denominada "franchise de estilo empresarial", pero incluso en esta hipótesis no llegan a confundirse una y otra figura.

4. EL "FRANCHISING" Y LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La ley 22.262 de defensa de la competencia reprime "los actos o conductas relacionadas con la producción o intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general" (art. 1°).

A su vez, el art. 41, inc. e de dicha ley sanciona la conducta de distribuir entre competidores "zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento". Este requisito "entre competidores" aparece también implícito como elemento tipificante de las conductas sancionadas en otros incisos.

En su trabajo titulado *Franchising*, Cecilia Cook, María C. Iturralde, Mónica Witthaus y los demás miembros del llamado "Club del Derecho", se preguntan si puede considerarse a los franquiciados, empresarios independientes pero dedicados a idéntica actividad, como competidores entre sí.

Señalan los autores: "Para el franquiciante, cada franquiciado es en igual medida un agente del éxito del sistema. No está tan interesado en los resultados individuales de cada uno sino más bien en los resultados totales obtenidos por la cadena de distribución. Por lo tanto, desde el punto de vista del franquiciante, los diferentes franquiciados no son competidores entre sí".

Para cada franquiciado, otro franquiciado es un competidor más dentro del mercado. Para el consumidor, todos los franquiciados forman parte de una cadena común, que comercializa un producto idéntico. El cliente en general desconoce si se trata de un *franchising* u otro sistema de distribución comercial, si hay o no vinculación, si actúan por cuenta y nombre propio, etcétera. Busca determinada calidad y tipo de producto o servicio que aparece identificado y garantizado por una marca y un sistema de comercialización.

Tampoco puede hablarse de "acciones concertadas" o celebración de acuerdos, ya que ciertas decisiones esenciales del sistema de precios u otros aspectos de la comercialización corresponden exclusivamente al franquiciante y deben ser acatadas por el franquiciado. Esto da lugar a una uniformidad necesaria para la existencia del sistema. Ella es buscada por el consumidor, ya que le permite obtener el mismo producto o servicio en cada lugar de explotación de la franquicia; por el franquiciante, porque le permite mantener el prestigio de su sistema y producto o servicio; y por el franquiciado, porque significa la asociación a un éxito en marcha.

Cabe concluir, por lo tanto, que el *franchising* puede desarrollarse en plenitud en un sistema de libre competencia de mercados.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL "FRANCHISING"

Nos interesa considerar brevemente la eventual responsabilidad del franquiciante respecto de los daños producidos a un tercero por el producto-servicio adquirido del franquiciado, a la luz de las disposiciones de nuestro Código Civil.

Una visión errada del asunto podría hacernos creer que el supuesto encuadra en responsabilidad por el hecho de los dependientes (art. 1113, Cód. Civil), en tanto así se caracteriza al franquiciado. En ese caso estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva (aunque algún sector de la doctrina lo considere culpa *in eligendo*, lo que es poco probable por ser *iuris et de iure* la presunción), signada —al decir de Bustamante Alsina— por el factor garantía por los hechos ajenos.

El planteo mencionado puede resultar interesante para el damnificado, aunque en el sistema de franquicia comercial es claro que no haya dependencia jurídicamente hablando (aunque podría argüirse que se entendía contratar con la empresa principal y no con la franquiciada).

Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad del franquiciante, hay una marcada tendencia en la jurisprudencia norteamericana a que responda por las acciones u omisiones del franquiciado. Esta responsabilidad indirecta admitida en los Estados Unidos creó en el franquiciante la necesidad de ser sumamente cauteloso en la elección de los franquiciados, y de adoptar una serie de medidas tendientes a disminuir ese riesgo, a saber:

- a) Controlar directamente la conducta del franquiciado.
- b) Colocar letreros aclarativos de que se está contratando con el franquiciado y no con el franquiciante (esto es poco probable que sea aceptado en nuestro medio).
- c) En el mismo sentido, consignar en las facturas que quien contrata es el franquiciado.
- d) Contratar seguros y/o requerir al franquiciado que contrate seguros que cubran a ambos del riesgo por los daños producidos a terceros.

Pero, quedando en claro que el supuesto no encuadra en la responsabilidad por el hecho de los dependientes, hemos de incursionar en la llamada responsabilidad por productos elaborados.

Nuestro Código Civil es pobre en su normativa al respecto, en gran medida debido a que estos temas son resultado de la irrupción en el mercado de la producción masiva de bienes, lo que ha desbordado las previsiones del derecho civil.

El art. 2176 del Cód. Civil establece que mediando contrato de compraventa, si el vendedor es de buena fe, el comprador puede exigir la devolución o la diferencia del precio pagado (*actio quanti minoris*), y si es de mala fe, los daños y perjuicios.

Respecto del vendedor, que en el *franchising* coincidiría con el franquiciado, la responsabilidad es contractual y objetiva por deber de seguridad respecto del objeto, en tanto hay una obligación de resultado (que la cosa sea apta para el uso que le es propio). Algún fallo ha sostenido que la responsabilidad se funda en el daño por la cosa (art. 1113, Cód. Civil), lo que es errado, puesto que, al tiempo de pro-

ducirse el daño, el vendedor no es ni dueño ni guardián del objeto dañado.

Respecto del fabricante, figura en la que en ciertos supuestos caracterizaría al franquiciante, debe destacarse la ausencia de vínculo contractual con el damnificado.

El estudio de este fenómeno se inicia en los países de tradición jurídica angloamericana: originalmente en Inglaterra no se consideraba responsable al fabricante, a menos que hubiese conocido el defecto, y la cosa resultare peligrosa en sí misma (y no sólo por su uso). Al evolucionar, la responsabilidad se hace objetiva (por garantía) actuando como un crédito ambulatorio accesorio a la cosa (*ius in rem*). Posteriormente, dificultades con el concepto de garantía hacen que la jurisprudencia reconozca la base de esa responsabilidad objetiva en el haber estado en posición de controlar el peligro (*in re* "Coca Cola Bottling Works v. Lyons", Misissipi, 1927). Finalmente, se simplifica el fundamento de esa responsabilidad, reconociéndole carácter cuasidelictual (*in re* "Hemmingaen v. Bloomfield Motors Inc.", New Jersey, 1960).

En nuestro derecho nos vemos imposibilitados de aplicar el art. 1113 del Cód. Civil, pues falta, conforme a lo expresado *ut supra*, el prerequisite de ser dueño o guardián. Restaría el art. 1109 sobre responsabilidad por culpa, a ser demostrada por la víctima. Ese camino puede verse allanado por determinadas presunciones hominias, difícilmente desvirtuables por el fabricante, a quien le restaría la posibilidad de demostrar la interrupción del nexo causal.

Parte de la doctrina ha pretendido aplicar el art. 1113 del Cód. Civil, al ser dueño al tiempo de introducido el riesgo. Bustamante Alsina, por otra parte, propone la creación en esta materia de un sistema autónomo de responsabilidad.

Debe destacarse que la asimilación del fabricante al franquiciante depende de que el daño surja de elementos provistos por éste al franquiciado, tanto en el caso de aporte de insumos que contengan vicios, como en el que se haya originado exclusivamente por seguir estrictamente las instrucciones del franquiciante. En ambos casos, y en especial en el segundo —pues es más común en la franquicia comercial clásica—, ello no obsta a la responsabilidad contractual que tiene el franquiciado respecto del damnificado.

Nótese que en el segundo caso ya no se está en el campo de la responsabilidad por productos elaborados, sino que entramos en un campo aún más difícil: el de la responsabi-

dad por aplicación de cierta tecnología o know-how. Al igual que en el caso de los productos elaborados, le cabría al franquiciante demostrar la interrupción del nexo causal al surgir el daño de acciones u omisiones del franquiciado, y no de las instrucciones del franquiciante.

Cabe señalar, a fin de establecer mayores precisiones legislativas, que pueden resultar de utilidad las consideraciones de los países industrializados, aunque estando siempre prevenidos de una suerte de exceso en la atribución de responsabilidad, que ha hecho del derecho de daños una verdadera industria.

Para terminar, merece especial atención la aplicación de la teoría de la apariencia, en relación al público consumidor. A diferencia del contrato de concesión, en el cual el tercero consumidor conoce a la persona con quien contrata (el concesionario), en el *franchising* el consumidor cree celebrar un negocio jurídico con quien impone la marca sobre el producto, el emblema en la entrada y en los uniformes de los empleados, es decir, el franquiciante, y no con el franquiciado. Esta "apariencia", apta para inducir el error del consumidor, puede originar responsabilidad en el franquiciante.

Al respecto, la doctora Kemelmajer de Carlucci sostiene que la responsabilidad se impondría por el hecho de que frente a los ojos del público y en virtud a la función distintiva, el producto aparece como elaborado y puesto en el comercio por él.

En nuestro ordenamiento jurídico, podríamos valernos del art. 956 del Cód. Civil, referido a la simulación relativa (ya que existe una apariencia oculta a una de las partes). En el Código de Comercio se considera que la publicidad no es una oferta, sino una invitación a hacer ofertas, pero de todos modos, el consumidor celebra un contrato con una persona que desconoce y que, probablemente, no merezca su confianza como consumidor.

Por otra parte, el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, prevé la imputación de responsabilidad objetiva a quien haya puesto su marca en el producto. La sanción de una norma semejante evitaría tener que recurrir a creaciones jurisprudenciales.

El tema tiene estrecha vinculación con la legislación de protección del consumidor, muy desarrollada en los EE.UU. y en Europa (en particular, en lo referente a la publicidad engañosa o *desleal*). En nuestro medio, las leyes de abaste-

cimiento y lealtad comercial resultan a todas luces insuficientes.

De todas formas, tiene decidido la Cámara Civil, la aplicación del derecho "no puede desentenderse de los criterios correctivos que permiten resolver el conflicto de acuerdo a las nuevas condiciones que impone el cambio social y el ejercicio normal de los derechos como los medios idóneos para satisfacer la insoslayable necesidad de justicia en las relaciones humanas, así también los requerimientos de orden social". El juzgador tiene el derecho y el deber de procurar, en prudente arbitrio y equidad, que los convenios se cumplan como entendieron las partes, con buena fe, y que no sólo obligan a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a las consecuencias que de ellos se derivan.

6. EL "FRANCHISING" Y LA QUIEBRA

Debido a la escasa bibliografía sobre el tema, cabe aquí hacer una muy breve referencia a nuestro ordenamiento concursal.

El art. 151 de la ley 19.550, que dispone la resolución en caso de quiebra de los contratos con prestación pendiente del fallido de carácter intuitu personae, de ejecución continuada, y/o normativos, en su parte final dice: "Los contratos de... agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición".

Aunque no se menciona al *franchising*, una interpretación integradora de la norma autoriza a considerarlo incluido en el art. 151. Además, no cabe duda de que la enumeración que hace la ley no tiene carácter taxativo, sino más bien enunciativo, meramente ejemplificativo, sin otra finalidad que la de disipar dudas de interpretación. Parece claro que el legislador de 1972 quiso abarcar a todas las formas modernas de distribución comercial y que la omisión de la franquicia comercial se debe más a su poca difusión en aquel entonces, que a una verdadera intención de excluirla.

Han dicho Fassi y Gebhardt con relación a la concesión comercial, cuyo interés aquí radica en su similitud al *franchising*, que "queda resuelta por la quiebra del concesionario y del concedente. Pero si se trata de este último, el primero podrá usar la marca o vender el producto, respecto de las existencias que hubiere abonado. Por otra parte, si continúa la empresa, nada se opone a que se mantenga

el contrato de concesión". Respecto del contrato de distribución, también se resuelve por la quiebra del concesionario o concedente, con similitud de efectos con la concesión.

En relación al *franchising*, podemos formular la conclusión apriorística, por la inexistencia de antecedentes jurisprudenciales, que la quiebra del franquiciante no podrá impedir al franquiciado continuar con la explotación de la franquicia, siempre y cuando respete los límites de sus atribuciones contractuales, especialmente en lo que hace al uso de marcas, emblemas, *know-how*, etcétera.

Otro interrogante que nos plantea nuestro ordenamiento falencial, es la posibilidad de extender la quiebra del franquiciado al franquiciante.

La cuestión adquiere interés si admitimos, aunque sea en un caso hipotético, la posibilidad de que exista una particular situación de "control" del franquiciante sobre el franquiciado en los términos del art. 33 de la ley 19.550 de sociedades comerciales. Dicha norma, reformada en el año 1983, en su parte pertinente establece que "se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad... 2) ejerza una influencia dominante... por los especiales vínculos existentes entre las sociedades".

Esta fórmula, más amplia que la contenida en el art. 2359 del Cód. Civil italiano (que hace referencia sólo a vínculos contractuales particulares), sigue el régimen legal alemán, según enseña Villegas, y abarca no sólo los vínculos derivados de contratos, sino también de relaciones de hecho, "permitiendo comprender a todos los métodos de control".

En el *franchising*, tanto por vínculos contractuales como por relaciones de hecho, el franquiciante ejerce un verdadero "control" sobre la actividad del franquiciado: impone su marca, su método de comercialización y/o de fabricación, su equipamiento, su diseño y construcción, su campaña publicitaria, sus precios, sus controles contables, limita la elección del lugar para la unidad de franquicia, determina condiciones de renovación y/o extinción del contrato. Todas estas "imposiciones" hacen a la esencia del *franchising* y tienden a asegurar el éxito del negocio. Pero podría suceder que, por particulares características del mercado, por insuficiencia en el desarrollo del sistema y por la excesiva onerosidad de una supuesta cláusula de escape o rescisión contractual, la franquicia arrastre al franquiciado hacia el estado de cesación de pagos.

Inmediatamente nos vienen a la mente algunas críticas a nuestra hipótesis. Si bien resulta patente la desigualdad de poder contratación que existe entre el franquiciante y el franquiciado, sobre todo si se trata de un *franchising* transnacional (como por ejemplo, *Mc Donald's*), no puede negarse que el franquiciado tuvo "poder de contratar", es decir, decidió libremente contratar la franquicia. ¿Podría afirmarse entonces que el franquiciado es "controlado" por el franquiciante, cuando contrató libremente con él? Por prudencia, preferimos contestar que no.

El art. 165 de la ley 19.551 prevé, a partir de la reforma de la ley 22.917, tres supuestos de extensión de la quiebra: 1) la actuación dolosa por medio de la fallida y en interés personal; 2) el control abusivo de la fallida, y 3) la confusión patrimonial inescindible.

Dicha enumeración no es taxativa. Así lo han sugerido la doctrina y jurisprudencia, inclusive con anterioridad a la reforma de 1983. Pero, afirma Quintana Ferreyra, "es preferible sostener doctrinariamente la legalidad o tipicidad de las figuras determinantes de quiebra... y admitir sólo remotamente la creación pretoriana mediante la analogía como un escape absolutamente atípico frente a supuestos fácticos inimaginables para el legislador".

Por otra parte, el solo hecho del control no configura actividad reprobada por la ley. Por el contrario, señala Montesi, "es medio útil para posibilitar las distintas formas de colaboración empresarial". Lo que la ley reprueba es su uso abusivo.

Parece sumamente improbable que un juez pueda admitir la extensión de la quiebra del franquiciado al franquiciante, aun cuando tuviese plena convicción de que la excesiva onerosidad del contrato de franquicia fuese la causa-origen del estado de cesación de pagos del franquiciado, puesto que: 1) la tipicidad del art. 165 es en la práctica rigurosa, y no contempla el caso de nuestra hipótesis, y 2) difícilmente el "control" ejercido por el franquiciante exceda los límites de la licitud.

En tal situación, la solución más práctica y viable para el franquiciado sería la iniciación de una acción judicial de resolución del contrato por excesiva onerosidad (art. 1186, Cód. Civil). Si se encuentra concursado, el franquiciado podrá entablar la acción personalmente. Si ya ha operado el despoberamiento de sus bienes por la declaración de la quiebra, habrá perdido legitimación procesal en virtud

de lo establecido en el art. 114 de la ley 19.551, y corresponderá al síndico actuar (art. 175).

7. EL "FRANCHISING" EN EL DERECHO COMPARADO

Ya hemos hecho algunas referencias al tratamiento de ciertos aspectos de la franquicia comercial en el derecho comparado. Ahora haremos una síntesis global de su recepción en los sistemas jurídicos extranjeros. El tratamiento dispar y desprolijo del tema en los ordenamientos de los distintos países, aporta en su conjunto elementos de interés, aclara ciertas dudas y confusiones y permite obtener una idea acabada de este verdadero contrato económico-empresarial.

a) Canadá

Este país no ha legislado sobre la franquicia comercial. Sin embargo, sí lo ha hecho el Estado de Alberta, en la denominada Alberta Franchise Act de 1971, definiéndolo del siguiente modo:

"Franquicia es un contrato expreso o tácito, oral o escrito, entre dos o más personas en virtud del cual el franquiciado se obliga a pagar directa o indirectamente una regalía en razón de cualquiera de los siguientes conceptos:

i) el derecho de ingresar en el negocio de ofertar, vender o distribuir los bienes fabricados, procesados o distribuidos o los servicios organizados por el otorgante, o

ii) el derecho de ingresar en el negocio de ofertar, vender o distribuir bienes o servicios según el plan o sistema de marketing controlado por el otorgante, o

iii) el derecho de ingresar en un negocio en el cual se asocia con la marca, el nombre comercial, el logotipo, la publicidad o cualquier otro símbolo que identifique al otorgante de la franquicia o a sus asociados, o

iv) el derecho de ingresar en un negocio en el cual el franquiciado depende del otorgante para el suministro continuo de bienes o servicios, o

v) el derecho de subcontratar con otros franquiciados o subotorgantes; pero excluyendo contratos entre fabricantes o en los cuales el otorgante es la franquicia es la Corona, una agencia de la Corona o una corporación municipal".

