

lecciones



Y ENSAYOS

10/11

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1959

Como no podía ser de otra manera, nuestra primera preocupación es animar la Dirección de Publicaciones de esta Facultad, sea la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Respecto la publicación de la REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, escritores y extranjeros, quedaba sin realizar una vinculación respecto a la labor propia del profesor y el alumno.

También resultaba necesario que los alumnos se comunicaran entre sí y tengan una tribuna donde expresaran su elocuencia jurídica, donde formaran con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la tribuna y ferreña existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a su vez, como tribuna, a la experiencia de quienes se quieren que ya paso por la Facultad sea un momento estelar y rendir entonces, marcado sólo por sus propios problemas.

En las acciones que llevamos a crear **LECCIONES Y ERRATAS**, Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Escapas de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por esa entrega a los estudiantes la dirección de esta publicación, facilitándose la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abstrayéndose al momento estelar de estos puntos.

LECCIONES Y ERRATAS es un medio de los alumnos —estudiantes bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

Ignacio Wislitzky
(LECCIONES Y ERRATAS, Nº 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Francisco F. Lapian

VICEDECANO

Dr. Guillermo Abumada

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores

Consejeros titulares: Dr. Marco A. Rivolla, Dr. Jaime Basson, Dr. Aquilino H. Gasglione, Dr. Eldora Ruiz Moreno, Dr. Rodolfo Marilón, Dr. Américo L. Goja, Dr. Manuel M. Díaz.

Consejeros suplentes: Dr. Enrique Díaz de Gujara, Dr. Carlos Stöckel Viamonte.

Egresados

Consejeros titulares: Dr. Roberto S. Postiglione, Dr. Francisco E. Trusso, Dr. Eduardo A. Roca, Dr. Jorge A. Bazquá.

Consejeros suplentes: Dr. Antonio D. Varela, Dr. Guillermo O'Donnell, Dr. Juan A. Gregorio.

Alumnos

Consejeros titulares: Sr. Jorge A. Godano, Sr. Roberto J. Quinto, Sr. Juan J. A. Anla, Sr. Juan A. Sangionese.

Consejeros suplentes: Sr. Eduardo A. Baraso, Sr. Alberto L. Irizar, Sr. Arnaldo Klainer, Sr. Enrique J. Bellagamba.

LECCIONES Y ENSAYOS

1961

Nº. 19

ESTUDIOS

	Pág.
JOSE M. LOPEZ OLACIREGUI: De la nulidad de los actos jurídicos	7
JOSE D. RAY: Convenciones de Bruselas	59
ANGEL E. GONZALEZ MILLAN: Cambios penológicos	101

NOTAS Y COMENTARIOS

EDUARDO A. FIGRETTE: El dominio minero	117
--	-----

ENSAYOS

PABLO A. HORVATH: Lineamientos de la organización de las Fuerzas Armadas	125
ANTONIO M. VILLANUEVA: Transformaciones políticas en los siglos XIV y XV	157

TEXTOS

NORMAS DE ETICA PROFESIONAL Y NORMAS DE ETICA JUDICIAL SANCIONADAS POR LA AMERICAN BAR ASSOCIATION:	
II. Normas de ética judicial	181

ESCRITOS JUDICIALES

LEOPOLDO SCHIFFRIN: Recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia Nacional	195
--	-----

UNIVERSITARIAS

Estadística de exámenes y cursos (año 1960)	205
Acta Nº 35/60 del H. Consejo Directivo	215

LIBROS Y REVISTAS

Notas de: Pablo A. Horvath, Carlos A. E. Lagomarsino, Ricardo Litic, Carlos López Castro, Horacio Sanguinetti y Jorge Serventi Reeves	227
---	-----

DECANO

Doctor Francisco F. Lapina

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Doctor Ignacio Wislitzky

CONSEJO DE PROFESORES

Luis Jiménez de Asúa, Guillermo L. Allende y Carlos S. Feyt

CONSEJO DE REDACCION

Directora: María E. Angulo

Subdirectora: Fabia A. Horvath

Secretaría de Redacción: Norma G. Sebía

Secretarías adjuntas: Aurora S. Frutos y Luis Fontrodona (h)

*Redactores: Enrique S. Pérezcobi, Leopoldo H. Schiffrin, Jorge C. Serretti Barera,
Leopoldo Magallanes y Ana R. Cuzir.*

Heclo el depláin que dispone la ley Nº 11.715

La responsabilidad por las ideas expuestas en los trabajos contenidos en esta revista
pertenecon exclusivamente a sus autores.

ESTUDIOS

DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

2ª PARTE *

Por

JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI
Profesor Titular de Derecho Civil I

V. — COMO SE LLEGA AL ESTADO DE NULIDAD. PROBLEMAS DE DECLARACIÓN

22. — Planteo

En los capítulos anteriores hemos visto que la nulidad es una calificación invalidante que pesa sobre ciertos actos jurídicos en razón de defectos esenciales constitutivos de que adolecen.

Ahora bien: esa posibilidad de ser invalidado el acto por causa de sus defectos tiene ella misma un proceso de realización que se desenvuelve en varios pasos, de modo que mientras la invalidación no se produzca efectivamente la calificación de nulidad designa una mera posibilidad o eventualidad: ese acto es de momento defectuoso y por serlo está expuesto —en grado de irremisibilidad mayor o menor— a ser invalidado; es decir, según expresión grata a algunos autores es un acto enfermo de dolencia que puede serle mortal. Presentadas así las cosas vamos ahora a ver cómo puede llegar a realizarse esa nulidad latente por activación de la eficacia destructora del defecto, es decir, vamos a ver cómo se pasa de la nulidad potencial a la anulación efectiva.

23. De la nulidad latente a la nulidad efectiva

Por de pronto es necesario insistir en algo que ya hemos señalado en el N° 15: el acto defectuoso no es automáticamente un acto inválido, sino un acto susceptible de ser invalidado, posibilidad que para realizarse requerirá determinada actividad jurídica de las partes y en su caso de la justicia.

Necesidad de una "declaración" que dé estado a la nulidad

Siguiendo siempre con el argumento de que la nulidad es la versión negativa del acto, queda claro:

(*) La primera parte se publicó en LECCIONES Y ENSAYOS N° 17.

Que si el acto para llegar a existir como realidad jurídica y para ser oponible como tal a terceros había requerido una voluntad interna constitutiva y una declaración que la exteriorizara, corresponde admitir que para que la nulidad (negación del acto) tenga vigencia, es decir, para que la ineficacia del acto constituya una realidad jurídica entre las partes y respecto de terceros se requiere:

- a) Una voluntad destructora del acto.
- b) Una declaración que la exteriorice.