La regalía por la franquicia es todo monto pagado o convenido en pagar en el contrato de franquicia y ese monto puede comprender:

- a) Todo pago al que se obliga el franquiciado o el subotorgante.
- b) Todo pago o cambio de bienes o servicios.
- c) Todo servicio al que se obliga el franquiciado o subotorgante.
- d) Todo otro pago o garantía exigible al franquiciado o al subotorgante a discreción del otorgante por el derecho de ingresar bajo el contrato de franquicia.

Otras provincias, como las de Ontario, Manitoba y Nova Scotia, tienen previsiones en sus legislaciones sobre contrato de licencia de expendio de licores, que afectan la forma en que los restaurantes franquiciantes redactan sus acuerdos, limitando el monto de las regalías derivadas de la venta de bebidas alcohólicas. Así, por ejemplo, bajo la *Liquor License Act* de Ontario, una copia del contrato de franquicia deberá ser remitido al *Liquor License Board* (órgano de aplicación) y en ningún caso, la regalía que deba pagar el franquiciado al franquiciante excederá el 10% de la venta bruta de licores.

b) Estados Unidos

Los doctrinarios norteamericanos son reticentes en dar una definición jurídica del *franchising*.

El legislador, por su parte, ha ensayado a nivel federal y local (25 Estados han legislado sobre el tema) múltiples definiciones, a veces meramente descriptivas, de la franquicia comercial. La legislatura de California, por ejemplo, la ha definido como "un contrato o acuerdo expreso entre dos o más personas en virtud del cual una persona es autorizada o le es concedido: a) el derecho de vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de comercialización o sistema prescrito en lo sustancial por el otorgante; b) la operación del negocio del franquiciado está básicamente asociada con una marca de comercio o un nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad, u otro símbolo comercial, designando al otorgante o a su afiliada, y c) el franquiciado debe pagar un derecho de franquicia directa o indirectamente".

Las leyes federales sobre las franquicias comerciales destacan, como elementos característicos, la concesión de

un privilegio al franquiciado (el derecho de comprar bienes o servicios al titular de la franquicia) y la atribución de un monopolio de reventa dentro de un sistema de integración vertical de empresas. Esta última atribución no es exclusiva, ya que debe ser compartida con otros concesionarios. El franquiciado se compromete a pagar el precio, comprar dentro de las condiciones de comercialización (fijadas por el franquiciante) y a prestar servicio pre y post-venta a los productos del otorgante.

Las franquicias pueden ser de plazo determinado o indeterminado, pero la ley norteamericana exige que se especifique concretamente en qué condiciones ha de ser renovada a su terminación, en qué condiciones se puede dar por terminada anticipadamente, tanto por parte del otorgante como del tomador. En las franquicias de los distribuidores de naftas, se requiere que exista una justa causa (*good cause* o *just cause* o *adequate cause*) para dar por terminada la relación comercial.

Algunas de las leyes estatales prevén como causal de cancelación anticipada con derecho a indemnización, a la falta de acuerdo respecto de cambios en la franquicia al momento de su renovación. El otorgante podrá librarse de indemnizar al tomador, si los cambios propuestos obedecen a un criterio de buena fe, aplicado en forma general, no discriminatoria. Al respecto, el Tribunal del Distrito de Connecticut decidió en "Munro v. Amoco Oil Co." (1980) que la buena fe es un tema subjetivo y no objetivo.

Cabe señalar que la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) en una regulación titulada *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures* (Revelaciones requeridas y prohibiciones concernientes al *franchising* y a los emprendimientos económicos) requiere que el franquiciante provea a los potenciales franquiciados de documentación conteniendo información detallada de la franquicia propuesta y sus contratos conexos (quién es el franquiciante, sus directores y ejecutivos; historial y descripción de los juicios en que ha sido parte, con especial referencia a los procesos falenciales; descripción de la franquicia a adquirirse, del pago inicial y recurrente, del financiamiento, del personal requerido; explicación de las cláusulas de terminación, cancelación y renovación de la franquicia, y estadísticas acerca del número de franquicias afectadas por dichas cláusulas; descripción del entrenamiento y de la se-

lección del lugar; y estados financieros del franquiciante, incluyendo informe de auditores).

Otras normas federales que tratan el tema son: la *Automobile Dealers' Day in Court Act*, que impone la obligación de actuar de buena fe en la terminación, cancelación y/o no renovación de la franquicia de venta de automotores, y la *Petroleum Marketing Practices Act*, que regula la terminación y no renovación de las franquicias de venta de combustible automotor, bajo la marca de la refinería.

En el orden local, trece Estados tienen leyes que requieren al franquiciante que registre u obtenga autorización previo al ofrecimiento o venta de la franquicia: California (*Franchise Investment Law*), Hawaii (*Franchise Investment Law*), Illinois (*Franchise Disclosure Act of 1987*), Indiana (*Indiana Code, Section 23-2-2.5-2*), Maryland (*Franchise Registration & Disclosure Law*), Minnesota (*Unfair Practices Act*), New York (*Franchise Act*), North Dakota (*Franchise Investment Law*), Rhode Island (*Franchise & Distributorship Investment Regulation Act*), South Dakota (*Franchise Law*), Virginia (*Retail Franchising Act*), Washington (*Franchise Investment Protection Act*) y Wisconsin (*Franchise Investment Law*).

c) Alemania

No existen aún leyes específicamente referidas a la franquicia comercial, ya sea a nivel federal o estadual. La jurisprudencia y doctrina alemanas han podido solucionar todos los problemas que afectan al *franchising* sobre la base de leyes existentes y de reglas de los tribunales, creadas para los nuevos campos comerciales o sociales donde no existen leyes particulares (como p.e.), la *AGB-Gesetz* de 1977 que regula los términos generales del comercio.

El *franchising* es principalmente considerado como una nueva forma de distribución, a la que le son aplicables las reglas concernientes a los distribuidores. Subsidiariamente, los tribunales han aplicado por analogía las normas de los agentes de comercio contenidas en el Código Comercial alemán. Así, han podido delimitar algunos elementos importantes de esta figura legal, a saber:

1) *Duración del contrato.* No está regulada (dependiendo de la importancia de las inversiones, un término apropiado sería de tres a cinco años).

2) *Clausula de no competencia.* Durante la duración del contrato es un elemento inherente a la lealtad del franquiciado al sistema y a sus obligaciones, y por lo tanto es lícita. La cláusula de no competencia luego de la terminación del contrato sólo es admisible si no restringe excesivamente el desarrollo de las actividades del franquiciado y si no excede los legítimos intereses del franquiciante. La jurisprudencia la ha admitido por períodos no superiores a los dos años y para un territorio delimitado, debiendo prever una compensación adecuada a cambio de la no competencia.

3) *Terminación, aviso, requisitos.* Para una terminación ordinaria no se requiere justa causa, bastando con un aviso adecuado. Es válido mencionar en el contrato ciertas circunstancias que sin ser "razones importantes" pueden dañar el buen funcionamiento del sistema y prever que permitan la terminación con preavisos más cortos. En una causa por un contrato de franquicia de Mc Donald's, el Tribunal Federal expresó que "para justificar la terminación unilateral sin aviso, debe haber—independientemente de lo acordado y con respecto a las circunstancias especiales y el interés de ambas partes— una falta a las obligaciones de tal grado que ponga en desequilibrio los objetivos empresarios del sistema".

4) *La indemnización a causa de la terminación.* No se admite una exclusión contractual del derecho del franquiciado a ser indemnizado, por la pérdida de la nueva clientela, en caso de extinción del contrato, por aplicación analógica de lo establecido en el Código Comercial alemán para los agentes. De acuerdo con dicha norma el monto máximo de la indemnización a pagarse es el promedio anual de la comisión que el agente cobró durante los últimos cinco años, lo cual puede generar problemas de interpretación pues el franquiciante no recibe comisión.

El contrato de *franchising*, que se realiza sobre formas estándares establecidas por el franquiciante, está sujeta al especial control de la ley de regulación sobre los términos generales del comercio (AGB-Gesetz) de 1977, que se aplica a "todas las cláusulas contractuales que son tipo en un gran número de contratos, y que una parte presenta a la otra para el perfeccionamiento del contrato" (Cámara Federal in re "Mc Donald's"). Además, la franquicia está sujeta al control del art. 26, párr. 2º, de la ley antitrust que prohíbe a las empresas dominantes o grupos de empresas la obstrucción desleal, directa o indirecta, de otras empresas así como el

trato diferente e injustificado (sin una razón objetiva) entre empresas similares.

d) Francia

La legislación francesa no regula la organización de franquicias.

La Cámara de Apelaciones de París (28 de abril de 1978) dio una definición de los contratos de franquicia que destaca como factores específicos contenidos en estos contratos, el know-how, la asistencia y la exclusividad.

El know-how debe ser práctico, probado, original, específico, en constante desarrollo y fácilmente transmisible.

1) Práctico. En lo que hace a varios aspectos, desde los secretos de fabricación hasta la administración y estrategias de venta.

2) Probado. Significa que sus procedimientos han sido usados y que serán útiles para el franquiciado. El franquiciante a menudo tiene inspectores, que llevan a cabo pruebas experimentales sobre los procedimientos incluidos en el know-how.

3) Original. Significa que está totalmente fuera del conocimiento del franquiciado. Aunque la Corte de Apelaciones de Bressuire requirió originalidad absoluta, la de Colmar, con mejor criterio, en una decisión del 9/5/82, sostiene ahora que el know-how debe ser original sólo en lo que concierne a la persona a la que se transmite. La originalidad del know-how torna confidencial a la información y hace necesaria una cláusula de no competencia, aplicable tanto durante la duración del contrato como luego de su terminación.

4) Específico. Con referencia al mercado en cuestión, dependiendo de la actividad del franquiciante. Aunque puedan no ser originales en sí mismos, los procedimientos, métodos y reglas que prepara el franquiciante deben ser evaluados como parte de un todo que así forma el know-how.

5) En constante desarrollo. Pues según lo decidido por las Cortes de Apelaciones de París, Colmar y Bressuire, el know-how debe ser "regularmente actualizado", y "constantemente perfeccionado y actualizado". El franquiciante debe adaptar sus productos y servicios al mercado del lugar de la franquicia, producir nuevos ítem cada año, adaptar

su estrategia administrativa, entrenar a su franquiciado, etcétera.

6) Fácilmente transmisible. Ya sea oralmente o por escrito, proveyendo manuales y si es necesario mediante sesiones de entrenamiento. La transmisión del know-how es esencial para el franquiciado, puesto que le ofrece la posibilidad de penetrar en el mercado sin experiencia previa y sin conocimientos especiales.

En cuanto a la asistencia, el franquiciante debe, por su propio interés, dar asistencia técnica al franquiciado, asesorándolo y ofreciéndole su ayuda.

Por último, la exclusividad territorial es recíproca, relativa a la provisión de productos o a la oferta de servicios, y asegura a ambas partes una garantía de no competencia.

Ante el silencio del legislador, la Federación Francesa de Franchising dictó un Código de Ética en el franchising denominado *Code de Déontologie*, cuyo objeto es definir la franquicia comercial y establecer algunas reglas aplicables tanto al franquiciante como al franquiciado, para mantener estándares éticos y proteger al franquiciado contra riesgos indebidos. Por su parte, la Asociación Francesa de Estandarización (AFNOR) preparó en febrero de 1986 un proyecto de ley de franchising, definido en los términos del Código de Ética mencionado.

e) Inglaterra

No existen aún leyes en el Reino Unido referidas específicamente al tema de la franquicia comercial, ni tampoco fallos jurisprudenciales.

La ley sobre competencia desleal del 12 de agosto de 1980 puede afectar al franchising (en particular en cuanto regula los llamados esquemas de venta piramidales que podrían admitir las subfranquicias), aunque según lo expresa Mendelsohn, no ha habido aplicaciones concretas de dicha ley al contrato de franquicia.

f) España

No ha sido regulado aún por la legislación española y sólo ha habido un caso judicial del 15 de mayo de 1985, que definió al franchising en forma incompleta. Sin embargo, este tipo de contrato es admisible en el derecho español por aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las

partes consagrado en el art. 1255 del Cód. Civil español. Debe aplicarse análogicamente la legislación general para contratos mercantiles y particularmente la jurisprudencia en materia de distribución y licencia.

En lo que se refiere a la sanción de las prácticas que restrinjan o distorsionen la competencia en el mercado, la ley del 20 de julio de 1963 ha sido raramente aplicada. Con relación a contratos de distribución, las decisiones del tribunal para la defensa de la competencia han sido vacilantes, permisivas en algunos casos, y contradictorias en otros. Sin embargo, la inserción de España en el Mercado Común Europeo parece requerir un cambio gradual de actitud en la aplicación de dicha ley.

En materia de transferencia de tecnología, el decr. real 1750/57 encomienda a la Dirección General de Contrataciones Internacionales (dependiente del Ministerio de Economía y del Tesoro) la desaprobación de la franquicia internacional cuando el valor de la regalía pactada sea obviamente superior al valor actual de la tecnología transferida o de la asistencia técnica prestada.

g) Italia

No existe tampoco en Italia previsión legislativa.

La jurisprudencia, tampoco abundante, ha considerado el problema de la terminación del contrato desde ángulos opuestos: algún fallo parece proteger fundamentalmente al otorgante, impidiendo al franquiciado el uso de la marca y del know-how. Otra decisión parece estar demasiado a favor del franquiciado, dándole derecho a vender el stock e inventario aun luego de la expiración del término del contrato.

En lo que se refiere a la competencia desleal, debido a la ausencia de una ley nacional sobre el tema, el impacto de ciertas cláusulas incluidas en contratos de franquicia sobre la competencia, debe ser necesariamente considerado a la luz de las normas pertinentes del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

h) Bélgica

No existen normas específicas, aunque varios proyectos han sido remitidos al Parlamento.

Una decisión jurisprudencial del 5 de febrero de 1967 estableció que el derecho de ocupar un local en el marco de

un contrato de franquicia no está protegido por las leyes de alquileres y concluirá al mismo tiempo que el contrato de franquicia. En efecto, el franquiciante, al dar el derecho de explotación de una determinada modalidad comercial y autorizado el uso de un local comercial para el cual tiene título (como propietario o como locatario), de hecho otorga una licencia comercial al franquiciado que no puede compararse con una locación.

En otro aspecto, la Corte Suprema de Bélgica expresó que si se prueba que el franquiciado realmente asume el riesgo comercial (los beneficios y las pérdidas), entonces es un hombre de negocios independiente; de lo contrario, es un empleado y por lo tanto subordinado a la legislación laboral. Dado que el juez no está obligado por la definición que las partes dieron a su posición en el contrato, ocurre a veces que contratos que son llamados de franquicia pero que contienen obligaciones muy onerosas para el franquiciado, son considerados como contratos de trabajo, lo que significa que si el franquiciante desea terminar el contrato, deberá respetar las provisiones legales en materia de terminación de la relación laboral y preaviso.

Aunque muchos doctrinarios se hayan pronunciado en contra, puede aplicarse al *franchising* por analogía la ley belga sobre la distribución exclusiva de ventas, cuyo propósito es proteger al distribuidor de la terminación del contrato, garantizándole básicamente: a) adecuado preaviso de la terminación; b) una indemnización por clientela si era responsable de atraer esta clientela al producto distribuido, y c) reembolso de las inversiones hechas por él para promocionar el producto.

i) Suecia

Aunque un fenómeno reciente en Suecia, una comisión del Parlamento sueco propuso una ley específica de *franchising* (apoyada enérgicamente por los sindicatos suecos) con las siguientes normas:

a) Un tiempo mínimo de un año para notificar la terminación del contrato, salvo que medie justa causa.

b) La obligación de indicar claramente a los consumidores que existe una franquicia.

c) La obligación de informar a los registros de sociedades y de comercio que existe una franquicia.

d) La obligación del franquiciante de informar y obtener consentimiento de su personal en caso de cambios sustanciales en la actividad.

Cabe recordar que, no siendo Suecia miembro de la Comunidad Económica Europea, no le son aplicables sus regulaciones al respecto.

j) Regulaciones sobre el "franchising" en otros países

1) Australia. La *Petroleum Retail Marketing Franchise Act 1980 (Commonwealth)* regula la franquicia de venta minorista de combustibles, limitando las cláusulas demasiado onerosas o abusivas, y obligando al franquiciante a suministrar a su franquiciado determinada información mínima. La *State Agents Act 1980 (Victoria)* exige para las franquicias de agencias inmobiliarias la aprobación previa de la *State Agents Board* de Victoria. La *Trade Practices Act 1974 (Commonwealth)* prohíbe las ventas piramidales, lo cual impide al franquiciante exigir una regalía elevada teniendo en cuenta la posibilidad del franquiciado de otorgar a su vez una subfranquicia.

2) Brasil. No hay normas específicas. Las normas que regulan el funcionamiento del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial afectan indirectamente al franchising, por cuanto exigen el registro y la aprobación por dicho órgano de todos los contratos que impliquen transferencia de tecnología.

3) Corea del Sur. No hay legislación específica. Son aplicables, sin embargo, las normas sobre capitales extranjeros (*Foreign Capital Inducement Law*, que incentiva las inversiones extranjeras, y publica una lista negativa de actividades prohibidas, fuera de la cual, cualquier emprendimiento está permitido), marcas, monopolio, competencia desleal y control de cambios.