Más brevemente: si para constituirse el acto fué necesaria una ACTIVIDAD DE OTORGAMIENTO, para desaparecer el acto será menester una ACTIVIDAD DE ANIQUILAMIENTO, que se hará efectiva mediante una DECLARACION DE NULIDAD. Para dejar privada de efectos a la inicial declaración constitutiva y a la realidad jurídica por ella engendrada, se requerirá una declaración aniquilante de dicha realidad.

Al otorgamiento lo dejará sin efecto un contra-otorgamiento del acto por la forma de una declaración de su nulidad.

Naturaleza: la declaración comporta un acto jurídico comprendido en la definición del Art. 944

La declaración que invalida el acto viciado constituye ella misma un acto jurídico incluido en la definición del art. 944 del código. En dicha definición, en efecto, se menciona entre los fines posibles de los actos jurídicos, los de "crear... aniquilar derechos y obligaciones". El acto declarativo de una nulidad es un acto jurídico dirigido a aniquilar un derecho en razón de vicios de que padecía el acto jurídico que lo generó.

No obsta al carácter de acto jurídico el hecho de que a veces la declaración deba ser judicial (sentencia de nulidad) porque la teoría del acto jurídico comprende toda clase de actos humanos voluntarios, inclusive los actos de los jueces. Esa amplitud de contenido constituye el mérito principal de la generalización que Vélez Sarsfield tomó de Freitas y cuyo alcance explica en la nota al art. 896 y a la sección segunda del libro segundo; se habla allí de la necesidad de una teoría general del acto voluntario que comprenda los diversos asuntos del código civil "del código de comercio o del código de procedimientos..." y se alude a "actos jurídicos que no son contratos ni testamentos, como ocurre con las relaciones de familia o como los actos de procedimientos en los juicios...".

Voluntad que puede producir esa declaración

Para que el acto invalidatorio pueda producir el aniquilamiento del acto viciado, deberá emanar de una voluntad jurídica con potestad suficiente para surtir ese efecto.

Los casos que pueden presentarse son varios:

A) Actos jurídicos bilaterales: en principio podrán ser invalidados por declaración de voluntad de los mismos otorgantes, pero si hubieran sido fundamento para la constitución de derechos a favor de terceros no se los podrá invalidar sin la conformidad de estos. En los casos en que los otorgantes no se pusieran de acuerdo o los terceros no se avinieran a la invalidación, sólo la voluntad superior de la justicia podría declarar que la existencia del defecto inicial constitutivo determina la ineficacia del acto.

B) Actos unilaterales: la situación es igual. Si el acto engendró derechos a favor de otros sujetos no podría el otorgante dejarlo sin efecto con sólo declarar la existencia de vicios esenciales.

Das formas de declaración: judicial y extrajudicial

De lo dicho en el punto anterior surge que existirían dos formas de declaración de nulidad: la judicial y la extrajudicial. El acto otorgado con defectos esenciales por la voluntad privada de sujetos de derecho puede quedar invalidado en virtud de esos defectos, por el reconocimiento que de ellos efectúan los propios otorgantes del acto, o por declaración judicial de esa fuerza invalidatoria del defecto.

Distinción tradicional que el código recoge

Sobre la necesidad de que la declaración sea judicial existe una distinción tradicional, que el código ha recogido, según la cual habría:

- a) Nulidades de pleno derecho, que no requieren sentencia invalidatoria del acto.
- b) Nulidades dependientes de sentencia.

Esta distinción es la que nuestro código presenta entre actos NULOS y actos ANULABLES, y se pone de manifiesto comparando el artículo 1638 (los actos nulos se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada) y el 1648 (los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados).

Cómo esa distinción no es en la práctica tan categórica

En la realidad esta diferenciación no se produce en forma tan terminante porque en una serie de casos ocurre que aún los actos nulos pueden requerir que la declaración de su nulidad se haga judicialmente.

Por de pronto: el acto nulo es aquél que adolece de determinados defectos, pero si las partes no se ponen de acuerdo sobre ese defecto, por muy manifiesto que éste sea, será necesario recurrir a la justicia para que certifique esa existencia y dé estado obligatorio a las consecuencias que de ella se siguen. Es un principio general que nadie puede hacerse justicia por propia mano.

En otros casos la declaración judicial se hará necesaria por el hecho de que la parte interesada en la vigencia del acto exige su cumplimiento: por ej. si en el caso de una venta hecha por un menor adulto (acto nulo según el art. 1042) el comprador demandara la entrega de la finca. El menor, o su representante, por muy nulo que sea el acto, no podrán evitar ese planteo judicial, y deberán oponer una excepción de nulidad que en definitiva dará lugar a una sentencia. De no hacerlo se verían expuestos a que el acto tuviera vigencia, pues como se trata de una nulidad relativa el juez no podría declarar de oficio, y el no ejercicio judicial de la defensa de nulidad importaría una forma de confirmar el acto.

Otro caso en que se hace necesaria la declaración judicial, aún en supuestos de actos nulos, se presenta cuando no sólo es necesario pronunciar una mera declaración sino que es necesario destruir un determinado estado jurídico al que el acto ha dado lugar, por ej. si es necesario invalidar un instrumento, o una inscripción, o es necesario obtener una restitución etc. Supongamos que un menor ha vendido una finca y la ha escriturado y entregado. En tal supuesto, el planteo de la nulidad no sólo requerirá que se declare la invalidez del acto substancial sino también que se anule la escritura otorgada en el protocolo del escribano, que se deje sin efecto la inscripción en el Registro de la Propiedad y que se restituya la finca al representante del menor que la vendió o a éste mismo si ya ha llegado a la mayoría de edad. Pues bien: para todos estos efectos no puede ser suficiente una mera declaración impugnativa del acto, sino que el menor o su representante se verán en la necesidad de promover una acción judicial en la cual el Juez dispondrá la nulidad de la escritura, ordenará al Registro la cancelación de la inscripción y adoptará las medidas necesarias para que se haga efectiva la restitución del bien. Es decir: la producción de todos esos efectos requiere declaración judicial aunque se tratara de actos que el artículo 1038 reputa "nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada".

24. La "declaración de nulidad" y sus dos momentos, impugnación y declaración propiamente dicha.

El camino que sigue la actividad de contra-otorgamiento del acto que la nulidad presupone, se integra con dos momentos:

- a) La impugnación del acto en virtud de sus defectos.
- b) La declaración de la invalidez a la que se llega a raíz de esa declaración.

Repetimos lo ya dicho anteriormente: el defecto no hace al acto inválido en forma automática sino que lo hace "impugnabile", es decir, abre lo que Japlot llama un "derecho de crítica". La impugnabilidad debe concretarse en una impugnación y la impugnación podrá dar lugar a una declaración.

La impugnación —sea ella judicial o extrajudicial según los casos— es menester en todos los supuestos, sean actos nulos o anulables, porque el hecho de que conforme al art. 1038 en los primeros no sea necesario que la nulidad sea juzgada, tal circunstancia (que por otra parte no es tampoco tan categórica) no significa que la nulidad no deba ser invocada.

La invocación es necesaria aún en los casos en que no lo sea el juzgamiento, y esa invocación constituye el momento de impugnación a que nos estamos refiriendo.

25. Algunos problemas relacionados con la impugnación y declaración de nulidad.

Pasemos a considerar algunos problemas relacionados con el proceso a través del cual se llega a la invalidación del acto.

Titularidad del derecho de impugnación

Si la nulidad es absoluta cualquier interesado o el Ministerio Público tienen la facultad de impugnar el acto (art. 1047). Si es relativa sólo tiene esa facultad la persona a la que la ley se la asigna con fines de protección, y si el sujeto capaz no puede pedir la declaración de nulidad invocando la incapacidad de la otra parte ni tampoco puede hacerlo invocando el error quien no lo padeció o invocando el dolo o la violencia quienes los provocaron (arts. 1048/49, 1158 y 1164).

Es independiente de la calidad de parte

Lo dicho demuestra que la potestad de impugnación no es una facultad accesoria a la calidad de parte otorgante del acto: se puede ser parte sin tener la potestad de denunciar sus vicios (caso de la persona capaz que contrata con un incapaz) y se los puede denunciar sin ser parte (cualquier interesado o el Ministerio Público en los casos de nulidades absolutas).

Naturaleza jurídica

El derecho de impugnar es una facultad potestativa. Se lo puede ejercitar o dejar de ejercitar; en determinados casos (nulidades relativas) se lo puede renunciar expresa o tácitamente. En los mismos casos se extingue por prescripción. Ese derecho se ejerce por medio de un acto unilateral de denuncia que por sí sólo no surte otro efecto que el de dejar formulado un planteo o pretensión.

Las dos formas de la impugnación y declaración

a) Impugnación privada.

La impugnación y la declaración según ya hemos visto pueden ser deducidas privada o judicialmente. Aunque lo habitual sea lo segundo porque las partes no suelen ponerse de acuerdo en estos casos en que se discute la existencia de vicios, nada impediría que en ciertas situaciones se llegara a una declaración de nulidad por acto privado.

En efecto: si ante la denuncia de una de las partes la otra se allanara a reconocer la existencia del vicio y por consiguiente la invalidez del acto se habría configurado un acuerdo bilateral con todos los efectos propios a las declaraciones de nulidad: no se trataría simplemente de disolver el convenio para el futuro o de rescindirlo sino que se trataría de una aniquilación retroactiva que surtiría todos los efectos propios de las nulidades (ver art. 1300 del Código Civil).

El acuerdo invalidatorio tendría pleno efecto entre las partes. Respecto de los terceros les sería oponible en las mismas condiciones en que son oponibles los actos privados. En consecuencia: a) si el que adquirió un derecho reconociera la invalidez del acto por el que lo adquirió, ese derecho se tendría como si nunca hubiera ingresado a su patrimonio. Nada podrían objetar los acreedores de esa persona salvo que arguyesen que el reconocimiento fué otorgado fraudulentamente y para perjudicarlos. b) Si el que adquirió ese derecho ya lo hubiera transmitido a otros, o si otros hubieran constituido derechos sobre él en el tiempo intermedio, el reconocimiento de la invalidez emanado del adquirente no podría perjudicar los derechos de esos otros sujetos sin la conformidad de ellos.

b) Impugnación y declaración judicial. Acciones y excepciones de nulidad.

Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre la existencia de los defectos del acto, su diferendo —como cualquier otro— deberá ser sometido a la justicia para que lo decida.

La impugnación judicial puede tener lugar por dos formas: por vía de acción o por vía de excepción. Ocurre lo primero cuando el impugnante toma la iniciativa de requerir la declaración judicial de nulidad; ocurre lo segundo cuando esa persona deduce la impugnación a título de defensa al tiempo en que la contraria le exige judicialmente el cumplimiento del acto.

El impugnante debe ejercer necesariamente la acción en aquellos casos en que tenga necesidad de colaboración de la justicia para obtener el resultado económico que la nulidad comportará (por ej. el vendedor de una cosa que ya la ha entregado y que pretende recuperarla, o aquel que pretende se anule una escritura que ya ha otorgado). En caso contrario podrá conservar su derecho de impugnación para ejercerlo como excepción defensiva cuando sea la otra

parte la que lleve el caso a la justicia con el fin de obtener la ejecución de las obligaciones surgidas del acto viciado.

La acción de nulidad, en cuanto potestad jurídica, tiene una vida propia e independiente. En especial esa acción puede extinguirse por prescripción en los casos de nulidades relativas, con lo cual aunque el acto conserve siempre el defecto inicial con que se lo otorgó, la otra parte, invocando la prescripción podrá oponerse a que judicialmente se declare la invalidez que correspondería como consecuencia del defecto. El Código legisla en los artículos 4030 y 4031 diversos casos de prescripción de acciones. Se considera que las acciones dirigidas a la declaración de una nulidad absoluta son imprescriptibles. Se discute si las reglas de la prescripción alcanzan a la nulidad deducida como excepción en la misma forma en que alcanzan a la nulidad ejercida como acción: un viejo aforismo romano se opondría a ello (*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*). El punto, en realidad corresponde al curso de Obligaciones (puede verse: Salvat, Obligaciones, N° 2033 y 2213. Llambras, Efectos de la nulidad § 20). La prescripción de la acción de nulidad comporta una forma indirecta de llegar a la convalidación del acto viciado.

Promovida la acción judicial el litigio se desenvolverá conforme a las disposiciones de los códigos procesales.

El trámite del litigio variará según el tipo del defecto de que se trate, y variará también el carácter que en uno y otro caso inviste la sentencia. Si el vicio requiere la investigación de hechos (actos anulables o nulidades no manifiestas a que nos hemos referido en el N° 20) corresponderá el trámite del juicio ordinario: demanda, contestación, prueba, sentencia. La sentencia dará cuenta de que el vicio existe y de que tiene la entidad suficiente para operar el efecto invalidatorio. En cierto modo será la sentencia la que constituya la nulidad, y por eso se dice de estas sentencias que son "constitutivas" y de estas nulidades "que dependen de juzgamiento".