4) Dinamarca. No hay normas específicas. Existen numerosas regulaciones sobre venta minorista, concesionarias de automotores (ley de monopolios), industria petrolera, farmacias, restaurantes y hoteles, que establecen requisitos específicos tales como licencias, autorizaciones, etcétera.

5) Filipinas. No hay normas específicas sobre franchising. El decreto presidencial 1520 del 11 de junio de 1978 creó la Comisión de Transferencia de Tecnología, encargada de coordinar todas las actividades gubernamentales en ma-

teria de transferencia de tecnología. El Código Ómnibus de las Inversiones (decreto presidencial 1789), prohíbe a las empresas extranjeras, autorizadas para actuar en Filipinas, rescindir un contrato de *franchising* con un residente, salvo violación del contrato u otra justa causa (art. 70).

6) Holanda. No posee normas específicas que afecten el *franchising*. Existen muy pocas restricciones para el franquiciante, pudiendo incluso otorgar la franquicia en Holanda sin necesitar una sucursal o representación.

7) Hong Kong. No hay normas específicas, por lo que el *franchising* es regido por el *common law* de los contratos. Una de las más permisivas, la legislación de Hong Kong no requiere participación accionaria local alguna, ni aprobación de las inversiones. Tampoco restringe la repatriación de capitales, ni existen normas antitrust.

8) Israel. No existe norma específica. Cabe destacar que la industria petrolera está fuertemente protegida por normas a veces demasiado burocráticas (que exigen por ejemplo, permisos para ejercer el comercio, certificados sanitarios, etc.), tanto a nivel nacional como local. La venta de determinados bienes está sujeta al compromiso de que los repuestos y el *service post-venta* será ofrecido durante un período sustancial.

9) Japón. Los contratos de *franchising* entre franquiciantes no residentes y franquiciados residentes son considerados como acuerdos de asistencia técnica, por lo que están sujetas al régimen de inversiones extranjeras y requieren aprobación del Ministerio de Finanzas (*Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law* de 1949). La ley concerniente al desarrollo de los minoristas de mediana y pequeña escala (n° 101, del 23 de septiembre de 1973), otorga préstamos preferenciales y beneficios fiscales (amortizaciones aceleradas) a pequeñas empresas de venta al público, incluyendo franquiciados, cuyo capital no supere diez millones de yenes (aproximadamente u\$s 80.000) o no empleen a más de cincuenta personas. En lo que específicamente se refiere al *franchising*, la ley establece que el franquiciante debe remitir al franquiciado la siguiente información, por escrito: monto del pago inicial; condiciones y método de venta de los bienes; asistencia gerencial a otorgarse; marcas que el franquiciado usará; término, renovación, terminación o cancelación del contrato; monto de las regalías; obligaciones del franquiciado con respecto a la estructura, diseño del

local. Por otra parte, si bien no se requiere aprobación del Estado, la Federación Japonesa de Franchising estableció en 1973 un registro voluntario de franquiciantes en el cual éstos consignaban ciertas informaciones destinadas a potenciales franquiciados que consulten dicho registro. Para ser registrado, el franquiciante debe acreditar: a) ser considerado como una persona que no va a violar el orden y la moral públicos, y b) tener no menos de un año de experiencia en el otorgamiento de franquicias.

10) México. No habiendo normas específicas, la franquicia está sujeta a las disposiciones del Código de Comercio, la ley de protección al consumidor, la ley de marcas, el Código de Salubridad, etcétera. La afecta particularmente la ley federal de tecnología, pues sujeta los contratos de licencia de propiedad industrial, incluso la transferencia de know-how en el *franchising*, a la previa aprobación del Registro de Transferencia de Tecnología. Además, limita la duración de los contratos.

11) Nueva Zelanda. No hay normas específicas, por lo que la franquicia se rige por el derecho de los contratos. Bajo la *Credit Contract Act 1981*, un tribunal judicial puede revisar y modificar cláusulas de crédito opresivas.

12) Singapur. No ha sido legislado aún el *franchising*, en forma específica. No existen tampoco normas antitrust.

13) Sudáfrica. La *Exchange Control Regulation Orders & Rules (1981)* sobre control de cambios, prohíbe a residentes sudafricanos contraer compromisos internacionales sin previa autorización. No hay normas específicas.

14) Suiza. A pesar del así llamado Acuerdo Asociativo con la Comunidad Económica Europea (Suiza no es miembro de la ECC), ello no afecta al *franchising* en ese país. No hay normas federales o cantonales sobre franquicia. Las relaciones contractuales entre el franquiciante y el franquiciado, independientemente de sus nacionalidades, se regirán por el Código Suizo de las Obligaciones.

15) Taiwán. No hay normas específicas. Se han remitido al Congreso proyectos de leyes sobre competencia desleal, y comercialización piramidal que de sancionarse afectarían al *franchising*. Por otra parte, el gobierno privilegia las inversiones extranjeras en áreas de alta tecnología, por lo que el *franchising* reviste poco interés para la política gubernamental en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- American Bar Association, *Section of Antitrust Law: Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, 3ª edición, 1989.
- Axter, Oliver, *Franchising under EC competition rules*, *Les Nouvelles*, sep. 1988, p. 118.
- Bekerman, Jorge M. - Martorell, Ernesto E., *El "franchising": una nueva modalidad contractual*, LL, 1986-C-920.
- Borchard, William M. - Ehrlich, David W., *Franchisor tort liability: Minimizing the potential liability of a franchisor for a franchisee's tort*, en "The Trademark Reporter", vol. 69 (1978), p. 109.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
- Cámara de Comercio Británica, *Franchising in Argentina*, *Boletín* n° 17, 3/1990.
- Cook, Cecilia - Iturralde, María C. - Witthaus, Mónica - Chamer, Héctor O. - Marton, Javier G. - Rapallo, Marcelo A. - Abieri, Roberto E. (Club del Derecho), "Franchising", *Derecho Económico*, n° 14, 1990, p. 119.
- Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, *Concursos*, Bs. As., Astrea, 1989.
- Fernández Novoa, Carlos, *Fundamentos de derechos de marcas*, Madrid, Montecarlo SA, 1984, p. 373.
- Hurshman, Stuart, *The statute of a franchise agreement on the eve of bankruptcy*, *Franchising*, n° 10, Summer 1990, p. 1.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Aproximación al "franchising"*, en "Responsabilidad por daños. Homenaje al doctor Bustamante Alsina", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990.
- Marcorati, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, Bs. As., Astrea, 1990.
- *El contrato de "franchising" en el derecho comparado actual*, LL, 1988-D-1104.
- Montesi, Víctor L., *Extensión de la quiebra*, Bs. As., Astrea, 1985.
- Quezada Zapiola, Héctor, *La barrera del concesionario*, LL, 145-719.
- Quintana Ferreira, Francisco - Alberti, Edgardo M., *Concursos* (t. 3), Bs. As., Astrea, 1990.
- Rudnick - Wolfe, *Franchisor liability for acts of franchisee*, *Franchising*, n° 6, Summer 88, p. 5.
- Stiglitz, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1993.
- Van Ranst, Nicole, *Franchising under Belgian law*, *International Bar Association, Section on Business Law*, New York, 1988.
- Villgas, Carlos G., *Derecho de las sociedades comerciales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988.
- Williams, Barbara J., *State regulation of franchise termination not preempted by Lanham act*, en "The Trademark Reporter", vol. 68, 1975, p. 265.
- Zendei, Daniel, *Franchising: A global phenomenon*, en "Trade Mark Review", vol. 78, p. 137.
- Zullo, Nicolás S., *Franchising o concesión*, en "Boletín Económico La Ley", año 7, n° 8, 25/6/90.

NATURALEZA JURIDICA DEL PEAJE

FERNANDO DIEGO ÁLVAREZ
WALTER OSCAR GATTI

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

En este trabajo habremos de abordar y analizar un tema que es el relativo a un instituto jurídico de renovada vigencia en la Argentina de nuestros días: el peaje; abordando su estudio –inicialmente– a través de un análisis integral de su problemática, para –en un segundo momento– ocuparnos en la dilucidación de su naturaleza jurídica. Este tema es uno de aquellos a los cuales la doctrina ha dedicado –a lo largo de varias décadas– ingentes y bien intencionados esfuerzos, pero, sin por ello, arribar a conclusiones más o menos pacíficas y uniformes.

Creemos que el peaje, al posibilitar el crecimiento y mantenimiento de las redes viales, se ha convertido, en las sociedades preocupadas en su desarrollo, en una eficaz herramienta jurídica tendiente a establecer una más rápida y mejor comunicación entre las regiones de los diversos países, erigiéndose, asimismo, en un propulsor del crecimiento económico y comercial del mundo moderno. En nuestro país, donde se comenzó a utilizarlo en forma más o menos regular hacia mediados de la década del 60, sus bondades ya habían sido advertidas por ese eminente visionario y pensador político que tuvimos los argentinos, mentor, además, de nuestro texto constitucional, Juan Bautista Alberdi, quien sostuvo en su clásica obra, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, que la construcción de caminos y canales y demás obras de utilidad "... pueden ser entregadas temporalmente

para su explotación a las empresas privadas que tomen a su cargo el construirlos¹.

La utilización del sistema del peaje, generalmente implica la celebración de un contrato de concesión de obra pública (cuando el Estado decide realizar y administrar la obra por intermedio de terceros), constituyendo una excelente fórmula de financiamiento. Su utilidad adquiere especial relevancia en los casos en que el Estado adolece de una insuficiencia de los recursos necesarios para afrontar el gasto que la construcción de carreteras, puentes, etc., conlleva. Así, si se extendiese su utilización en nuestro país podría transformarse en una de las soluciones aptas para superar el retraso y deterioro de la infraestructura del transporte que padece la Nación.

La discusión planteada en torno al peaje en nuestra actualidad nacional, es, en verdad, seudonovedosa, puesto que aquí ya ha sido implementado exitosamente, entre otros casos, en el túnel subfluvial que une Santa Fe y Paraná y en el puente sobre el río Paraná que une las provincias de Corrientes y Chaco. En el resto de América también ha constituido y hoy en día constituye un factor de progreso de primer orden (piénsese, por ejemplo, en la carretera Río-San Pablo, y en la Río-Santos, ambas en Brasil; y en las imponentes *highways* norteamericanas, muchas de las cuales fueron construidas gracias a este medio de financiamiento).

Ya hemos dicho que el tema central de la presente investigación es el del estudio de la naturaleza jurídica del instituto en cuestión. Para cumplir este objetivo de una manera satisfactoria, hemos creído necesario realizar una indagación "abarcadora" respecto de algunas temáticas íntimamente conectadas con el peaje. Así, por ejemplo, nos hemos ocupado de considerar la especial naturaleza del contrato de concesión de obra pública y de las relaciones jurídicas de él emergentes, puesto que de todo ello pudimos desentrañar la cuestión de fondo en este "complejo normativo" (dentro del cual se inserta el peaje), que está dada por una peculiar forma de vinculación jurídica propia del derecho público: la delegación transestructural de cometidos estatales.

De tal modo, hemos puesto énfasis en la consideración de las distintas clases de vinculaciones suscitadas entre los

¹ Alberdi, Juan B., *Sistema económico y rentístico*, p. 259 y 62.

sujetos públicos y privados involucrados, dando lugar a una interacción de relaciones jurídicas de considerable complejidad. Este particular juego de "ligaciones" se entabla, ora entre la Administración pública-concesionario-usuario, relación ésta de índole netamente administrativo; ora entre la Administración pública y el usuario. Esta última, admite —a su vez— la discriminación de dos aspectos coexistentes y bien diferenciados: a) una relación de carácter estrictamente administrativo, que reconoce su justificación en que es el Estado el titular del dominio de la obra pública construida bajo el régimen de la concesión, manteniendo sobre el bien y sobre las condiciones de su uso, la totalidad de sus "prerrogativas" (aun cuando, en la mayoría de los casos, tales relaciones se conduzcan por intermedio de su concesionario o "delegado"), y b) una relación de claro cariz tributario, puesto que —como veremos— la imposición coactiva del cobro del peaje importa verdaderos actos del poder tributario estatal.

De las conclusiones a las que iremos arribando luego del análisis de las temáticas referidas, inferiremos la naturaleza tributaria del peaje, sin perjuicio de considerar los argumentos brindados por teorías negatorias de dicha especie de naturaleza jurídica, a las cuales también criticaremos.

Por otra parte, atenderemos a la posibilidad de su ubicación dentro de la típica clasificación tripartita de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones. Es en este punto, donde las opiniones vertidas por los doctrinarios ofrecen un atractivo campo para el análisis. Veremos así que las distintas explicaciones aportadas no satisfacen plenamente las expectativas que cabe crearse de una justificación científico-jurídica plausible. En este sentido hemos intentado en un primer momento evidenciar las contradicciones e inconsistencias de las elaboraciones perfeñadas hasta el presente; y en un segundo momento ofreceremos nuestra propuesta respecto a la especie de tributo dentro de la cual es dable encuadrar al peaje, aportando sobre el particular una justificación que creemos novedosa.

Finalmente, meritaremos las soluciones de la doctrina a la luz de las normas de nuestra Constitución, valorando si cada una de aquéllas importa o no un agravio a nuestra ley fundamental.

En síntesis, y para no extendernos en demasía en esta introducción, digamos que hemos intentado desentrañar —con todo el rigor científico del que fuimos capaces— la na-

turalidad jurídica del peaje a través de las particulares implicancias jurídicas de la relación que le da origen (contrato de concesión de obra pública).

Por último, pensamos que la trascendencia y actualidad del tema propuesto, justifica con creces el esfuerzo invertido en la presente elaboración. En cuanto a los resultados obtenidos no es a nosotros a quien corresponde emitir juicio.

2. RÉGIMEN LEGAL DEL PEAJE EN EL DERECHO NACIONAL

Con el objeto de situar el estudio del peaje en el contexto específico de nuestro sistema jurídico se impone referirnos, aunque más no sea en forma introductoria, al régimen vigente que regula el instituto en cuestión.

En este sentido, cabe delinear lo aspectos más relevantes de la ley 17.520, norma que establece el estatuto jurídico básico regulatorio de esta figura, por medio de la institución de la concesión de obra pública "por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación, o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peajes" (art. 1º)¹.

Así, el peaje aparece caracterizado —en principio— como un medio de realización de obras públicas enmarcado en un contrato de concesión, el cual tiene la siguiente característica: la Administración encarga a un tercero la construcción de la obra pero no paga un precio por esa prestación sino que otorga la concesión de ésta, permitiéndole así al concesionario cobrar a los usuarios de ella una tarifa determinada.

Para el establecimiento de las "tarifas" —determinadas por el Poder Ejecutivo con intervención del concesionario— se tendrá en cuenta el valor medio del servicio ofrecido y la rentabilidad de la obra, y de esta manera definir la modalidad de la concesión (cfr. art. 3º). A estos efectos, las alternativas previstas en la ley son: a) a título oneroso:

¹ La ley prevé también la aplicación directa del peaje por parte del Estado, cuando en su art. 5º establece: "El Poder Ejecutivo podrá crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría estatal... o entes públicos, u otro tipo de persona jurídica para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley".

imponiéndose al concesionario una contribución o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) a título gratuito, y c) otorgamiento por subvención.

Por su parte, la ley 23.696 denominada de Reforma del Estado, vino a precisar la regulación anterior en lo relativo al destino de los fondos obtenidos por la recaudación del peaje. Así se prescribió la aplicación de los fondos remanentes de los gastos de explotación y mantenimiento de obras existentes a la posibilidad de construir obras nuevas. Estas últimas —exige la ley— deberán tener una vinculación física, técnica, o de otra naturaleza con las primeras (art. 58). Cabe destacar, asimismo, que para la concreción de los trabajos mencionados —objeto del contrato— se atenderá a la ecuación económica y financiera de la concesión, la cual será estructurada con el fin de obtener un "abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario" (art. 58).

Por último, cabe hacer una referencia a los contratos de concesión de obra pública, celebrados por el Gobierno nacional en septiembre de 1990, cuyo régimen ha sido variado sustancialmente en virtud del decr. 527/91, del replanteo del peaje, reglamentario de la ley 23.928, de convertibilidad del austral (B.O., 28/3/91). Respecto de esta reciente normativa se imponen las siguientes observaciones: 1) se reduce el monto de la tarifa a cobrar; 2) implica la pérdida de vigencia de los índices combinados pactados para el reajuste de las tarifas; 3) se deja sin efecto el régimen oneroso de las concesiones, transformándolas en concesiones subvencionadas, lo que no nos parece acertado dada la rentabilidad de algunos de los corredores afectados al sistema, y 4) el art. 6º contempla la posibilidad de que la Administración resuelva los respectivos contratos, aunque lo novedoso de esta norma no es la prerrogativa otorgada al Estado —que es propia del régimen exorbitante que caracteriza al contrato administrativo— sino que establece el alcance de la indemnización debida por la Administración en tal caso, reconociendo en cuanto a la procedencia del lucro cesante (donde la jurisprudencia y doctrina no son uniformes) un 10% de utilidad sobre las inversiones efectivamente realizadas.

Creemos que con todo lo enunciado hasta aquí hemos dado un pantallazo general sobre las notas esenciales del peaje en nuestro país, teniendo en cuenta las modificaciones sufridas por él recientemente, tareas que consideramos imprescindible para poder adentrarnos con paso seguro en los complejos temas centrales del presente estudio.

3. EL PEAJE Y LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

a) Obra pública y peaje

La expresión "obra pública" admite básicamente dos sentidos: 1) designa bienes muebles o inmuebles del Estado afectados a fines de interés general; así son obras públicas los caminos, puentes, edificios públicos, etc., y 2) por extensión se asimila al concepto de contrato de obra pública, refiriéndose en este caso a los contratos entre la Administración y los particulares para que éstos construyan tales obras¹.

En adelante al hablar de "obra pública" nos estaremos refiriendo al primer sentido señalado. Respecto a éste, Gordillo destaca los siguientes elementos:

- a) Se trata de una cosa mueble o inmueble.
- b) De construcción artificial (realizadas por la mano del hombre por oposición a aquellos bienes que existen en el Estado y que los ofrece la naturaleza).
- c) De propiedad del Estado.
- d) Afectada a fines de utilidad general.

Ahora bien, la relación entre el peaje y las obras públicas es evidente, puesto que —como adelantáramos— aquél es un útil instrumento de financiamiento de éstas. Cabe precisar que, históricamente, el peaje nace como un derecho de tránsito, que lo vincula inescindiblemente con aquellas obras públicas relativas a proporcionar vías de circulación, tanto de carácter vial como fluvial².

b) La ejecución del contrato de concesión de obra pública

Atendiendo a la opinión generalizada en la doctrina³ puede afirmarse que la concesión de obra pública consiste en un contrato de derecho público —específicamente de derecho administrativo— en virtud del cual la autoridad concedente (Administración pública) otorga a un concesionario

¹ Gordillo, Agustín A., *Obra pública*, p. 48.

² Barra considera que también puede ser objeto del sistema de peaje, por ejemplo, una obra eléctrica, con lo cual —por los argumentos vertidos en nuestro estudio— no coincidimos. Barra, Rosalfo, *La concesión de obra pública*, p. 48.

³ Entre otros, Marienhoff, Drocni, Barra, Fiorini.

(sujeto de derecho público o privado), el cometido de construir una obra; importando la obligación de custodia en cabeza del concedente, y para el concesionario la de realizar lo necesario para que la obra esté expedita al uso público. El efecto principal de la relación jurídica que se entabla, lo constituye el derecho del concesionario a cobrar, por el trabajo realizado y cuidados posteriores, una tarifa a los usuarios: el peaje.

En otras palabras: el público, que es el destinatario de la obra y en cuyo interés se otorga la concesión, es quien paga el precio de la obra. Esta peculiar característica es decisiva en orden a establecer la distinción con el contrato de obra pública. En este sentido, la concesión se singulariza por el modo del pago del precio, ya que como vimos quienes aportan la remuneración del contratista del Estado son directamente los usuarios a través del peaje y no la propia Administración concedente.

4. LA DIVERSA TIPOLOGÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS NACIDAS EN TORNO A LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Del seno del contrato de concesión de obra pública —del cual se desprende el cobro del peaje— surgen una serie de relaciones jurídicas diferenciadas de cuyo análisis nos ocuparemos en este estudio. Ellas son:

- Relación Estado (Administración pública)-Concesionario-Usuario.
- Relación Estado (Administración pública)-Usuario.
Faz Administrativa.
Faz Tributaria.

Pero antes de abocarnos a la dilucidación de este complejo de relaciones, creemos necesario considerar algunas cuestiones que le sirven de presupuesto. De ellas nos ocuparemos.

a) El especial carácter de los contratos administrativos

El contrato, entendido como "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones destinado a producir efectos jurídicos"¹ constituye una categoría jurídica genérica que

¹ Leubsdörfer, André de, *Tratado*, t. I, p. 7 y 8.

resulta aplicable tanto a los contratos de derecho privado como a los de derecho público.

Ahora bien, el Estado –por medio de la Administración pública– actúa o puede actuar de dos formas distintas: ejerciendo por sí mismo una determinada actividad, o utilizando al administrado para que colabore con él en orden al cumplimiento de sus fines administrativos. Dicha colaboración puede adoptar dos modalidades en punto al requerimiento que hace el Estado, pudiendo ser ésta “forzosa” o “voluntaria”. Ejemplos de la primera forma de colaboración serán las cargas públicas o prestaciones personales obligatorias; en tanto que la segunda puede dar lugar a los contratos de la Administración pública⁷.

La Administración puede celebrar dos tipos de contratos: “administrativos” *strictu sensu*, y de “derecho común” (o contratos “privados” de la Administración). En el caso de la concesión de una obra pública estamos en presencia de un típico contrato administrativo, lo que implica su sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado. Además, y esto es fundamental, esta especie de contratos se caracterizan por propagar sus efectos “fuera” de las partes que le dieron origen, afectando –así– a terceros ajenos a la relación contractual⁸.

Como ya manifestamos, el contrato de concesión estudiado participa plenamente de la última característica señalada de los contratos administrativos, ya que el vínculo jurídico convencional establecido entre el Estado y el concesionario se extiende a los administrados-usuarios (de la obra). De algún modo –como dice Marienhoff– estos últimos son “parte” de la relación jurídica originaria⁹.

b) La relación Estado (Administración pública)-concesionario-usuario

Está regulada por la llamada “delegación transestructural de cometidos estatales”¹⁰. Ésta es una expresión que trata de explicar ciertas actividades cumplidas por los particulares, generalmente en su propio ámbito de interés, pero

⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado*, t. III-A, p. 28.

⁸ Cassagne, Juan C., *Los contratos de la Administración pública*, p. 37.

⁹ Marienhoff, *Tratado*, t. III-B, p. 384.

¹⁰ Barra, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, t. 1, p. 205.

que, por imperio de una decisión estatal previa, supone la gestión de determinados cometidos o competencias públicas —estrictamente estatales— en un régimen de desempeño compartido con la misma Administración pública (cogestión) o exclusivo (autogestión) de esa actividad. El concesionario actúa en el cumplimiento de una cierta delegación emanada de la Administración, sustancialmente idéntica a la delegación de competencia que se da en la esfera interna administrativa (tanto en el ámbito de la organización centralizada como descentralizada), pero que por trascender a su estructura se la ha denominado "delegación transestructural".

La explicación que hemos esbozado supone que la relación estudiada ostenta un carácter reglamentario, derivado del ejercicio de la potestad de la Administración de crear unilateralmente vínculos jurídicos con los administrados. Pero no debemos olvidar que en el caso de la concesión de obra pública estamos en presencia de un vínculo bilateral de naturaleza contractual. Esta última característica determina, junto al fin de lucro que persigue el concesionario, que nos refiramos para el supuesto de la concesión administrativa a una modulación del principio de la delegación transestructural. En suma, el carácter contractual de la relación y la finalidad propiamente privada, en vistas a la cual el administrado contratista se vincula con la Administración, importan una suerte de "delegación atenuada"¹¹.

La concesión de obra pública —al decir de Barra¹²— es la figura más destacada dentro de los múltiples sistemas de la ejecución de la delegación transestructural.

En la actualidad, muchas de las grandes obras públicas, cuyo uso es susceptible de ser tarifado, son ejecutadas mediante este sistema de ejecución indirecta, por las ventajas de tipo presupuestario y organizativo que genera en beneficio de la Administración responsable (titular de la competencia) de que se lleve a cabo la obra.

Desde la óptica de la delegación transestructural, la concesión de obra pública puede ser definida "como el sistema de ejecución indirecta de una obra pública a través del

¹¹ Esta atenuación del principio de la delegación transestructural no parecería posible en la formulación que del mismo hace Barra en la obra citada, pero que sí puede derivarse de lo expuesto en su obra *Principios de derecho administrativo*.

¹² Barra, *La concesión*, p. 303.

cual el concesionario delegado recibe del concedente o delegante el ejercicio de competencia administrativa de contratar con un tercero constructor la realización de esa obra pública y, por sí mismo o por un tercero, efectuar las operaciones necesarias para el buen mantenimiento y explotación de la misma, quedando el pago de todas las inversiones para la construcción, mantenimiento y explotación, también delegado en el concesionario, quien recibe asimismo, el cometido de percibir los ingresos por la explotación de la obra, para destinarlos a amortizar la inversión hecha y a satisfacer su beneficio empresario que puede o no ser participado con el delegante"¹³.

Esta consideración del contrato de concesión de obra pública como una especie de la figura de la delegación ha sido admitida expresamente por nuestro derecho provincial, como es el caso del art. 116 de la ley 1864/88 de la provincia de Jujuy: "La concesión de obra pública es un acto jurídico que consiste en delegar en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos, reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases, la remuneración de los capitales puestos a contribución de la ejecución de la obra pública"¹⁴.

En el ámbito conformado por la delegación transestructural, el concesionario adopta frente al usuario un rol equivalente al que le corresponde a la Administración concedente, siempre claro está en su calidad de gestor de un cometido público dado (delegado). De modo tal que la relación jurídica establecida entre el concesionario y el usuario se encuentra publicificada, por efecto del vínculo sostenido entre el primero y la Administración (es decir, por la concesión como delegación).

Como consecuencia de lo dicho, ya que no existe relación contractual entre la Administración y el usuario, tampoco la hay entre el concesionario y éste. Lo afirmado implica que el concesionario debe habilitar la obra para que pueda ser utilizada por el usuario en las condiciones establecidas en su contrato de concesión, el cual constituye una verdadera "base reglamentaria" que proyecta sus efectos hacia el tercero-usuario (efecto propio de los contratos ad-

¹³ Barra, *La concesión*, p. 306.

¹⁴ Barra, *La concesión*, p. 307.

ministrativos), quien se encuentra obligado por el reglamento de utilización de la obra¹⁰.

Es importante destacar que "el concesionario no es una empresa que ofrece al mercado el 'uso de la obra' a un precio generado por el libre juego de la oferta (autopistas) y la demanda (usuarios)"¹¹, sino que por el contrario, en la explotación de aquélla el concesionario se limita a cumplir con sus obligaciones originadas en el contrato de concesión celebrado con la Administración concedente. Por esto mismo entendemos que "los usuarios de los servicios públicos (de las obras públicas, en el tema que aquí interesa) son administrados, no clientes"¹².

En síntesis, entre concesionario y usuario existe una relación de derecho público de acuerdo con las reglas de la delegación transestructural definidas en los reglamentos y el contrato de concesión.

c) La relación Estado (Administración pública)-usuario

Esta relación se desdobra en dos fases:

1) La faz administrativa

Hablar de esta faz administrativa se justifica en tanto que el Estado es el titular del dominio de la obra pública construida bajo el régimen de la concesión, manteniendo sobre el bien y sobre las condiciones de su uso la totalidad de sus prerrogativas, aun cuando tales relaciones se conduzcan a través de su concesionario o delegado (v.gr., horarios de utilización, los tipos de vehículos, dirección del tránsito, etcétera).

Como contrapartida, el usuario conservará frente a la Administración, todas las garantías que el ordenamiento administrativo le confiere (v.gr., trato igualitario respecto del uso de esa obra pública, etcétera).

¹⁰ La doctrina está conteste en que aquí no puede hablarse de un contrato por adhesión entre el concesionario y el usuario. Cfr. Rivera Yzerm. La protección del usuario de los servicios públicos, p. 233, y del mismo autor. El derecho administrativo y las relaciones con los particulares, quién engloba esta vinculación dentro de la categoría de "relaciones jurídico-administrativas entre particulares", p. 117.

¹¹ Barra, La concesión, p. 343, nota 8.

¹² Barra, La concesión, p. 343, nota 9.

2) La faz tributaria

Entre las prerrogativas que dispone la Administración en el marco del contrato de concesión, se destaca la relativa a la fijación del valor de la tarifa que deberán oblar los usuarios de la obra: el peaje. Es evidente que al hablar del establecimiento y origen de estas tarifas, entramos de pleno en el campo de las cargas fiscales, cuya imposición supone el ejercicio del Poder tributario del Estado. Como sabemos, éste consiste en la potestad estatal de crear y exigir tributos con relación a personas o bienes que se encuentran en la respectiva jurisdicción¹⁸.

En este punto se hace necesario distinguir la relación fiscal o tributaria de la obligación que ella implica. Así, la relación tributaria es el vínculo jurídico que se configura entre el Estado o el ente autorizado a exigir el tributo, y el sujeto afectado por el tributo. En cambio, la obligación tributaria es aquella que pesa sobre el sujeto obligado a pagar el tributo; se trata de una obligación de dar —en principio, una suma de dinero— maguer existen otros aspectos de la obligación fiscal que no implican pago (v.gr., presentar declaraciones juradas). Esta última nace siempre de la ley (principio de legalidad); no es, por lo tanto, de naturaleza contractual¹⁹.

Según ya explicamos, el sujeto activo de la relación tributaria es, por antonomasia, el Estado, sin perjuicio de que éste pueda autorizar a un ente distinto —público o privado— para exigir el pago del tributo. Resulta, pues, útil diferenciar el “poder” tributario, de la “competencia” tributaria. El primero es un concepto de mayor amplitud, puesto que implica dictar la norma de creación del tributo, mientras que la segunda se limita a la facultad de percibirlo. En el caso del peaje, es claro que el “poder tributario” está en cabeza de la Administración concedente, mientras que la “competencia tributaria” —originariamente estatal— le es “dele-

¹⁸ Adelantamos así, nuestra opinión sobre la naturaleza tributaria del peaje, cuestión que luego desarrollaremos.

¹⁹ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado*, p. 371. El monto del peaje es establecido por la Administración de conformidad con el concesionario, lo cual no violenta —según la opinión de algunos— el principio de legalidad imperante en materia tributaria. Ello es así, porque es claro que la ley 17.539 contiene una habilitación —legislativa— para que la Administración celebre los contratos de concesión utilizando el sistema de peaje, y asimismo facultándolo para la fijación del monto de dicho tributo en cada caso.

gada" al concesionario de la obra, que así opera como un verdadero agente recaudador.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL PEAJE

a) Es un tributo

De conformidad con lo expuesto, creemos que puede inferirse cuál es la "naturaleza jurídica" del peaje²⁰. En este sentido, pensamos que la "tarifa" (término utilizado en la ley 17.520), en tanto involucre una "exacción pública" (García de Enterría), no dudamos en afirmar su naturaleza tributaria²¹.

En principio, este carácter se deriva del hecho de que estamos en presencia de una prestación pecuniaria que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio (concretamente de su poder tributario)²². Pero esta explicación —que podemos calificar como "tradicional"— no es suficiente para justificar acabadamente la naturaleza fiscal del instituto en cuestión. Ello es así porque éste ofrece otros argumentos —desde la perspectiva de la delegación que hemos estado estudiando— que dada su especificidad decididamente nos proporciona una más plausible justificación.

De tal forma, sostenemos que el peaje posee "naturaleza tributaria", desde que los fondos recaudados en su concepto pertenecen primariamente al tesoro público y no al concesionario cocontratante de la Administración, si bien esta última delegó en él mismo su recaudación y gestión en el marco contractual de la concesión. Es así que es necesario precisar que la tarifa tiene un carácter meramente instrumental, en orden a la retribución del concesionario, ostentando el mismo carácter la relación concesionario-usuario dentro del régimen jurídico de la delegación.

En conclusión, la relación que cabe tener por principal es la que vincula a la Administración con el usuario, la cual se establece a través del concesionario cuando, como en

²⁰ Coinciden en esta apreciación, entre otros, Giuliani Forrosgue y Gelli, aunque sobre fundamentos diversos.

²¹ García de Enterría, *Sobre la naturaleza de las tasas*, citado por Barria, *La concesión*, p. 288.

²² Cfr. Giuliani Forrosgue, Carlos M., *Derecho financiero*, vol. II, p. 298.

este caso, se recurre a la figura de la delegación transestructural. Por lo tanto, para el concesionario el peaje aparece como un medio de pago elegido por la autoridad concedente para saldar su gestión, modalidad que la Administración impone —de aquí su naturaleza tributaria— a los terceros usuarios. Es decir, la tarifa tiene naturaleza tributaria para la Administración y para el usuario; para el concesionario, en cambio, es sólo un medio para percibir el precio de su gestión, pero cuyo verdadero deudor no es el usuario sino la propia Administración concedente.

b) Teoría negatoria de la naturaleza tributaria del peaje

Existe una corriente doctrinal que niega al peaje su carácter tributario. Así, el autor uruguayo Ramón Valdés Costa sostiene que el peaje reúne las características sustanciales de los precios, a los cuales define como "las sumas de dinero que voluntariamente se dan como contraprestación por la entrega de un bien, la concesión de su uso, la ejecución de una obra, o la prestación del servicio de naturaleza económica"²³.

Guillermo Pablo Gallí, por su parte, luego de analizar el sistema que estatuye la ley 17.520, concluye que al no definirse el legislador respecto de la naturaleza jurídica del peaje y al exigirse que en el contrato de concesión se definan, entre otras materias, "las bases tarifarias y procedimientos por seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas", el pago efectuado por el usuario aparece como un precio, quedando la fijación de su monto librada a una decisión administrativa de común acuerdo con el concesionario de la obra²⁴. Este autor, no obstante inferir la conclusión apuntada, se pronuncia en contra de tal carácter, considerando que el régimen legal aplicable viola la naturaleza misma del peaje (Gallí, como dejamos sentado en la nota 20, entiende que el peaje es un tributo).

Por nuestra parte, nos hemos ocupado de refutar esta teoría del peaje considerado como un precio. Esta conclusión no puede ser distinta puesto que los caracteres de "voluntariedad" y de "contraprestación" no se coonestan con

²³ Valdés Costa, Ramón, *Cursos de derecho tributario*, t. I, p. 156, 158 y 167.