Tratándose de aquellos vicios manifiestos, fijos e indiscutibles el trámite podrá ser sumario y de mera comprobación: cumplidos los requisitos mínimos para dar oportunidad de defensa de sus derechos a la otra parte, el juez declarará la existencia del vicio. Se dice entonces que las sentencias son "declarativas" y que las nulidades son "de pleno derecho" o "no dependientes de juzgamiento". Esto último debe ser entendido sin embargo admitiendo que en caso de no allanarse la otra parte a admitir la existencia del vicio siempre será necesaria una sentencia que declare esa existencia, pues a nadie es dado hacerse justicia por mano propia ni imponer a otro sujeto sus propias conclusiones.

Según algunos la declaración judicial de nulidad produce efectos más amplios cuando se trata de vicios manifiestos, existentes como tales desde un principio y respecto de los cuales el Juez se limita a comprobar su existencia, que cuando se trata de fallas que

sólo tienen carácter de vicios tras el análisis y decisión judicial que los configura como tales. El problema está cifrado en torno al art. 1046 del código según el cual "los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados..." (Ver sobre este punto, infra N° 29).

VI. — COMO LA NULIDAD DECLARADA SE PONE EN ACCIÓN. EL PROBLEMA DE LOS EFECTOS

28. Fundamento y alcance. La nulidad como invalidación total.

Siguiendo el desarrollo de una idea a través de los sucesivos pasos implicados en el proceso de la nulidad hemos visto como el defecto hace al acto impugnabile, y cómo la impugnación puede conducir a una declaración judicial o extrajudicial de nulidad. Nos interesa ver ahora lo que pasa después que ha tenido lugar esa declaración.

Todo lo relativo a la producción de los efectos ulteriores de la declaración anulatoria se desenvuelve con congruente lógica sobre aquella línea de pensamiento marcada inicialmente al señalar que la teoría de la nulidad constituye un simple reverso o forma negativa de la teoría del acto jurídico. Las conclusiones a obtener no son sino consecuencias que están implícitas en ese punto de partida.

Si el acto jurídico por el hecho de suceder como tal y de estar consagrado por la ley crea la necesidad de que se produjera un determinado efecto de derecho (más concretamente: el efecto querido por las partes) y si la nulidad (en cuanto negación del acto jurídico) tiene la virtud de crear la necesidad jurídica de que no se produzcan los efectos propios del acto, va de suyo que la nulidad es una categoría jurídica tendida por la ley hacia la obtención (en la medida posible) del resultado consistente en volver las cosas al estado en que se encontraban antes que el acto se otorgase. No se trata solamente de que cesen en el futuro los efectos del acto: se trata de componer las cosas en forma que desaparezcan también sus efectos pasados, conclusión perfectamente lógica porque si el acto para ser tal debió haberse conformado a los requisitos legales, ha de admitirse que el acto que nunca cumplió tales requisitos nunca debió ser considerado acto y por tanto nunca debió producir efectos. Siendo esto así resultará que si de hecho produjo efectos que no debió producir los mismos resultan ahora carecer de causa por donde es ajustada a razón y justicia la posterior intervención reparadora de la legalidad deshaciendo lo que nunca debió ser hecho, y aniquilando consecuencias que fueron autorizadas en falso sobre la errónea creencia de que una realidad determinada había constituido un acto jurídico, creencia que el tiempo vino a desmentir.

Los efectos restitutivos propios a las declaraciones de nulidad vendrían así a estar emparentados con los efectos repetitivos

que se siguen a los casos de pagos sin causa. Algunos autores han señalado ese punto común de ambas teorías (ver: Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I pág. 24; y Japiot, *Des nullités* pág. 384 y siguientes). Anulado el acto las prestaciones cumplidas resultarán haberlo sido por causa que ha cesado de existir (argum. art. 793).

En definitiva la regla correspondiente a los efectos propios de las declaraciones de nulidad podría expresarse con la siguiente fórmula: LA NULIDAD IMPORTA UNA INVALIDACION INTEGRAL DEL ACTO FUNDADA EN LA FALTA DE TODA CAUSA QUE PUEDA SERVIR DE SUSTENTO A LA PRODUCCION DE SU EFECTOS. Más brevemente: una invalidación integral por falta de causa.

Adviértase que este efecto aniquilativo es una cualidad substancial a la figura nulidad, que se presenta en todos sus casos y tipos: tanto en el supuesto de nulidad absoluta como en el de nulidad relativa, tanto en el caso de actos nulos que no requieren declaración invalidante como en el de actos anulables que requieren tal declaración. La aniquilación del acto no es propiedad de un tipo determinado de nulidad, sino atributo común de cualquiera de los tipos. Una vez declaradas todas la nulidades producen los mismos efectos aún cuando en un tiempo anterior pudieran haber sido distintas las condiciones y formas en que se las llegó a declarar. (Sobre la tendencia que en nuestro derecho afirma ser distintos los efectos retroactivos de la declaración en los casos de actos nulos y en los casos de actos anulables, ver más adelante N° 31).

27. Proyección en el tiempo del efecto invalidatorio.

a) Los efectos futuros del acto.

El acto nulo o anulado no producirá efectos en el futuro precisamente porque la invalidación dispuesta lo priva de virtud o idoneidad para operar esas consecuencias.

Si al tiempo en que se pronuncia su nulidad el acto no se hubiera otorgado definitivamente, no corresponderá otorgarlo. Si se lo hubiera otorgado pero no se lo hubiera cumplido no corresponderá cumplirlo. Toda pretensión en ese sentido por parte de quien fuera acreedor según el acto carecerá de título precisamente porque la invalidación significó la ineficacia futura del acto.

b) Los efectos ya cumplidos. — Principio de la retroactividad.

Conforme a la razón que la fundamenta la declaración de nulidad aparece como necesariamente retroactiva. Esa retroactividad, según hemos visto, está en la esencia misma de la dialéctica que le sirve de estructura lógica: si se declara la invalidez porque el acto adoleció de vicios al tiempo en que se lo otorgaba (defectos constitutivos) de modo tal que la realidad que se consideró ser un acto jurídico no lo era, es razonable que los desplazamientos patríme-

niales o prestaciones cumplidas sobre la falsa creencia de aquella realidad mal interpretada, vengan a carecer de fundamento. En este punto —tal como señalábamos más arriba— la teoría de la nulidad llega casi a confundirse con la de repetición de pagos indebidos: desplazamientos patrimoniales realizados en el pasado dan lugar en uno y otro caso a restituciones por falta de presente soporte suficiente para fundar su justicia. La doctrina universal, por otra parte, consagra como un verdadero axioma el principio del efecto retroactivo de las declaraciones de nulidad (ver capítulo VII de este trabajo).

28. Aplicaciones del principio de retroactividad. Restituciones recíprocas entre partes.

Si al tiempo en que se pronuncia la nulidad el acto ya había sido definitivamente otorgado, corresponderá pronunciar la nulidad de los documentos instrumentales y en su caso de los registros, inscripciones, etc., que de ellos se hubieran hecho.

Si el acto no sólo había sido otorgado definitivamente sino que habían sido cumplidas por las partes total o parcialmente las prestaciones correspondientes al tiempo de su ejecución, tales prestaciones deberán ser restituidas. Así lo dispone expresamente el artículo 1052 del Código Civil.

Limitaciones prácticas a las restituciones recíprocas

A título de concesión práctica que no importa apartarse de la estrictez de los principios, el Código admite que puedan subsistir algunas prestaciones o desplazamientos sucedidos en el pasado en virtud de la eficacia que se atribuyó al acto. Se tiene en cuenta para esto la serie de complicaciones a que podría dar lugar la aplicación rígida del principio de la invalidación integral. Es con este alcance que el artículo 1053, limitando la regla del 1052, dispone: "Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí".

Cabe advertir que la regla es similar a la que en otros casos de restituciones limita el alcance de las que proceden (ver artículos 2423 y concs. relativos al poseedor de buena fe que debe devolver la cosa al dueño, etc.).

Otra limitación inspirada esta vez en fines de protección a determinados sujetos es la que consagra el art. 1165 del título de los contratos: "Declarada la nulidad de los contratos la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado o el reembolso de lo que hubiere pagado o gastado, salvo que probase que existe lo que dió, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz".

Estas limitaciones no hacen a la vigencia de los principios que fundan la nulidad: sólo responden a la aplicación de otros principios que se interfieren con aquellos.

29. Aplicación del principio de la retroactividad a actos subsecuentes otorgados con terceros.

El principio de la invalidación integral y retroactiva del acto anulado además de determinar entre las partes la restitución de todo cuanto entre ellas se hubieran entregado recíprocamente en cumplimiento del acto, tiene un nuevo campo de aplicación cuando una de esas partes hubiera dispuesto a favor de terceros de los derechos adquiridos en el acto que se anuló.

El principio lógico conforme al cual aquél acto no fué causa idónea para la adquisición tiene como consecuencia que el adquirente no fué en realidad tal (y por eso él debe restituir lo recibido), y el desarrollo subsiguiente de ese mismo principio lógico conduce a que si ese sujeto nunca adquirió el bien tampoco pudo nunca transmitirlo como lo hizo, por donde también esa ulterior transmisión viene a quedar falta de causa.

Los fundamentos de esta conclusión se enhebran en una serie de razones que son algo así como la espina dorsal de los códigos:

1) Nadie puede transmitir a otro algo que no tiene (regla del art.3276).

2) Nadie puede transmitir a otro una cosa o derecho en mejores condiciones que aquellas en que él los tiene (mismo artículo).

3) Un derecho que estaba afectado por un vicio en manos de un titular, sigue afectado por ese mismo vicio en las manos de cualquier adquirente (art. 3277) porque los actos de transferencia no importan la creación de derechos nuevos sino la simple transmisión de derechos anteriores.

4) Si a consecuencia de una nulidad resulta que no pudo haber tenido eficacia un acto que determinó transferencias de derechos, corresponde restituir lo entregado en transferencias que se operaron en la creencia de que ese acto tenía eficacia.

Por expansión lógica del principio esto no es exclusivo para la primera transferencia sino aplicable a la segunda, a la tercera, etcétera. Todas quedan sin efecto.

5) Por eso es un verdadero principio de derecho universal el de la invalidación retroactiva de los actos en casos de nulidad (ver capítulo VII de este trabajo).

6) Ese principio ha sido consagrado por el código en los artículos 1050 a 1053 tomados de Aubry y Rau que disponen:

- a) que las cosas vuelvan al estado anterior al acto (art. 1050);
- b) las restituciones entre las partes (art. 1052);
- c) la ineficacia de las transferencias a terceros en caso de inmuebles (art. 1051).

30. Inseguridad que se crea a las adquisiciones de terceros.

La posibilidad de que a raíz de la anulación de un acto se invaliden luego en cadena una serie de actos sucesivos crea, sin duda, un ambiente de inseguridad para las transacciones. Sin una persona vende una casa a otra por acto viciado de error esencial, y el comprador la vende luego a un tercer sujeto y éste a un cuarto, ocurrirá que obteniendo el vendedor primitivo la anulación judicial de la venta inicial, caerán en serie —por falta de soporte— todas las sucesivas, en forma que aquél primitivo vendedor podrá reclamar la casa al último adquirente, no obstante, que con él no hubiera tenido vinculación jurídica alguna, y aunque ese último adquirente hubiera actuado de buena fe y su propia adquisición hubiese sido perfecta. Esta conclusión ha sido criticada como excesivamente severa y como inconveniente al desarrollo de los negocios. En general, priva en derecho contemporáneo la opinión de que al legislar las convenciones debe hacerse en forma de proteger a quienes proceden de buena fe, de modo tal que no recaigan sobre ellos las consecuencias absolutamente inesperadas que resultan de la invalidez de operaciones anteriores a la que ellos mismos otorgaron y de cuyos vicios no podían tener conocimiento. Esa corriente protege lo que se ha dado en llamar la "seguridad dinámica" y algunas de sus conclusiones ya tienen consagración en códigos clásicos como el nuestro, que en determinados casos apartándose del estricto principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor que el que tiene, admite que la adquisición ulterior de una persona de buena fe sea firme aun cuando resultare faltar derecho a quien le efectuó la transmisión (caso por ejemplo de quien compra un bien a persona que lo poseía en carácter de heredero del propietario y que luego resulta desplazada por un pariente más próximo: art. 3430).

31. Tendencia que en nuestro derecho limita la eventual retroactividad de las nulidades.

Planteo. Convencida de la justicia de este tipo de soluciones, y en la idea de que su consagración por el código en determinados casos le asigna vigencia general, una corriente de opinión formada en nuestro derecho doctrinario y jurisprudencial limita la retroactividad de las nulidades en la siguiente forma:

Actos nulos		La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo tanto entre partes como con relación a terceros.
Actos anulables		La declaración de nulidad tendría: a) efectos retroactivos en relaciones entre partes; b) no tendría efectos retroactivos respecto de quienes no fueran partes.