²⁴ Gallí, Guillermo, *Recursos públicos*, p. 225.

el carácter coactivo y de afectación de los fondos pagados en concepto de peaje, que luego analizaremos.

c) **Ubicación del peaje dentro de la clasificación de los tributos**

Corrientemente la doctrina está de acuerdo en clasificar a los tributos en tres categorías:

1) **Impuestos.** "Es una prestación pecuniaria, obtenida de los particulares autoritariamente, a título definitivo, sin contrapartida y para la cobertura de las cargas públicas"²².

2) **Tasas.** "Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público inherente al Estado individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación"²³.

3) **Contribuciones.** "Son prestaciones obligatorias debidas en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas, o de especiales actividades del Estado"²⁴.

En doctrina se han sostenido clásicamente dos posiciones respecto a la ubicación que cabe darle al peaje dentro de la clasificación tripartita que recién hemos esbozado. Por un lado están aquellos que opinan que el peaje es una tasa, opinión prevaleciente entre los especialistas (Cincunegui, Guíjarro, Bédart Campos, Ahumada, entre otros); por el otro, se encuentran quienes afirman que se trata de una contribución especial (Giuliani Fonrouge, Damarco, Poelava Lafuente).

d) **El peaje como tasa**

Como dijimos, la doctrina mayoritaria sostiene "que el peaje es una tasa que se paga como contraprestación del servicio prestado por una obra pública y decimos uso del servicio y no de la obra, ya que ésta, que siempre se supone ejecutada en beneficio del interés general, ha sido construida para una finalidad, y es esta finalidad la que determina el servicio, y el uso de éste el que justifica el pago de la tasa"²⁵.

²² Daviger, *Mauricio, Hacienda pública*, p. 91 y 92.

²³ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 319.

²⁴ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 323.

²⁵ Cincunegui, *El peaje*, p. 54.

Estimamos que esta conceptualización es, por diversos motivos errada: primero, porque el peaje es una típica forma de financiación de obras públicas, y es instrumentado mediante una concesión a entes privados como públicos, verificándose la existencia de un contrato de concesión de obra pública y no de concesión de servicios públicos. En síntesis, el peaje nunca es la retribución dada por la prestación de un servicio sino que lo es por la realización de una obra.

En segundo lugar, la denominada teoría de la contraprestación está —desde hace mucho— superada en derecho financiero: “luego, porque una obra pública satisface una necesidad pública pero no tipifica un servicio público que pueda originar una tasa, en el sentido en que tales expresiones reciben en derecho financiero y en derecho administrativo”²⁹.

Por último, si considerásemos al peaje como una tasa podría oponérsele a dicha consideración un obstáculo de naturaleza constitucional que estudiaremos más adelante.

e) El peaje como contribución especial

Quienes sostienen esta opinión consideran con especial énfasis el hecho del destino de los fondos recaudados mediante el peaje. Así, explican que dichos fondos son atribuidos en orden a solventar, ya la construcción de una obra pública, ya sus gastos de conservación y mantenimiento.

En esta dirección, el peaje aparece como una contribución de pago obligatorio por los usuarios de la obra pública ‘originado en los beneficios o ventajas que reciben de ella’³⁰.

f) Uso de dominio público y peaje

Cierta doctrina ha expresado que el peaje no puede ser encuadrado dentro de la ya tradicional clasificación tripartita de los tributos. Así, Galli luego de afirmar que esta figura constituye una típica forma tributaria, encuentra el fundamento de su imposición en el carácter de bienes del dominio público que ostentan los caminos, puentes y túneles. Este autor explica que la naturaleza tributaria del peaje deriva de que se trata de un “uso de un bien del dominio público que, en principio, escapa a la posibilidad de ser objeto

²⁹ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 946.

³⁰ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 941.

de transacciones"²¹. En este sentido, se descarta el carácter de precio, y el uso diferenciado que hace el particular de la vía pública resulta el hecho generador de su obligación.

Esta posición puede ser objetada desde tres puntos de vista:

a) Desde las soluciones del derecho administrativo, en cuanto a las formas del uso especial del dominio público se ha dicho que éstas son: el permiso; la concesión; y la prescripción²² por lo que —evidentemente— el peaje no aparece enmarcado en ninguna de estas tres modalidades reconocidas por la doctrina administrativista nacional²³.

b) No es cierto lo que afirma Galli respecto de que los bienes del dominio público no pueden ser objeto de transacciones. La afirmación de este prestigioso autor obedece a que el art. 953 del Cód. Civil (objeto de los actos jurídicos) prohíbe que el objeto de un acto jurídico pueda consistir en una cosa o bien que está fuera del comercio. Lo que ocurre, es que los bienes del dominio público, que son efectivamente *res extra commercium*, no pueden ser objeto de transacciones regidas por el derecho privado; pero nada impide que lo sean de aquellas reguladas por el derecho administrativo (v.gr., contrato de concesión de obra pública, de uso del dominio público, etcétera). "Si existiera identidad absoluta entre los contratos de derecho privado y los administrativos, si todo lo que ocurre en los primeros debiera suceder en los segundos, entonces no habría contratos de derecho privado y contratos administrativos, sino única y exclusivamente de derecho privado o simplemente contratos"²⁴.

c) Por último, la postura impulsada por Galli presenta una grave objeción de índole constitucional, de la cual nos ocuparemos más adelante.

g) **Valoración de las doctrinas analizadas a la luz de las normas y principios de nuestra Constitución nacional**

La libertad de circulación —tanto de personas como de bienes— está garantizada por nuestro texto constitucional.

²¹ Galli, *Derechos públicos*, p. 224.

²² Drossi, José R., *Manual*, t. II, p. 24.

²³ Drossi, *Manual*, t. II, p. 24.

²⁴ Bergsitz, Miguel A., *Teoría general*, p. 131.

Así, para analizar la constitucionalidad del peaje, es preciso tener en cuenta los arts. 4º, 9º, 10, 11, 12, 67, incs. 1º, 9º y 16, y 108.

Las disposiciones constitucionales que hemos indicado tenían como fin —en la inteligencia que le dieron los constituyentes— el crear un Estado uniforme económicamente sobre la base del principio de unidad territorial económica y superar la época de las luchas entre los distintos Estados provinciales propiciada por la existencia de las aduanas interiores que actuaban entorpeciendo el comercio general del país.

La Corte Suprema, desde sus inicios tuvo ocasión de interpretar las normas constitucionales en juego relativas a la tributación: con motivo de numerosos conflictos impositivos suscitados por la aplicación de leyes locales, se distinguió entre "circulación territorial" y "circulación económica", señalándose que esta última es susceptible de restringirse. También nuestro supremo tribunal tiene dicho que las provincias pueden gravar la circulación en el interior de su territorio pero no podrán hostilizar el comercio de productos de otra, ni crear diferencias por el mero hecho de la circulación.

En torno a la constitucionalidad del peaje, se ha hecho referencia a la conveniencia del sistema, con el que se hace posible la apertura de toda clase de vías de comunicación, facilitándose así la circulación territorial. También, se ha explicado que su implementación encuentra raíz constitucional en la llamada cláusula del progreso, inserta en el art. 67, inc. 16, de la Const. nacional, inspiradora de todas las empresas iniciadas para hacer realidad aquella expresión: "un solo territorio para una sola Nación". Ambos argumentos son sustentados indistintamente por la generalidad de la doctrina. En otra posición doctrinal encontramos a Dana Montaña y Galli, quienes subordinan la constitucionalidad del instituto a la circunstancia de que el camino o la vía a construirse por su intermedio no sea la única que una los dos puntos de conexión, y en tanto exista una vía accesoria cuyo tránsito esté exento de derechos²². Este requisito de

²² Nos referimos aquí a lo que podemos denominar "tesis de la constitucionalidad condicionada". Dana Montaña, citado por Pelegrín La Fuente, Juan C., *Breves consideraciones*, p. 748. Galli, Guillermo F., *Régimen financiero*, p. 38.

la existencia de otro camino también fue sustentada por Tagle en la VII Conferencia Nacional de Abogados, cuyas conclusiones incluyen entre otras: a) que es propio de la figura su institución en retribución del costo de la obra, la cual deberá caracterizarse por su razonabilidad, y b) no asumirá la naturaleza de un impuesto, o renta general, ya sea por su desvinculación de los costos a cubrir o por el destino que se asigna a la recaudación²⁶.

En orden a la valoración de la constitucionalidad del peaje de acuerdo a la ubicación que los doctrinarios le asignan dentro de la clasificación tripartita de los tributos enunciada, consideramos pertinente tomar para comenzar el análisis la opinión de nuestro calificado constitucionalista Germán J. Bidart Campos: "Cuando el peaje se aplica a vías de comunicación entre dos o más provincias, el pago de la tasa por el usuario que las utiliza se ha supuesto, en algunas ocasiones, equivalente a los derechos de tránsito abolidos por la Constitución. Y la suposición es equivocada, porque la suma a sufragar no se impone por el hecho de la circulación interprovincial, sino por el uso de la carretera, camino o vía, para costear su construcción y mantenimiento. La contraprestación obtenida es evidente y ello disipa toda duda, dejando bien en claro que lo que se abona no es un derecho al tránsito sino una verdadera tasa"²⁷. Por su parte, Esteban Guijarro entendiendo, al igual que Bidart Campos, que en tanto el peaje funcione como una tasa, es decir, que su monto se encuentre en relación a los gastos de construcción y mantenimiento de la obra pública, tal tributo no puede ser alcanzado por la prohibición constitucional²⁸. Vemos que las opiniones hasta aquí expuestas revelan las contradicciones e inconsistencias propias de las elaboraciones pergeñadas hasta el presente. Así, observamos que lo llamativo de estas opiniones estriba en que atribuyen al peaje el carácter de tasa —aun cuando reconocen que el cobro de éste se impone en orden a costear la realización de una obra pública—, lo cual no es coherente con el contenido material del concepto de esta categoría de tributo, ya que —como sabemos— la imposición de una tasa siempre obedece a una correlativa prestación de un servicio público.

²⁶ Ver LL, 10/6/85, p. 15 y 18, *ser. Noticias*.

²⁷ Bidart Campos, citado por Poelava Lafuenta, *Breves consideraciones*, p. 738.

²⁸ Guijarro, Esteban, *Fundamentos*, p. 1301.

En esta dirección, cabe hacer las siguientes distinciones derivadas de la idea de servicio público en su vinculación con la construcción de obras públicas y, por lo tanto, con el peaje.

Puede sostenerse de esta manera que se presta un servicio público a través de la construcción de la obra: responden a esta concepción las teorías que definen al peaje como el precio que retribuye la obra o que lo consideran como el uso de un bien de dominio público —la obra pública—. De otro modo, se explica que el cobro del gravamen en estudio responde a la explotación del servicio público a que la obra está destinada, o bien se refiere a la prestación de un "servicio de tránsito"; es decir, el peaje aparece como la contraprestación por el uso del servicio prestado por la obra pública.

En este punto, es preciso recordar que el tributo que involucra el pago del peaje se exige en tanto se relaciona con la construcción de una obra pública vial o fluvial, destinada a proporcionar vías de circulación suficientes; por lo que hablar de un uso del dominio público (camino, aguas) o de retribución de un servicio público significa, a la luz de lo apuntado, que se está gravando la circulación. En otras palabras, el tránsito se convierte, según estas teorías, en el elemento esencial del hecho imponible del peaje, con el consiguiente agravio constitucional.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, pensamos que el peaje no es el "precio" de la utilización de la obra, sino que tiene como destino preciso el integrar los fondos destinados a solventar, ya sea la construcción de la obra, ya sus gastos de conservación y mantenimiento. Esta característica salva la constitucionalidad y nos decide a afirmar que, de acuerdo a lo dicho, el peaje se adecua a las notas sustanciales propias que definen a la categoría tributaria de las contribuciones especiales.

Desde esta perspectiva, resulta criticable —por extensión— cierta doctrina, que, no obstante coincidir en lo relativo a la calificación del peaje como contribución especial, diferencia dos etapas en la realización de la obra pública: a) etapa de construcción, que concuerda con el término de ejecución del contrato de concesión, y b) etapa de explotación, conservación y mantenimiento, en la que "si se continúa el cobro [del peaje], no estamos ante el mismo contrato, sino ante la necesidad de retribuir un servicio mediante la tasa de peaje y ésta debe ser distinta de la anterior en su monto y

en la determinación de su imposición"¹⁰. Como vemos, en esta última estaríamos en presencia nuevamente de la idea retributiva de un servicio, en este caso los gastos de conservación y mantenimiento. Esta explicación parte de un presupuesto equivocado, ya que los trabajos aludidos sólo podrán ejecutarse en el marco de una concesión administrativa y, por lo tanto, únicamente cabe hablar, en este sentido, de la naturaleza contributiva del peaje.

Por último, no podemos soslayar referirnos a lo establecido por la ley de Reforma del Estado, en cuanto a diferir los fondos remanentes de la conservación y mantenimiento de obras públicas existentes, y a la posibilidad de construir una nueva obra. Dejamos planteado aquí un eventual problema constitucional, ya que el usuario de la obra estaría financiando otra, excediendo la medida de su propio beneficio.

6. SÍNTESIS CONCLUSIVA

No queríamos dar por finalizado este estudio sin repasar —muy brevemente— algunas de las muchas conclusiones que fuimos desgarrando a lo largo de la presente elaboración y que, de alguna manera, constituyen una muy ajustada síntesis de todo lo expuesto.

El régimen del peaje en nuestro país está previsto en la ley 17.520, con las modificaciones incluidas por la ley 23.896, y el *decr.* 527/91 reglamentaria de la ley 23.928 de convertibilidad del austral.

Este instituto reconoce su origen en el marco brindado por el contrato de concesión de obra pública, cuando el Estado decide realizar y administrar obras viales (o fluviales) por intermedio de terceros, ya sean personas privadas o entes públicos.

Dentro del haz de vinculaciones entre los sujetos involucrados en torno a la concesión de obra pública, hay dos relaciones jurídicas que son verdaderamente capitales: por un lado, la relación Estado-concesionario, con la delegación transestructural de cometidos estatales que ella conlleva, y que publica todas las demás relaciones nacidas en virtud del contrato —incluidas los efectos "extrapartes" que alcan-

¹⁰ Hutchinsen - Grecco - Barraguirre, *Reforma del Estado*, p. 331.

zan a los usuarios-; y por otro lado, la que se entabla entre el Estado y el usuario, la cual involucra la obligación fiscal en cabeza de este último de oblar el valor correspondiente al peaje.

El peaje, como exacción pública que es, tiene origen en el ejercicio del poder tributario del Estado, lo que nos lleva a afirmar su naturaleza tributaria.

El peaje integra la especie tributaria de las contribuciones especiales, dada la afectación especial de los fondos recaudados en su concepto destinados a solventar la construcción y mantenimiento de la obra pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan B., Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Bs. As., Luz de Día, 1954.
- Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, t. 1, Bs. As., Ábaco, 1988.
- La concesión de obra pública, en "Prudencia Jurídica XXIII", ene-jun. 1990, p. 48.
- Principios de derecho administrativo, Bs. As., Ábaco, 1980.
- Berçaita, Miguel A., Teoría general de los contratos administrativos, Bs. As., Depalma, 1990.
- Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional, t. 1, Bs. As., Ediar, 1988.
- Cassagne, Juan C., Los contratos de la Administración pública, en "AADA, Contratos administrativos", t. 1, p. 21, Bs. As., Astrea, 1988.
- Circunegui, Juan C., El peaje en la legislación argentina, 2ª ed., Rosario, "Centro Argentino de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales", 1988.
- Dromi, José R., Manual de derecho administrativo, t. 2, Bs. As., Astrea, 1987.
- Duverger, Maurice, Hacienda pública, Barcelona, Bosch, 1988.
- Galli, Guillermo P., Recursos públicos, en "Manual de finanzas públicas -varios autores-", Bs. As., A.Z., 1985, p. 123.
- Régimen financiero de la Constitución, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.
- Godillo, Agustín A., Los contratos administrativos, en "AADA, Contratos administrativos", t. 1, p. 7, Bs. As., Astrea, 1988.
- Gujarro, Esteban, Fundamentos histórico-jurídicos de la constitucionalidad del peaje, LL, 118-1198.
- Grullani Fenouge, Carlos M., Derecho financiero, vol. II, Bs. As., Depalma, 1978.
- Hutchinson, Tomás, Ley nacional de procedimientos administrativos, Bs. As., Astrea, 1987.
- Hutchinson, Tomás - Grecco, Carlos M. - Barraguirre, Jorge, Reforma del Estado. Ley 23.698, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990.
- Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. II, III-A y III-B, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.

- Pedraza Lafaente, Juan C., *Breves consideraciones sobre el peaje y la ley 17.529 de concesión de obra pública*, LL, 153-736.
- Rivero Yarn, Enrique, *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969.
- *La protección del usuario de los servicios públicos*, en "RAP", n° 87, p. 233, Madrid, 1978.
- Rodríguez Arias, Claudio, *El peaje. Las virtudes y los vicios*, en "RAP", n° 146, ene. 1981, p. 30.
- Torres, Agustín, *Sistema tributario*, en "Manual de finanzas públicas -varios autores-", p. 349, Bs. As., AZ, 1969.
- Valdés Costa, Ramón, *Cursos de derecho tributario*, t. 1, Montevideo, 1971.
- Varios autores, *De las concesiones*, en "RAP", 1980; ver la ley 23.696 de reforma administrativa, p. 121.