Sostenedores

Esta tendencia se vincula a un famoso fallo, de la antigua Cámara Civil dictado hacia 1894 en el caso *Balivian c/ Arraga* sobre reivindicación y publicado en el tomo 63, pág. 239 de su colección de fallos. En ese caso intervino profesionalmente el entonces profesor de derecho civil de esta Facultad, doctor David de Tezanos Pinto, en cuyos escritos se desarrolló la tesis que el tribunal aceptaría (Copia de esos escritos se conservan en el Instituto de Derecho Civil de nuestra Facultad). Con posterioridad se han colocado en igual posición el doctor Alejandro Rayces en artículo publicado en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año 1916, pág. 369; el doctor Alfredo Colmo, en la misma *Revista*, 1917, pág. 33; el doctor Fernando N. Bustamante en el *Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad*, año 1935, pág. 65; el doctor Salvador Fornieles en artículo de *Jurisprudencia Argentina* 1943-IV, sec. doct., pág. 9, y más recientemente los doctores Guillermo Borda, *Parte General*, II, N° 1282 y Jorge J. Liambias, *Efectos de la nulidad*, págs. 118 y sigs..

Fundamentos

A grandes rasgos esta tesis se sustenta en las siguientes ideas:

Primero: Si la cosa transferida por el acto anulado ha pasado a manos de otro sujeto el impugnante debe recurrir a la acción reivindicatoria para recuperar ese objeto del actual poseedor.

Segundo: Al reglar la acción reivindicatoria el código la restringe considerablemente y en principio no la acuerda contra adquirentes de buena fe a título oneroso que adquirieron la cosa a un enajenante de buena fe interpretada a contrario art. 2777).

Tercero. Existiendo una oposición entre las normas del título de la nulidad (art. 1051 que da a la anulación efectos retroactivos con relación a sucesores de las partes) y las del título de la reivindicación (art. 2777) el intérprete puede elegir las que resulten más justas y convenientes.

Cuarto. En esas condiciones debe optar por la solución del artículo 2777 interpretado a contrario sensu, según el cual no corresponde la reivindicación cuando el adquirente obró de buena fe y a título oneroso, y la persona que le transmitió el bien fué también de buena fe. Esta solución tiene en el código otras aplicaciones (especialmente art. 3410, caso del heredero aparente) que demuestran no ser absoluto el principio, según el cual nadie puede transmitir mejor derecho que el que tiene (art. 3270).

La doctrina clásica de nuestro derecho, en cambio, ha considerado que la norma del artículo 1051 no puede ser dejada de lado y que en consecuencia la anulación del acto obliga a la restitución de la cosa tanto a quienes la recibieron en ese acto (partes del

acto que se anula) como a aquellos otros que la recibieron por actos ulteriores otorgados por aquél sujeto (sucesores).

Esta tesis ha sido ampliamente desarrollada por el doctor Al-sina Atienza en artículo publicado en J. A. 1930-II, sec. doct., pág. 3. Es la que por nuestra parte compartimos por razones que veremos más adelante (cap. VII, nota 6).

Capítulo Séptimo

ASPECTOS VARIOS DE LA TEORÍA DE LA NULIDAD A TRAVÉS DE NOTAS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

“Las divergencias entre los autores sobre
“esta materia de nulidad son notables, y
“gracias si algunos se hallan conformes en
“uno que otro punto capital.”

Segovia, nota al art. 1033.

Señalamos al iniciar este trabajo que contenía el desarrollo de un curso de clases, sin más elementos que los indispensables para explicar —en ese momento— una materia que es difícil en sí y que se hace mucho más difícil si se entran a enumerar las innumerables discrepancias existentes entre los autores que la tratan.

Por eso la exposición se ha desarrollado casi sin citas.

Cumplida esa función de transcribir las clases, resta ahora todo ese material de notas, anotaciones, apuntes, etc., que quedan entre las manos a los profesores después de terminar sus cursos. De allí hemos espigado lo que a continuación se publicará bajo forma de notas.

NOTA 1. — CONCEPTO Y DEFINICIONES DE LA NULIDAD (Ref. N.º 12).

Aubry y Rau: La nulidad es la invalidez de que está alcanzado un acto como contrario a un mandato o a una prohibición de la ley (2.ª edición, tomo I, parág. 37; reproducida en ediciones posteriores).

Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XXIX, N.º 21 y sigs., edic. 1876: a) una convención es nula cuando le falta alguna de las condiciones necesarias para su formación y existencia. Es anulable cuando estando reunidas todas las condiciones ocurre que alguna de ellas se presenta como irregular o imperfecta; b) La convención nula, en realidad no es una convención: al faltarle totalmente alguno de los requisitos necesarios para su formación, ocurre que ella no se ha formado o sea que no es más que un simple hecho.

Savigny, Sistema del derecho romano, tomo 3º, pará. 303 (citado por la nota del codificador al art. 1036): La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias del acto sea en lo relativo a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto —lo que supone principalmente la existencia de la voluntad— sea a la observancia de las formas prescritas para el acto. La nulidad, por último, también puede resultar de una ley que prohíba el acto de que se trate.

Baudry Lacantinerie et Barde, Des Obligations, t. III, N° 1938 y sigs.: Es un error del código francés el presentar a la nulidad como una causa de extinción de las obligaciones: la nulidad no extingue una obligación existente sino que determina que no exista obligación, lo cual es totalmente distinto. Es anulable el acto que reúne todos los elementos esenciales a su formación, pero que lleva en sí un vicio susceptible de determinar su anulación por la justicia.

Planiol, Tr. Elementaire, 10ª edición, año 1933, tomo I, N° 336: a) un acto jurídico es nulo cuando se encuentra privado de efectos por la ley, no obstante haber sido otorgado y no obstante no existir ningún obstáculo natural que lo haga inútil. La nulidad supone pues en lo esencial, que el acto podría producir todos sus efectos si la ley lo permitiera.

Planiol - Ripert - Esmein, Traité pratique, tomo VI, N° 380 y sigs., edic. 1932: a) la inobservancia de las disposiciones de la ley o la violación a sus prohibiciones da lugar a una sanción. Cuando esas fallas aparecen en un acto jurídico, la sanción que procede es en principio la ineficacia del acto, si bien por razones prácticas a veces no se la aplica. La ineficacia tiene diversas formas que corresponde diferenciar: una de ellas es la nulidad. El acto declarado nulo no produce, en principio, los efectos a que estaba dirigido, y no los produce respecto de ninguna persona, sea ello desde el tiempo de su formación, sea al menos a partir de la declaración judicial de su nulidad.

Dalloz, Nouveau repertoire, voz nullité, edic. 1949: La nulidad es la sanción que de acuerdo al derecho común alcanza a los actos jurídicos que no reúnen las condiciones prescritas por la ley. Supone que el acto ha sido realmente otorgado e implica privarlo de efectos que normalmente hubiera debido producir.