TIEMPO Y ESPACIOS DE INTEGRACIÓN

CLAUDIO RUBÉN LEVY

"El tiempo y el espacio configuran nuestra percepción de la realidad: el momento específico y el encuadre particular dictan la forma de cómo se determinarán las evaluaciones y prioridades internacionales" (Zbigniew Brzezinski)¹.

1. INTRODUCCIÓN

Tiempo y espacio; dos variables esenciales que nos permitirán, con una perspectiva histórica, comprender una doble transición:

a) El de la relativización de la concepción del tiempo, que va finalmente a concebir al individuo como última ratio en las relaciones de poder.

b) El de la concentración del espacio, que tiende a desafiarse los límites impuestos por el concepto clásico de soberanía, considerada como un poder absoluto e ilimitado del Estado.

En este contexto el ser humano tendrá su fundamentación en el tiempo, como legitimador de una realidad finita, y la integración se verá arrastrada por una fuerza centrípeta que actúa sobre el espacio, cada vez menos feudal y más unido.

¹ Brzezinski, Zbigniew, *La era tecnocrática*, Paidós, 1979. El autor fue consejero de Seguridad Nacional durante la presidencia de James Carter.

La finalización del enfrentamiento Este-Oeste lleva implícita una nueva era en las relaciones internacionales, la de la superación del "ser". La amenaza del uso de la fuerza en gran escala está siendo reemplazada por el uso del derecho en un ambiente de mayor cooperación.

Las potencias se rinden ante la acción del tiempo, menos absoluto y más positivo. La soberanía se torna endeble. La comunidad internacional empieza a emerger como nuevo horizonte y, con ella, el derecho del hombre a exigir que el Estado acompañe este proceso, en favor de su propio bienestar y libertad.

Occidente, en la vanguardia de los tiempos, ha ganado esta batalla.

2... LA VARIABLE "ESPACIO"

La historia de las relaciones internacionales nos muestra un movimiento pendular constante en la configuración espacial que adoptan las unidades políticas, en las que se desarrollan las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Dicha configuración espacial oscila entre la atomización y la concentración del poder.

Un mero análisis superficial del mundo helénico, y más allá de las diferentes características que ofrecen sus períodos, nos sugiere una distribución espacial atomizada¹.

Tal como lo expresa Jean Touchard²: "La vida política de los griegos y de la antigüedad clásica está enteramente condicionada por la existencia de la ciudad, la polis, que desempeña en el universo político de los griegos la misma función que nuestros Estados modernos, pero difiriendo

¹ Atenas, Esparta, Efeso, Mileto, Siracusa... constituyen unidades autónomas, con sus particularidades propias. Estas polis tienen un desarrollo autóctono. No se concibe entre ellas relación de interdependencia ni cooperación alguna con excepción de las circunstanciales ligas que se formaban para conjurar un peligro proveniente del exterior. Tal es el caso de la Liga de Delos hacia el siglo V a.C., cuyo objeto era meramente defensivo ante la amenaza persa. La Liga del Peloponneso implicaba una red de pactos que formaba un conjunto de Estados sometidos a la hegemonía de Esparta. Su finalidad se orientaba a salvaguardar el ideal de autonomía propia de cada uno de los Estados miembros. La Liga Beocia, la de Corinto, la Aquea... constituyen otros tantos ejemplos.

² Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, 1982, p. 25.

profundamente de ellos. Todas sus especulaciones la implican, no hay para los griegos otra civilización que la de la ciudad, y la ciudad es un don de los dioses, como lo es el trigo. Ella basta para distinguir a los helenos civilizados de los bárbaros incultos que viven en tribus... La ciudad es la organización política y social unitaria de un territorio limitado".

El propio Aristóteles sostenía en *La política*: "El hombre es un animal político: se distingue de los demás animales por su pertenencia a la polis".

Mas una fuerza centrípeta soplaba desde el norte, desde un pequeño reino que trastocaría el estado de las cosas.

Definitivamente, en Macedonia se gestaría el pasaje del pensamiento clásico al Cristianismo⁴.

Oriente y Occidente se amalgaman en un universo multirracial y multicultural, en el cual el concepto de nacionalismo es reemplazado por el de ecumene. Polis se metamorfosea en Cosmópolis. La autarquía se traduce en interdependencia económica. El intercambio comercial se impone entre los grandes centros.

"La filosofía busca nuevos valqres. El hombre aparece ahora como un individuo; no es ya miembro de una comunidad definida. Más exactamente, se muestra como un individuo en la medida en que es un miembro de una comunidad, ampliada a las dimensiones del universo. La ciudad del sabio es el mundo... La política incorpora a la metafísica, carece desde ahora de un vínculo preciso con un territorio, un sistema, una tradición o una colectividad"⁵.

Esta weltanschauung fue sustentada por el estoicismo, una escuela justificadora de la cosmópolis.

Esta forma concentrada, en lo que al espacio se refiere en las relaciones políticas, se trasladará a Roma; tras reducir a Macedonia a la jerarquía de provincia⁶.

⁴ Esta transición se desarrolla desde el siglo IV a.C., hasta la configuración del Imperio Romano en el siglo I de nuestra era. Filipo y su hijo Alejandro el Grande fusionan todos los Estados desplazados desde el Mediterráneo hasta Egipto y la India.

⁵ Touchard, *Historia*, p. 55.

⁶ Touchard, *Historia*, p. 57. Roma, en sus orígenes emergió con los rasgos de la ciudad-Estado; mas posteriormente la plebe, que no poseía derechos civiles ni políticos, fue incorporada a la ciudad. Ello constituye "la primera de las grandes medidas de integración y absorción que jalanan la evolución de Roma hacia su destino de la ciudad universal".

El imperio —al decir de Veyenne— constituido después de la paz del año 14 impondría su principio "unitario, imperialista, centralizador y brutal"⁷. En Europa se extendería hasta los ríos Rin y Danubio, y tras ellos: la barbarie.

Imperium y *auctoritas* serán los procedimientos a aplicar. "No se admite otra forma de abstracción y teoría que no sea el derecho... Allí donde el griego pensaba en términos filosóficos, políticos o morales, el romano lo hace en términos jurídicos... Los problemas no regulados por la espada lo son por el derecho"⁸. En este período, incluso la religión estaba sujeta a estas normas.

Frederick Hartmann es categórico: "El Imperio Romano fue, y sigue siendo, el ejemplo solitario de la mayor aproximación a un estado universal que ha conocido el mundo"⁹.

Esta forma de interacción entre legalidad y legitimidad sólo podía mantenerse en tanto los agentes desestabilizadores se mantuvieran latentes. Una vez más, la quiebra del *status-quo*, esta ocasión con efectos desintegradores, surgiría desde el norte.

"El Universo se desintegró en miles de unidades feudales y el gobierno imperial desde un único centro fue sustituido por un gobierno local en cada lugar. El universalismo estatal y eclesialístico fue sustituido por el particularismo de los Estados y aun de las Iglesias nacionales"¹⁰.

Todos los caminos que conducían a Roma se bifurcaron. Godos, francos, burgundios, hunos, anglos, sajones,... protagonizan una nueva disgregación del poder, que caerá en manos de los señores regionales, únicos capaces de dar seguridad.

Así como lo define Marc Bloch en *La société féodale*: "El feudalismo coincidió con un profundo debilitamiento del Estado, especialmente en su función protectora".

Del latín a las lenguas romances. Del Imperio a los feudos. De una intensiva actividad económica y comercial al trueque y a una "economía natural".

La dualidad planteada por San Agustín entre la ciudad de Dios y la ciudad temporal intentarían una y otra vez im-

⁷ Veyenne, Bernard, *Historia de la idea europea*, Labor, p. 38.

⁸ Veyenne, *Historia*, p. 38.

⁹ Hartman, Frederick, *Las relaciones internacionales*, Instituto de publicaciones navales, 1946.

¹⁰ Hartman, *Las relaciones internacionales*, p. 23.

ponerse en la faz política, anhelando recrear la idea de Imperio¹².

Hacia el siglo XIV el cuadro de situación, tal como lo describe Touchard¹³ era el siguiente: "La Francia de los Capetos sólo tenía una unidad nominal... El régimen feudal le confería un aspecto dividido y anárquico. El dominio real... alcanzaba muy poca extensión... En Inglaterra la atmósfera era idéntica a la de Francia... En Alemania la situación era casi la misma, el territorio se encontraba repartido entre cuatro grandes pueblos... La fragmentación se encontraba en Italia todavía más acentuada. También España... se encontraba dividida en estados de confesiones, de obediencias diferentes... Así, el poder temporal aparece en Occidente disperso, repartido en pequeñas unidades celosas de su independencia y cuidadosas de hacerlas respetar".

Hacia el siglo XV el péndulo vuelve su trayecto hacia la centralización, esta vez algo más dispersa, en torno a la consolidación de las monarquías nacionales en España, Francia e Inglaterra. Esta concentración se producía en un ámbito espacial más reducido.

Sigue explicando Touchard¹⁴: "El impuesto permanente, el ejército permanente y la multiplicación de los funcionarios reales dan forma a un gobierno central y a una administración provincial que controlan a las autoridades locales o las sustituyen... Esta modernización no rebasa ciertos límites; a pesar de sus tendencias autoritarias y centralizadas, los gobiernos han de tener en cuenta numerosos particularismos y han de respetar, en la forma y a veces en el fondo, las franquicias de las colectividades urbanas o provinciales".

Acota Hartmann¹⁵: "Algunos señores feudales adoptaron para sí el símbolo de la realeza a los que posteriormente los demás culminaron por reconocerle su supremacía". En definitiva, algunos señores emergerían como los primus inter pares.

¹² La lucha entre el poder temporal y el poder espiritual se recrearía una y otra vez anhelando restaurar la materialización del Imperio. Carlomagno, la tentativa de los Ottones, las bulas de Bonifacio III son claros ejemplos de ello.

¹³ Touchard, *Historia*, cap. V.

¹⁴ Touchard, *Historia*, cap. VI.

¹⁵ Hartman, *Las relaciones internacionales*, cap. II.

Esta tendencia centrípeta se materializa terminantemente en el siglo xvii con el establecimiento de las monarquías absolutas, cuyo apogeo se logrará un siglo más tarde, producto de sucesivas crisis¹².

Luis XIV caracterizaría este período en forma precisa: "El Estado soy yo". El cardenal Richelieu decía en una de sus máximas: "Un solo piloto en el timón del Estado. Nada más peligroso que diversas autoridades iguales en la administración de los asuntos"¹³.

Nuevas potencias surgirán en este contexto: Prusia (en torno a Federico el Grande), Austria (en su unión con la corona húngara), y Rusia; que se erigirán en los defensores del ancien régime —junto a Inglaterra y posteriormente Francia— ya entrado el siglo xix.

Europa se poblaría entonces de países centralizados en espacios más reducidos.

Más el siglo xix estaría signado por una nueva cosmovisión que aboga por la autonomía de su pueblo respecto de potencias extranjeras. Es la era de los nacionalismos y de la cristalización de los estados nacionales; que dará paso nuevamente a la atomización de las unidades políticas.

"En un mundo organizado en naciones-Estado nada tiene de sorprendente que las lealtades y valores nacionales adquieran prioridad sobre las lealtades universales y valores morales abstractos"¹⁴.

La unificación alemana e italiana varían en este proceso su punto culminante —aunque este proceso constituyó una fuerza centralizadora—¹⁵.

Bajo este influjo, el espacio en que se desarrollan las relaciones internacionales, alcanzarán su máxima extensión, a una escala planetaria.

Contemporáneamente asistimos a una nueva forma de centralización, en un doble proceso; ya a nivel global con el surgimiento de la Sociedad de las Naciones y su sucesora:

¹² Crisis económicas: hambres y revueltas campesinas. Crisis políticas y de guerras: Guerra de los treinta años, ejecución de Carlos I, desórdenes en Países Bajos; crisis religiosas: revocación de los Edictos de Nantes; crisis intelectuales: libertinos, barroco (ver Touchard, *Historia*, p. 280).

¹³ Fretot, Marcel, *Historia de las ideas políticas*, Bs. As., La Ley, 1987, cap. XIX, sec. 1.

¹⁴ Hartman, *Las relaciones internacionales*, cap. II.

¹⁵ Hartman, *Las relaciones internacionales*, cap. II.



las Naciones Unidas, ya a nivel regional, en donde Europa se encuentra a la vanguardia. Es el fenómeno de la integración de los Estados que no están en condiciones de proporcionar en forma independiente una respuesta adecuada a las necesidades básicas de sus habitantes.

La soberanía pierde su carácter sedentario. El concepto de pluriverso se transforma paulatinamente en el de universo; el de autosuficiencia en el de interdependencia; el de yuxtaposición de Estados por el de cooperación; el de statu-quo por el de nuevo orden internacional. El nacionalismo, antiguo fundamento de aislacionismo y hostilidad entre Estados sirve hoy para conjugar la unidad en la diversidad¹¹.

"Hoy se afirma la identidad de una nación que procura la integración de sus partes. Pero sobre todo, ella busca integrarse en un contexto supranacional más amplio. Ni siquiera Europa occidental: simplemente Europa", aseveró Richard von Weizsäcker —presidente de Alemania— con motivo de la reunificación de su país¹².

Victor Massah reflexiona: "La idea de nación ahonda sus huellas en la mente de Europa. Simultáneamente también se valorizan las regiones internacionales por un lado, y la conciencia supranacional por el otro. Estas tres nociones —región, nación, Europa— que solían ser contradictorias, hoy coexisten y se vigilan mutuamente. Una corrige la desmesura de las restantes"¹³.

En síntesis, presenciarnos una nueva forma de concebir al espacio en las relaciones interestaduales, que a través de la historia ha fluctuado entre fuerzas centrífugas y centrípetas: de las diseminadas polis griegas a todos los caminos que conducen a Roma; de la Edad Media feudal y dividida al poder omnímodo de las monarquías absolutas; de la conformación de los Estados nacionales a su superación en nuevas formas de concentración del poder. Es el fenómeno de la integración de los Estados¹⁴.

¹¹ Sobre unificación italiana y alemana, ver Jacques Néret, *Historia contemporánea*, Ed. Az., Labor Universitaria, 1983, caps. XVI y XIX.

¹² "Unidad en la diversidad" es uno de los principios sustentados en el proceso de unificación europea. Apunta fundamentalmente a entender a los idiomas como diferentes facetas de un patrimonio común.

¹³ Massah, Victor, *Nación, no nacionalismo*, "La Nación", 18/10/80.

¹⁴ Massah, opina que para realizar un análisis más profundo, cabe tener en cuenta la existencia de "fuerzas contrarias" en cada periodo: así, una fuerza centrífuga le corresponde una centrípeta y viceversa. Ejempli-

Los países de Europa oriental, en el marco de la distensión bipolar, tienen el desafío de redimensionar sus respectivos espacios.

3. LA VARIABLE TIEMPO

"Por todas partes donde hay un amo, por todas partes donde hay dominación y, por consiguiente, servidumbre, siempre hay de una manera u otra, manipulación del tiempo, fina labor sobre el tiempo, gestión metódica de su desenvolvimiento y de su cronología"²³.

La concepción del tiempo ha ido evolucionando desde el mundo antiguo hasta nuestros días. Dicha concepción ha condicionado la fundamentación última de la legitimación de las relaciones de poder en cada una de las unidades políticas —a las que hemos hecho referencia en el punto anterior—, a la vez que ha impulsado la tendencia pendular entre la atomización y la concentración en el ámbito espacial.

Mi intención es hacer referencia a la idea de tiempo subyacente y fundante de una legitimidad, que va a sufrir a lo largo de la historia una suerte de humanización.

En Grecia, la organización jurídico-política que se logra en la vida en sociedad es comparada con el orden cósmico (*kosmos*), que regula los ciclos como día-noche, guerra-paz, esclavitud-libertad. Dicho orden cósmico tiene su base en el logos: la ley ordenadora universal, que es por esencia atemporal.

"Si se habla con inteligencia se debe confiar en lo común a todo, tal como un Estado en su ley, y aún más confiadamente, pues todas las leyes humanas se alimentan de la única ley divina"²⁴.

frando: durante las monarquías absolutas (fuerza centralizadora) surgen los nacionalismos, cuando se consolidan los Estados nacionales surgen los imperialismos (fase paz británica); actualmente una de las principales causas de conflicto en las relaciones internacionales la constituye el resurgimiento de los nacionalismos (tendencia atomizadora) contrastando con los crecientes procesos de integración.

²³ Levy, Bernard - Henry, *La barbarie con rostro humano*, Caracas, Monte Avila Editores, 1978.

²⁴ Heráclito, citado por Conrado Eggers Lan, *En torno al origen de la societa de la ley en Grecia*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", n° 6, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988.

Así es como sintetiza Touchard esta situación: "El griego se enorgullece de someterse a un orden, no a un hombre, a diferencia de lo que ocurre con los bárbaros persas"²⁵.

El logos, como forma de ordenar el caos universal, se encuentra en un presente intemporal, en el cual no se concibe la idea del pasado ni de un futuro. El mundo existe desde siempre y para siempre. Es el tiempo immanente, que regula el movimiento planetario; el de la Tierra y su contenido, lo que incluye a la polis.