Mazeaud, Leçons de droit civil, edic. 1955, tomo I, N° 348: la nulidad es la sanción que alcanza al acto que no cumple las condiciones de validez (de fondo o de forma) impuestas por la regla de derecho. El acto, por ser contrario a la ley, es considerado como si nunca hubiera tenido existencia, y las partes son colocadas —en la medida de los posible— en la situación anterior al acto.

Codin, Capitant et Juliot de la Morandière, Traité de droit civil, edic. 1939, tomo II, N° 743: a) Es nulo el contrato al que falta alguna de las condiciones exigidas por la ley para su validez.

b) La voluntad privada que ha querido hacer nacer obligaciones por medio de ese acto jurídico es impotente para producir tal efecto en cuanto no se ha ajustado a las condiciones legales. Como la ley no puede conferirle su apoyo, ese contrato no tiene valor, y tal falta de valor se refiere tanto al porvenir como al pasado. El acto es considerado como si nunca hubiera sido otorgado; el consentimiento de las partes resulta inoperante.

Savotier, Cours de droit civil, I, N° 56, edic. 1947: La nulidad es la situación de un acto cuya irregularidad es tal que no producirá ningún efecto de derecho ni en el pasado ni en el futuro.

Betti, Teoría generale del negozio giuridico, edic. 1935, N° 58: Hay invalidez del negocio jurídico cuando se configura una deficiencia intrínseca en alguno de los elementos esenciales. La invalidez se concreta en una carencia de efectos o nulidad. Es nulo el negocio que por falta de algún elemento esencial resulta inapto para dar vida a la nueva situación jurídica cuya producción el derecho atribuye al respectivo tipo legal de conformidad con la función económico-social que le es característica.

Carriota Ferrara, "El negocio jurídico", traduc. castellana 1956, N° 83: Se tiene invalidez (nulidad, anulabilidad), cuando falta o está viciado un elemento esencial o constitutivo del negocio jurídico; un elemento intrínseco al negocio.

Stolji, Teoría del negocio jurídico, trad. cast. 1969, parág. 21: La eficacia jurídica de la voluntad individual es protegida por el derecho en tanto cuanto sean observados los preceptos legales. Cuando está viciado uno de los elementos esenciales del negocio o ha sido infringida una norma imperativa de modo que el acto es defectuoso en su constitución interna, cabe hablar de invalidez. Cuando la invalidez es total cabe hablar de nulidad. Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o el que sea contrario al orden público, o a las buenas costumbres, o el que infrinja una norma imperativa.

Oertmann, Introducción al Derecho Civil, edic. cast. parág. 49:

a) No todo negocio jurídico está en condiciones de producir efectos; junto a los negocios eficaces los hay también ineficaces. b) Los motivos de ineficacia pueden responder a causas diversas. Una de ellas es la invalidez, esto es, hallarse el acto afectado de un vicio que lo hace más o menos inepto para producir el resultado jurídico deseado. Ocurre entonces que aun cuando los elementos constitutivos del negocio se dan íntegramente (pues de no concurrir ellos habría que hablar más bien de inexistencia), aparece junto a ellos un especial requisito negativo (vicio de voluntad, incapacidad de obrar una de las partes, etc.), que se asocia y neutraliza los requisitos positivos de validez. c) El negocio es nulo cuando por virtud de alguna circunstancia impeditiva no es apto para producir el efecto jurídico apetecido.

Paiz Peña, Tratado de derecho civil español, tomo I, vol. II, edic. 1958, pág. 681 y sigs.: a) Cuando el negocio jurídico no reúne las condiciones que son precisas y necesarias para que pueda operar dentro del ámbito de la ley, se configura la situación de ineficacia. b) Esta expresión general abarca las distintas especies de nulidades del negocio jurídico. Cuando la ineficacia se debe a una disconformidad con la ley se llama invalidez, que puede revestir la forma de nulidad radical o absoluta y de anulabilidad.

Salvat, Parte General, II, N.º 2583: Un acto jurídico está afectado de nulidad cuando la ley, en virtud de causas existentes desde el origen mismo del acto, le priva de los efectos que regularmente debía producir. Los caracteres de la nulidad son: a) que responde a causas originarias; b) que en virtud de ella el acto deja de producir sus efectos; c) que constituye una sanción impuesta por la ley.

Llambias J., "Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos", edic. 1953, parág. 1: Denominamos teoría general de las nulidades al conjunto sistemático de disposiciones legales que privan de sus efectos propios a los actos violatorios de una norma de derecho imperativo. La nulidad, aparece así a los ojos del jurista, como una sanción de la ley que priva a ciertos actos de sus efectos propios. Esta sanción está en directa correspondencia con cierta característica existente desde su mismo origen en el acto sancionado. Los caracteres distintivos de la nulidad son por tanto tres: a) la sanción de la ley; b) la privación de los efectos del acto; c) la causa que debe ser contemporánea a la celebración del acto.

Castiglione A., "Nulidad de los actos jurídicos", Bs. As., 1920, pág. 5: La nulidad de un acto jurídico es una de las formas fundamentales que sanciona el respeto a la ley porque priva de los efectos jurídicos producidos normalmente por actos semejantes, a un acto jurídico realmente cumplido.

Moyano J. A., "Efectos de la nulidad de los actos jurídicos", tesis 1931. "La noción de nulidad del acto jurídico que admitimos es la de sanción legal que consiste en privar de sus efectos propios al acto jurídico, debido a causas originadas en el acto mismo".

NOTA 2. — NATURALIZA JURÍDICA: ¿ES LA NULIDAD UNA SANCIÓN?
(Ref. N.º 10 y 11)

La opinión dominante afirma que la nulidad es una sanción, pero pareciera que al hacerlo se tuviera en cuenta más un sentido corriente de la expresión que su verdadero sentido jurídico.

Pensamos que en el campo del derecho la noción de sanción debe reservarse a los casos de ilicitud o antijuricidad, y ocurre que la nulidad no siempre entraña antijuricidad (vicio de error por ejemplo). Más aún: inclusive en los supuestos de con-

ductas negociales contrarias a la norma, la verdadera sanción consiste en la indemnización que se impone (por ejemplo en caso de dolo o violencia: arts. 941 a 943). La indemnización tiene el contenido reparador que caracteriza a las sanciones civiles y que falta a la nulidad. Esta más bien se resuelve en una aplicación del principio de la falta de causa, según señalan autores a que antes nos hemos referido.

NOTA 3. — TIPOS VARIOS DE INEFICACIA (Ref. N° 15 A).