No es concebible la idea de progreso social a través de lo político. Es así que para Polibio²⁶ las sociedades conocen necesariamente una evolución cíclica que vuelve al punto de partida: la monarquía, Estado inicial por la adhesión natural al más fuerte se transforma en realza, en la que el poder de un soberano justo se funda en la libre adhesión, mas ésta degenera en tiranía cuando el rey cede a sus presiones. La tiranía es destruida por la sublevación de los mejores, a quien el pueblo en recompensa confía el poder; aristocracia que con el tiempo se transformará en oligarquía. Tras ello una rebelión popular dará origen a una democracia amante de la igualdad y libertad; mas la ambición de algunos corrompe al pueblo. Es decir que los tres tipos de constitución: realza, aristocracia y democracia, con sus respectivas deformaciones (tiranía, oligarquía y demagogia) contienen el germen de su propia degeneración.

La ley, en definitiva, se fundamentaba en dicho logos que llegaba a regir la vida del hombre a través del *nomos*, que implicaba *themis* (costumbre) y *dike*: ley de los mortales, parámetro de justicia de la polis.

Esta cosmovisión de un presente constante, de un tiempo trascendente al hombre, sufriría una mutación formidable con el surgimiento de la idea de un dios único y del Cristianismo.

"En un comienzo Dios creó los cielos y la tierra" (Génesis). La idea fundante de que el mundo fue creado por un dios. La vida es eterna, mas existe un comienzo.

Esta visión planteó la ya mencionada dualidad de pertenencias del individuo a las dos ciudades. "Vivir en la ley de Cristo y seguirla significa tener la vida y la salvación

²⁵ Touchard, *Historia*, p. 28.

²⁶ Ver Teoría de la sucesión de las constituciones, de Polibio en Touchard, *Historia*, p. 63.

eternas y ello carece de cualquier connotación que implique una pretensión de trasladar la ley cristiana a la vida política o civil; la ley de Cristo es una ley de salvación y no otra cosa"²¹.

San Agustín afirma: "En el mundo de lo creado nada es eterno, todo es temporalidad, todos los Estados nacen y mueren. Sólo Dios es eterno".

Esta idea de tiempo divino, que siglos más tarde daría fundamento al ejercicio efectivo del poder (v.gr., Carlomagno)²², esta legitimación nueva, implica en alguna medida una relación más directa entre el hombre y la idea temporal (Dios), que la precedente (el logos).

Lo recién expresado puede ser graficado en la siguiente situación: "Cristo, colocado entre Pedro y Pablo y desde una posición elevada respecto de ellos, alza su mano derecha y con la izquierda entrega un rollo a Pedro que éste recibe y guarda"²³.

Esta legitimación de un tiempo inmanente y divino perdurará por siglos, hasta que la propuesta copernicana reformulara la Escolástica medieval en Renacimiento y humanismo; "la mutación del cielo por la tierra, de Dios por el mundo"²⁴.

"El interés por el otro mundo o por la eternidad pierde terreno como factor predominante del concepto de vida. El Renacimiento era típicamente no salvacionista... El Renacimiento era una edad no-moral y no-teológica... El hombre puede hacer todo lo que se proponga... Es un período de escape hacia la imaginación... El centro de gravedad de la cultura se había desplazado definitivamente del otro mundo a éste: de la teología a la política" (G. Catlin²⁵).

El esquema ptolomeico del universo sostiene el principio de que la Tierra es el centro del mundo. La esfera celeste gira en torno de ella.

²¹ San Agustín, citado por Carlos Francisco Bertelloni, *La metamorfosis de la "lex data"*, en "Anuario", p. 97.

²² Véase Veyenne, *Historia*, p. 36.

²³ Berger, K., *Der traditionsgeschichtliche Ursprung der "traditio legis"*, en "Vigilia Christiane", 27, 1973, p. 104.

²⁴ Sciacca, Michele F., "¿Qué es el humanismo?", *Bs. As., Columba*, 1986, p. 7; citado por Grand Ruiz, B. en "El tiempo en Copérnico, Galileo y Campanella", *Bs. As., Ediciones Clepsidra*, 1983.

²⁵ Catlin, George, *Historia de los filósofos políticos*, *Bs. As., Peuser*, 1956, p. 217-218; citado por Grand Ruiz, "El tiempo", p. 17.

La nueva ciencia y los viajes de exploración "amplían el conocimiento de la esfera terrestre y acrecientan el interés por lo terrenal" (A. Messer²¹).

Tatiana Zajarova nos explica: "Catorce siglos predominó el sistema de Aristóteles - Ptolomeo. Toda idea que le contradijese se consideraba disparatada y era proscrita como herética. Pero, al correr de los años, la situación de los planetas discrepaba cada vez más de la realidad. A fines del siglo XVI el genial astrónomo polaco Copérnico... refuta decididamente la teoría geocéntrica, revolucionando toda la ciencia acerca del Universo"²².

La teoría geocéntrica era desplazada: la Tierra se mueve y el Sol es el centro inmóvil. Bajo estas influencias, la creencia de Dios como creador del mundo se pone en duda y con ésta el sustento del tiempo eterno.

El proceso de relativización temporal se acentúa respecto del orden establecido por el logos y después por Dios. Los calendarios se modifican. La historia acelera su ritmo. La idea unívoca divina se atomiza en distintas cosmovisiones respecto de la realidad y la relación antropológica. Los sistemas políticos comienzan a prever su propia reforma. El mandato divino se convierte en sufragio, cada vez más universal. La eternidad se transmuta en finitud. Creación y perennidad por nacimiento y muerte.

El tiempo se torna inmanente al hombre. Desde este momento la legitimación del poder se cuestiona. Surgen las ideologías, las cosmovisiones acerca de la realidad humana, como nuevas formas que intentan ordenar una vez más el caos universal.

De esta manera podemos considerar cinco tipologías básicas de ideas fundantes, que intentan explicar la nueva temporalidad, ahora humana.

a) Liberalismo. John Locke²³ sostiene que para garantizar la propiedad, los hombres salen del estado de naturale-

²¹ Messer, A., *Los filósofos modernos, del Renacimiento a Kant*, citado por Grand Ruiz, "El tiempo", p. 23.

²² Zajarova, Tatiana, *Historia de la Tierra*, citado por Grand Ruiz, "El tiempo".

²³ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, citado por Marcel Prelot, en "Historia de las ideas políticas", Ed. As., La Ley, 1987, cap. XXIV.

za y constituyen una sociedad civil "cuyo fin principal es la conservación de la propiedad... El gobierno no tiene más fin que la conservación de la propiedad".

Marcel Proudhon²¹ caracteriza la concepción liberal: "El hombre entra en el Estado, no con todo su ser sino solamente con parte de él. Pretende asegurarse un cierto número de ventajas en relación al sacrificio que consiente. De otro modo no tendrá razón ninguna para elegir al Estado como forma de vida".

b) Socialismo. Según la misma definición de Marx²²: "El socialismo es la declaración permanente de la revolución, la dictadura de clase del proletariado como punto de transición necesario para llegar a la supresión de las diferencias de clases en general". Se aboga por una comunidad sin clases.

Lenin²³ sostuvo, por su parte, que "la superación de la dictadura del proletariado engendra el advenimiento de la armonía social de una comunidad sin clases y sin Estado".

c) Anarquía. Según Proudhon²⁴: "El Estado no tiene que intervenir. No aparecer por ninguna parte. En una sociedad bien organizada, debe reducirse poco a poco a no representarse más que a sí mismo, a nada".

d) Sindicalismo. Jean Touchard nos explica: "El sindicalismo de los obreros sindicados en los años de 1880 a 1914... fue una ideología que trató de hacer del sindicato una 'forma social' destinada a sustituir al Estado, y no un simple instrumento de defensas de la clase obrera destinado a presionar contra la sociedad existente y a coexistir al lado del Estado".

e) Nazifascismo. Mussolini sería muy preciso: "Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado"²⁵.

²¹ Proudhon, Historia de las ideas políticas, cap. XXIV, p. 362.

²² Marx, Karl, carta del 5 de enero a Joseph Weydemeyer. Agrega allí: "La dictadura sólo es la transición hacia la abolición de todas las clases y hacia una sociedad sin clases". Esta definición pertenece a su segunda etapa: 1848-1870. Ver Proudhon, Historia de las ideas políticas, p. 433 y siguientes.

²³ Ver Proudhon, Historia de las ideas políticas, p. 440 y siguientes.

²⁴ Proudhon, Pierre J., en "Le représentant du peuple". Ver Proudhon, Historia de las ideas políticas, p. 428.

²⁵ Mussolini, Benito, Discurso de la Scala del 28/10/26.

Una clara idea de esta doctrina la ofrece el art. 1º de la Carta del Trabajo: "La Nación es un organismo dotado de existencia, de fines, de medios de acción superiores en poder y en duración a los de los individuos aislados, o agrupados que la componen... la unidad ética, política y económica se realiza íntegramente en un Estado fascista".

Dos de estas líneas de pensamiento sobrevivirían a la Segunda Guerra Mundial, tras la desaparición del peligro común que representaba el nazifascismo. Los acuerdos de Potsdam y Yalta les definirían sus respectivos ámbitos de influencia. La guerra fría significaría la lucha por la hegemonía de una u otra, con la clara intención de organizar el mundo bajo diferentes "ritmos".

En *The end of Ideology* (1960) el sociólogo norteamericano Daniel Bell argumenta: "Calamities of 20th. century—the moscow show trials, the concentration camps, the suppression of the hungarian revolt, along with the rise of the Welfare State-exhausted 19th. century ideology... One simple fact emerges: for the radical intelligentsia, the old ideologies have lost their truth; and their power to persuade. Few serious minds believe any longer that one can set down 'blueprints' and through 'social engineering' bring about a raw utopia of social harmony"³².

Proyectos de aviones hipersónicos capaces de unir dos extremos del mundo en un par de horas, satélites aptos para leer la portada de un diario en cualquier punto del planeta; informática, robótica, marcan un nuevo hito.

La tecnología acelera el proceso de relativización del tiempo y el de la centralización del espacio. La dicotomía del siglo XXI no se debatirá entre riqueza y pobreza, sino entre comunicación y ausencia de la misma.

David Landes³³, historiador especializado en la evolución de los relojes afirma: "Sin el reloj no existiría el mundo moderno. Él marca la diferencia entre una sociedad compleja, intrincadamente coordinada y la sociedad primitiva, que sólo percibía vagamente las posibilidades del tiempo... Más que nada el tiempo es lo que hagamos de él".

En síntesis, el análisis del "tiempo" como ordenador del caos universal nos sugiere un creciente proceso de relatividad.

³² Bell, Daniel, artículo publicado en "Time", 3/6/77.

³³ Landes, David, "¿Qué es el tiempo?", en "National Geographic", dic. 1986.

zación. Inicialmente será el logos, una idea trascendente-divina en la cual la realidad hace referencia a un presente constante: el mundo existe desde siempre y para siempre. Posteriormente la concepción de un dios immanente nos da cuenta de una eternidad a partir de la creación —lo que implica un comienzo—. Finalmente será el hombre, que con su finitud mutará lo perenne en nacimiento y muerte.

Dicha subjetivización ha llevado a erigir a los derechos humanos como un fundamento irremplazable e impostergable en la relación hombre-Estado. Estos derechos tampoco permanecerán inmutables. Surgirán generaciones:

- La primera: concibe al hombre como un ser aislado.
- La segunda: interpreta al hombre como miembro de la sociedad.
- La tercera: percibe al hombre como habitante del Mundo.

El hombre de la era “tecnocrónica” ya no concibe los límites en las puertas de Atenas o Esparta, ni en las despobladas mesetas del Peloponeso. Sus fronteras lindan con el espacio exterior, con todo lo que sea ajeno al ecosistema terrestre. El ostracismo, en nuestros días, sólo podría tener lugar más allá de los confines del Universo.

La tercera generación de derechos humanos se basa en un nuevo principio legitimador, para que el Estado cambie su fisonomía, adecuándose a la nueva concepción del tiempo que implica un reacomodamiento en el espacio y la sumisión a un ordenamiento legal supranacional.

Conjugando las dos variables (tiempo y espacio) podemos concluir lo siguiente: Las polis griegas se vieron sujetas a un ordenamiento cuyo fundamento último era el logos —la ley ordenadora universal—. El Imperio Romano y los feudos estuvieron profundamente influenciados por la cosmovisión de Dios como legitimación última de toda existencia. Con las monarquías absolutas y su posterior atomización en Estados nacionales, el hombre se va convirtiendo paulatinamente en la fuente de legitimidad del orden político. Por último la tecnología ejerce su influencia sobre ambas variables; comprimiendo los espacios y acelerando la marcha del tiempo.

Primero Babilonia, luego Grecia, el Imperio Romano, el inglés, los EE.UU. y finalmente Japón; el desplazamiento de la vanguardia en la manipulación del tiempo se asemeja a la puesta del sol: del este al oeste.

HACIA LA DESESTIMACIÓN DE UNA FALACIA INSTITUCIONALIZADA: EL SISTEMA DE PATENTES

**ALBERTO GUIDO SANTAMARÍA
JAVIER FERNANDO NÓRBE**

1. Introrro

La cuestión de la viabilidad o improcedencia de la aplicación de un sistema de patentes, ha provocado encarnizados debates, que han adquirido mayor fogueidad a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Fue entonces cuando los seguidores del liberalismo clásico (aquel que consagraba como bastión la libre concurrencia y la invisible hand de Adam Smith), fastigaron con duros términos el sistema de patentes, por considerarlo franco basamento de la plasmación de monopolios en la oferta de bienes y servicios. Sin duda, el *laissez faire, laissez passer* de Turgot se contraponía con la idea de institucionalizar tal afrenta a la competencia cuasiperfecta, en el sentido que tales patentes garantizaban el pleno dominio de sectores del mercado, por la exclusividad de la explotación de un determinado descubrimiento.

La gran crisis económica de postrimerías del siglo XIX (que provocó un ciclo recesivo en la economía internacional con el respectivo detrimento en el comercio interestadual), orientó hacia esquemas proteccionistas, y en tales variables, el sistema de patentes encontró un adecuado caldo de cultivo. Tal intensidad había alcanzado la disputa en torno al problema, que en Suiza se rechazaba desde la Constitución Helvética el sistema de patentes; en los Países Bajos se había abolido la ley de patentes; y en el resto de los países industrializados —Francia, Alemania, Inglaterra— se propugna-

ba por la íntegra abolición del mentado sistema; tan es así, que el celeberrimo periódico británico especializado "The Economist" afirmaba en su edición del 5 de junio de 1869: "Es bastante probable que dentro de poco las leyes de patentes sean abolidas", frase que se convirtió en un verdadero lugar común en aquellos días.

2. INSUFICIENCIA DE LAS TEORÍAS QUE PRETENDEN DAR SUSTENTO A LA EXISTENCIA DEL SISTEMA DE PATENTES

En la conferencia de Viena de 1873, preparatoria del Convenio de París de 1883, se produjo un ordenado debate, del cual pueden extractarse las diferentes tesis que procuran dar fundamento al sistema de patentes.

a) Teoría del derecho natural de propiedad.

Los derechos del individuo y el "abstractum de la *lex naturalis*".

La propiedad intelectual es considerada como parte integrante del cúmulo o haz general de los derechos de propiedad, concebidos estos últimos como *ius naturalis*. En consecuencia, la propiedad no es una institución de origen social (nace en el individuo y él lo receipta), por la cual su tésis no apunta a propósitos comunitarios. De ese modo, las ideas (desde un concepto racionalista) son exclusivas e inherentes a la esencia del individuo. Entonces, las ideas son un objeto posible y adecuado de derecho exclusivo.

Consecuentemente, el Estado está obligado a reconocer el derecho natural preexistente, teniendo la obligación moral de otorgar un derecho exclusivo a quien presentó un invento. Evidentemente, debe ser éste un principio de alcance internacional, de modo tal, que todos los Estados consagren tal protección.

¿Podemos considerar consistente tal tesis?

En rigor a la verdad, una idea no es objeto adecuado para que se constituya sobre ella un derecho de propiedad, dado que no puede ejercerse la inmediatez característica del *ius in re* en sentido lato. De momento, la idea o conjunto de ideas resultantes de la actividad creadora psicomotriz del individuo que se manifiesta en un invento, cuando es publicada, toma estado público y no puede ejercerse sobre ella contralor alguno. ¿Debería entonces ser vedado su uso al resto de las personas?

Interpretando y actualizando la noción de Ginnosar, la propiedad como haz de derechos subjetivos no es sólo inmediatex sobre bienes corporales: también involucra capacidad de disposición sobre bienes inmateriales. Tales los supuestos que hallamos en los derechos crediticios —cheque, pagaré—; basándonos en el título donde consta el crédito, puede conminarse al solvens a satisfacer el *ius credendi* del titular. Análoga situación se observa en el caso de la patente y los derechos industriales en general, en donde según el título otorgado por la autoridad competente —la patente propiamente dicha— puede constreñir a otra persona a una obligación de no hacer, esto es, a abstenerse de explotar, en un plazo determinado el invento oportunamente reivindicado.

A su vez, si aceptamos a las invenciones como inmersas en un derecho de propiedad regulado por la *lex naturalis*, debemos consecuentemente aceptar ciertos parámetros, tales como:

1) El otorgamiento a perpetuidad de derechos al inventor, sus causahabientes y cesionarios. Los resultados de semejante postulado, contrarían absolutamente la adecuada competencia de los agentes económicos, puesto que importaría reconocer monopolios *ex lege* a perpetuidad, situación que dañaría a la comunidad toda.

2) La no exigencia de limitaciones y requisitos al patentamiento ni la exclusión de ciertas materias de la protección de las patentes. La sola existencia del invento da lugar *per se* a su patentamiento, dado que, a este *ius naturalis*, podría exigírsele, que tornara su potencia en acto, esto es, lograr la debida aplicabilidad industrial. Así, el derecho natural estaría por encima del costo de oportunidad de un determinado ciclo económico, o de los resultados negativos de las deseconomías externas (p.ej., contaminación). Tal sería el caso de la intangibilidad por su origen del patentamiento de invenciones farmacéuticas, ante los requerimientos de salud pública.

3) La internacionalidad del sistema de patentes, por cuanto el reconocimiento universal del *ius naturalis* impediría la sujeción a un único ámbito espacial nacional. El sistema de patentes, sobre la base de tales parámetros de sujeción, traería aparejado indudablemente un *pondemonium* de normas contrapuestas, que se arrogarían el carácter de reconocimiento universal. La práctica en esta mate-

ria tan controvertida ha demostrado que tales afirmaciones son meramente utópicas e inoperantes.

Luego, la tesis del derecho natural no puede dar sustento a la existencia del sistema de patentes.

Procuraremos analizar entonces el resto de las tesis a considerar.

b) Tesis de la retribución al inventor por servicios prestados

El invento produce una serie de beneficios tangibles a la comunidad toda, y posibilita una mayor interacción entre los agentes económicos, posibilitando una reducción de costos, aumento de competitividad y productividad e innovación en materia de inversiones (tales efectos, por supuesto, analizados desde una perspectiva de alcance económico-financiera, por citar sólo un ejemplo). De modo tal que, como el resto de los agentes económicos goza de su respectiva remuneración por los servicios prestados, el inventor y el tecnólogo deben también ser retribuidos. Sin embargo, se ha llegado al extremo de consagrar el monopolio exclusivo de patente como la debida remuneración.

Podemos desestimar tal postura del premio o retribución (fundamentalmente en cuanto a la estructura del tal premio: la concesión de monopolio de explotación), con fundamento en la utilización por parte del inventor de conocimientos previos acumulados por el patrimonio cultural de un grupo humano, recursos por los cuales el inventor no ha reembolsado la retribución pertinente transformándose en una verdadera contradicción lógica que el inventor reclame a la sociedad una retribución que él aún no ha abonado. Por otro lado, ¿es justa, es equitativa, la medida de la retribución? Sin duda, los efectos contraproducentes del ejercicio monopolístico de la explotación de inventos por intermedio de la patente correspondiente, se manifiestan a través del aumento de los costos y, consecuentemente, de los precios finales, a más de la creación caprichosa de un bien escaso que tornará su demanda rígida y su oferta regulada subrepticamente, en franco desmedro al libre desenvolvimiento del mercado. Se impedirá así a la sociedad que haga uso del invento: deberá sujetarse a las disposiciones monopolísticas del inventor o del licenciario, en el caso de explotarse.

Además, téngase en cuenta que las grandes investigaciones científicas para la modernización y el desarrollo se

llevan a cabo en importantes empresas o en instituciones educativas y culturales privadas y estatales, con la intervención de grandes grupos multidisciplinarios, transdisciplinarios e interdisciplinarios, constituidos por gran número de personas que rotan constantemente, haciéndose difícil la individualización precisa del sujeto inventor. Ante tales inconvenientes, estimamos improcedentes tales parámetros, y en consecuencia, la tesis toda.

c) Teoría de estímulo a la invención

Debido a que el progreso industrial es una cuestión de primera necesidad, ni la invención, ni la consecuente explotación de los inventos se desarrollarán adecuadamente, a menos que los inventores e inversores tengan esperanzas fundadas en el grado de rentabilidad y la percepción de beneficios futuros con una tasa de recupero en corto plazo, de la empresa en marcha.

Entonces, se ha llegado a afirmar que no se producirá innovación tecnológica ni inversión rentable sin las exorbitantes ganancias netas del monopolio de patentes. Es ésta una verdadera falacia, como lo es todo el sistema de patentes.

Si bien no podemos afirmar con suficiencia y sobre la base de datos estadísticos, que ha habido o habrá más invenciones gracias al sistema de patentes, sí podemos afirmar que de ninguna manera es general y absoluto tal postulado en la realidad industrial. Los constantes proyectos piloto de megasempresas como IBM, en el campo de la informática, Minnesota Mining and Manufacturing (3M), en el área de los adhesivos, o Ford Motors Co. en la automovilística y la mecánica, con innovaciones constantes que pronto transforman en obsoletas a las invenciones anteriores demuestran que el sistema de patentes siempre está un paso atrás de la impresionante actividad de los entrepreneurs e innovadores tecnológicos. Aun así, en estudios realizados donde se demuestra que en el área de los directivos empresarios y en el área de investigación y desarrollo no existe opinión conteste al respecto, se nos manifiesta que, al menos, la duda sobre la efectividad del sistema de patentes corroe el razonamiento de los agentes económicos. A propósito, Edsel Ford, presidente de la Ford Motors Co. afirmó cierta vez que "creo definitivamente que si lo realizara", cuando se le preguntó qué haría su compañía si se viera imposibilitada de acceder a patentes de invención; si igual-

mente seguiría trabajando y produciendo con el mismo nivel de innovación.

Desde otro enfoque, debemos ver a la innovación como una obligación para las empresas que quieren mantenerse en condiciones de competitividad adecuadas a los efectos de conquistar sectores del mercado. El facilitarle un sistema de patentes que monopolice la explotación de sus inventos, sería garantizar el riesgo asumido y restar competitividad a la producción, denigrando la naturaleza propia de la innovación empresarial.

Confirman nuestros dichos las conclusiones de Seymour Melman, en un estudio realizado para el subcomité de patentes del Senado de los EE.UU. en donde asevera: "Con el sistema de patentes o sin él, proseguirá la búsqueda eficaz de conocimientos en las universidades y otras instituciones sin fines de lucro, con los recursos disponibles, mientras la búsqueda de conocimientos sea considerada un fin en sí mismo. Las empresas seguirán ampliando sus investigaciones en las técnicas útiles, según dicten las necesidades de la competencia, con privilegios de patentes o sin ellos.

Concluamos, entonces, que la teoría de estímulo de la invención mediante la atribución monopólica, no puede dar sustento al sistema de patentes.

✕ d) Teoría de la divulgación

En la mayor parte de las leyes sobre patentes se incluye el requisito de la descripción, donde deben expresarse puntualmente los caracteres de la invención para que una persona calificada de nivel medio pueda ejecutarla. De esta manera, se contribuye a elevar el piso tecnológico existente en la sociedad, puesto que este nuevo conocimiento o conjunto de conocimientos descritos de forma clara y completa podrá ser utilizado por otros individuos para generar nuevas innovaciones, impulsar nuevas inversiones en investigación y desarrollo, y en consecuencia, continuar con la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos. En vista de tal circunstancia, se afirma que si la innovación o invención está vedada o aislada al conocimiento de los demás, siendo conservada en secreto por su mentor, el avance tecnológico no podrá darse en su plenitud. Y es aquí, conforme a la tesis en análisis, donde se hace necesario el sistema de patentes: es necesario que, ante la divulgación que el inventor realiza, su innovación debe estar salvaguardada

efectivamente por el monopolio consagrado por un sistema de patentes.

Tal teorización no resiste una pormenorizada contraposición con la realidad. Si bien el inventor puede conservar su secreto, lo cierto es que los parámetros tomados como base de investigación son generalmente los vinculados a la técnica imperante, adicionado el hecho de la interconexión y cooperación científica entre los hombres sobre idénticos objetos de estudio. Así, salvo excepciones tangibles, un número determinado de investigadores, por separado, basándose en los mismos criterios de metodología científica, arriban a similares o idénticos inventos. Es interesante pues, a título ejemplificativo, citar el caso de la invención del teléfono: el italiano Antonio Meucci, nacido en Florencia en el año 1808, que tenía experiencia previa en la investigación en materia de telégrafos, pretendió crear un sistema en virtud del cual los vocablos emitidos por la voz humana llegaran al destinatario receptor a través de una corriente eléctrica. Luego de arduo trabajo en los EE.UU. —adonde había emigrado en 1835—, inventó un aparato en forma de bobina, con imán y una especie de diafragma.

Pudo así "telegrafiar las palabras", pero carecía de los recursos necesarios para patentar tal creación. Sin embargo el 20 de diciembre de 1871, presentó en la oficina de patentes de los EE.UU. un pedido provisional acompañado de textos y dibujos, reservando el derecho de peticionar definitivamente la patente de invención. Transcurren ciertos años en los cuales Meucci pretende acopiar recursos para hacer frente a los gastos de patentamiento.

Llega el año 1874 (un 14 de febrero), y en tal año, con tan sólo dos horas de diferencia, se presentan dos pedidos de patentamiento definitivo del teléfono: pero no son de Meucci, sino de otros dos sabios: Graham Bell y Eliseo Gray. Ambos obtienen entonces el documento que les acreditaba el privilegio de invención y la propiedad industrial. Tal circunstancia —que la historia ha corroborado como la coincidencia de investigaciones apuntadas a un mismo fin innovador— acredita que la exclusividad de patentamiento puede traer serios perjuicios. Meucci se dirigió a los tribunales, a los efectos de accionar contra la nueva compañía que explotaba "su" invento: la Bell Company. Luego de confusos episodios, la Suprema Corte estadounidense reconoce en 1886 la prioridad de Meucci y condena a la Bell Company a abonar una compensación resarcitoria de 100.000 dólares.

Sin embargo, la culpa no era de Meucci por su falta de diligencia (el pedido de patente provisional lo corrobora) ni del apoderamiento ilegítimo de una invención no propia por parte de Graham Bell (hecho comprobado por cuanto los hallazgos de Bell, si bien parten de las mismas premisas, apelan a diferentes medios técnicos), sino de la imperfección del sistema de patentes, que no contemplaba la convención o invención simultánea por diferentes agentes. Y así se lesionaron los derechos del italiano.

Otra grave falencia la hemos hallado en el requisito de descripción, por cuanto su cumplimiento puede no ser llevado a cabo de la mejor manera por el solicitante, por ejemplo, no revelando íntegramente los elementos caracterizantes, situación que se dificulta ante disciplinas científicas verdaderamente complicadas.

Entonces, ante la posible mala fe del solicitante en el desarrollo de la descripción, se afirma que con requisitos legales más severos —tales como la descripción del mejor método para la explotación del invento— y una administración más estricta, se podría solucionar el problema de marras. Tal solución nos parece un tanto utópica, por cuanto la gran y progresiva complejidad científica seguirá agravando la cuestión.

A su vez, es posible que los técnicos necesarios para clarificar la descripción no puedan ser dados, puesto que no se cuenta con esa información al momento del patentamiento (p.ej., elementos necesarios para concretar la producción del invento o su aplicación a gran escala) o bien es demasiado compleja para ser incluida en tal descripción. Tales elementos a aportar se verían aún más complicados ante el hecho de la variabilidad y heterogeneidad de las condiciones locales o la finalidad de utilización. Tal situación llevó a que Beier afirmara: "Su finalidad ya no es la de permitir la explotación de una invención por otros o, como dicen los economistas, de permitir su imitación. Antes bien, la función primordial de la exposición consiste hoy en facilitar al público un panorama completo y exacto del estado más reciente de la tecnología".

Ante la desestimación de ésta y de cada una de las tesis analizadas, sólo nos resta afirmar, para argumentar más fehacientemente en las conclusiones, que se ha institucionalizado una falacia en el ámbito de los sistemas de patentes.

**3. LA TANGIBILIDAD DEL PROBLEMA.
PARTICULAR EFECTO DEL SISTEMA DE LAS PATENTES
EN LOS SISTEMAS ECONÓMICOS EN VÍAS DE DESARROLLO**

En relación con los países en vías de desarrollo económico, los fundamentos reales de implantación de un sistema de patentes, surgen con suficiente claridad. Quienes están en la cresta de la ola tecnológica, y pretenden consagrar un monopolio para afectar la libre competencia, único medio de exaltación de la confiabilidad de la producción ante los consumidores y la puja legítima de costos y precios, ven en los sistemas de patentes la cristalización y aseguramiento de sus márgenes netos de ganancia y sus porcentajes estables de rentabilidad, en franca contradicción con el principio del riesgo de las inversiones. Por ejemplo, en concepto de productos farmacéuticos, en los países desarrollados se han registrado ingresos por productos patentados en concepto de 1300 millones de dólares, mientras los países en vías de desarrollo ven perjudicada su balanza comercial en idéntico rubro, en 1200 millones de dólares.

Se debía lograr en estos países un sistema de patentes que diera igualdad de trato a nacionales y extranjeros; de esta forma, logrando el patentamiento de los productos por extranjeros —que se ven favorecidos por su loable adelanto científico y mayor potencialidad de inversión—, se consagró a su favor un ejercicio monopolístico, de la siguiente forma:

a) En la minoría de los casos registrados se procedía a explotar el monopolio con modalidad especial: en lugar de producir en el país de registro de patente, se realizan importaciones de otros países donde poseen otros emprendimientos económicos de igual objeto, aprovechando la ventaja comparativa dada por más bajos costos, salarios inferiores, etc., y se inunda el mercado, anulando la competencia franca por el control de la comercialización de los productos, imposibilitando el uso de tal innovación, por la patente resguardante.

b) En la mayoría de los casos (90 al 95%, estadísticamente hablando) no se hace uso del monopolio de patentes, puesto que éste se conforma para su propietario en un "resguardo preventivo". Es decir, ni siquiera se exportan productos a dichos mercados, dado que tales mercados pueden

no ofrecer los márgenes de rentabilidad esperados, pero si se vislumbra el surgimiento de imitadores locales. A su vez, en materia de compañías multinacionales, se señalan los mercados cautivos, mediante tal sistema de patentamiento, a las demás firmas rivales; esto es, sin duda, delimitar el campo impidiendo la libre concurrencia de los competidores.

Es decir, que el propietario de la patente no la explota, pero, además, impide la explotación por los competidores, o la importación de productos para paliar los efectos del monopolio y hacer descender los precios.

Algunos datos estadísticos corroborarán la veracidad de nuestros dichos, en relación a la negatividad de los efectos de un sistema de patentes sobre los países en desarrollo, al impedir su acceso a la competencia franca:

1) Tan sólo el 6% de las patentes que se conceden en el mundo son entregadas por los países en vías de desarrollo económico. Aproximadamente una de cada seis patentes otorgadas en dichos países corresponde a extranjeros —el 84% de éstas se han concedido a países como EE.UU., Inglaterra, Alemania, Francia y Suiza—.

2) Alrededor del 90 al 95% de las patentes concedidas a extranjeros en los países en vías de desarrollo no se explotarán nunca, y cumplirán un fin meramente preventivo, asca-reando los flagrantes ataques a la producción dinámica promovida por el mercado libre y la iniciativa de inversión productiva.

3) Los nacionales de los países en desarrollo no poseen dentro de sus propios países más del 1% del acervo internacional de patentes y en el resto de las naciones, no más del 0,55% de las patentes existentes.

Entonces, y sin pretender caer en una ridícula e ideologizada postura de xenofobia, vemos que los monopolios en manos de extranjeros o nacionales —aunque en este último caso son escasos los ejemplos— plasmados e institucionalizados por los sistemas de patentes, afectan sobremanera el desarrollo económico integral de los países analizados. El monopolio restringe y agota la competencia, hace crecer a los pueblos. Tomemos como conclusión final este adagio tan tajante, a los efectos de sintetizar nuestra postura, basada en criterios objetivos de investigación de la realidad económica internacional, y no en vanos resentimientos políticos.



4. CONCLUSIONES FINALES

Habiendo expuesto la desestimación objeto de nuestro estudio, es menester entonces finalizarlo con una conclusión fundamental. Tal es aquella por la cual, arribamos a plantear el delicado problema, es decir, que la conclusión no es más que la corroboración de la premisa base que tomamos como punto de partida: los efectos negativos sobre la inserción productiva y la libre competencia de los monopolios de ofertas.

Y tal supuesto se agrava si se pretende institucionalizar, esto es, receptar en el ordenamiento jurídico, un medio de menoscabar el libre ejercicio del comercio y la industria, hecho que importaría la violación de una preciada garantía que las constituciones de la mayor parte de los Estados han consagrado: la libertad económica. Y el sistema de patentes —cuando menos tal como está instrumentado en el presente— lesionaría tales derechos subjetivos fundamentales.

Alberdi, con su típica sapiencia y sentido común, dijo alguna vez: "¿Qué exige la riqueza de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro: que no le haga sombra". Y por cierto, que el actual sistema de patentes, es un arbusto demasiado frondoso, y su sombra amplia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan B. *Sistema económico y realístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Plus Ultra, 1994, cap. I.
- Leque, Manuel A., Actualidad de los bienes incorpóreos (patentes, marcas, medidas de utilidad, "know how", "software", biotecnología), en "Revista de Derecho Industrial", n° 21.
- ¿Es el "know how" un derecho de propiedad?, en "Revista de Derecho Industrial", n° 11.
- O'Farrel, Ernesto, *Patentes y productos veterinarios*, LL, 1987-A-1.
- Patel, Surendra J., Los derechos de propiedad intelectual en la zona Uruguay, en "Comercio Exterior", México, s/b, de 1989, vol. 48, n° 4.
- Petrose, Edith, *La economía del sistema internacional de patentes*, Siglo XXI Editores, caps. I y II, p. 3 a 41.
- La función del sistema de patentes en la transmisión de tecnología a los países en desarrollo, Informe conjunto del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, la Secretaría de la UNCTAD y la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ONU, Nueva York, 1975.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Encrosas Arraza, Lavalle 1300, e imprenta en sus talleres, Berón de Astrada 3433, Capital Federal, en la segunda quincena de setiembre de 1982.