Una observación

Algunos autores —Plantel entre ellos— al hacer la distinción entre la nulidad y otros tipos de ineficacia, mencionan como casos de ineficacia los llamados "actos estériles" o inútiles, y ponen como ejemplo el acto jurídico subordinado a una condición suspensiva que no se cumple, o el subordinado a una condición resolutoria que se cumple.

Por nuestra parte pensamos que en este caso de los actos bajo condición, no se puede decir que la falta de realización de la condición importe privar de eficacia al acto jurídico el cual por el contrario tiene plena y total consagración legal. Supongamos que alguien prometió entregar una cosa si tal acontecimiento futuro e incierto sucedía, y que por no suceder el mismo la obligación queda sin efecto. Pues bien: será cierto que la obligación de entrega no nació, pero no nació precisamente porque la ley se ajustó en forma estricta a consagrar la voluntad privada de los otorgantes conforme a la cual en ese caso la obligación no debía nacer. En tal forma no podemos decir que el acto no se aplicó, o no fué consagrado o no fué eficaz, sino que por el contrario la ley le asignó eficacia consagrando la cláusula interna que correspondía, a saber, aquella que para ese caso disponía que la obligación no debía concretarse, y si se consagró esa cláusula fué precisamente porque así lo habían querido para ese caso las voluntades depositadas en el acto. En conclusión: el acto creador de obligaciones condicionales es un acto eficaz, tanto cuando la condición se cumple en cuyo caso se actúa la voluntad privada dirigida en ese caso a que la obligación nazca, como cuando la condición no se cumple en cuyo caso se actúa la voluntad privada que para esa situación estaba dirigida a obtener el resultado de que la obligación no naciera. El hecho de que sea algo positivo o algo negativo lo que se consagra no afecta el hecho mismo de operarse la consagración legal de una voluntad privada, lo que importa realización de la eficacia jurídica del acto.

A) Doctrina francesa clásica

Aubry et Rau. En la 2ª edición de su "Cours", tomo I, par. 37, enseñan: El acto nulo difiere substancialmente del acto inexistente. Este último es aquél "que no reúne las condiciones esenciales para tener existencia de hecho conforme a las nociones del derecho filosófico, o aquél que no ha sido acompañado de las solemnidades indispensables para darle una existencia jurídica conforme al espíritu del derecho positivo".

La fórmula se hace más sencilla en ediciones posteriores: "el acto inexistente o no sucedido es el que no reúne los elementos de hecho que requiere su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia... lo mismo ocurre con el que no ha sido acompañado de las condiciones y de las solemnidades indispensables para su existencia según la letra o el espíritu del derecho positivo".

En las notas, estos autores señalan la dificultad para concretar en casos determinados sus fórmulas generales. En la segunda edición decían: un consentimiento dado por error de hecho es inexistente, en tanto que un consentimiento extraído por violencia o sorprendido por dolo existe de hecho pero está viciado en derecho (nota 4). Ahora bien: no obstante afirmar que el error conduciría (o debería conducir) a la inexistencia reconocían que en el terreno legal las cosas eran de otro modo y así afirmaban: las leyes convierten en condiciones de validez las que debieran ser consideradas como condiciones de existencia y es así que el acto viciado de error es reputado simplemente como anulable. Terminan por último señalando que existen grandes dificultades para establecer cuáles son las condiciones necesarias para la existencia de hecho de un acto, y que el problema no puede ser resuelto en términos generales (nota 4 ya citada, en la 2da. edic.).

En notas puestas a ediciones posteriores, Aubry y Rau señalan: que la ley, la doctrina y la jurisprudencia confunden frecuentemente los actos nulos con los inexistentes. Para Aubry et Rau deben reputarse inexistentes aquellos en que hubiera faltado el consentimiento de los otorgantes o algún elemento esencial, por ejemplo, una venta en que hubiera faltado el precio o la cosa vendida. Admiten que los tribunales han resuelto lo contrario, en lo que al consentimiento respecta, al considerar como caso de nulidad los matrimonios contraídos por dementes. Concluyen Aubry y Rau que también debe reputarse inexistente el acto al que faltan formas de existencia, en cuyo caso es aplicable la máxima "forma dat esse rei", regla que en cambio sería falso extender a todos los otros casos de formas legales que los autores tienen la costumbre de designar como constitutivos o sustanciales. (Notas al par. 37 en la 5ª edición).

Hemos elegido las citas de Aubry y Rau como expositores clásicos de la doctrina. No tendría objeto recargar el trabajo con transcripciones similares de otros autores (Demolombe, Marcadé etc.) de todos los cuales resulta la misma idea de distinguir inexistencia y nulidad y la misma confusión en cuanto a aplicar a casos concretos la distinción elaborada.

B) Doctrina francesa moderna

A grandes rasgos encontramos un movimiento simplificador de la materia dirigido a suprimir la distinción entre inexistencia y nulidad, al menos como categoría jurídica.

Estarían colocados en esa línea de pensamiento, a partir de Japiot, la mayoría de los autores modernos siguiendo todos ellos la idea de simplificar la materia y hacerla más flexible evitando categorías rígidas. Como defensor de la autonomía de la noción de inexistencia y a favor de su mantenimiento puede citarse un extenso trabajo de Bonnetas, en el tomo III del Suplemento al Tratado de Baudry Lacantinerie, trabajo publicado en 1926.

Señaladas las líneas generales de la doctrina francesa moderna pasamos a concretar algunas citas de los autores mencionados.

Japiot escribió en 1809 una obra tradicional y clásica: "Des nullités en matière d'actes juridiques". Al estudiar cómo se formó la doctrina francesa sobre la materia recuerda que la inexistencia como calificación nació en torno a ciertos matrimonios que no podían ser anulados porque la ley no decía que fueran nulos (y las enunciaci0nes de la ley en la materia eran taxativas) y tampoco podían ser convalidados porque la razón natural lo impedía (por ej. matrimonio entre personas del mismo sexo). Como solución a ese tipo de casos se dijo: no hay necesidad de anularlos, pues bastará con decir que no existen y que nunca han existido porque les falta algo esencial, algo que en la realidad de los hechos les es indispensable. Se lanzó así la idea a la circulación, pero al hacerlo no se supo hasta donde podía rodar, porque del matrimonio se pasó a los otros actos jurídicos, y entonces se dijo: si el contrato es acto de voluntad, la declaración de un demente que no tiene voluntad no es contrato, o sea, es contrato inexistente; y lo mismo ocurrirá con la declaración de quien no tiene conciencia momentáneamente de lo que hace, y de allí se pasó a que lo mismo ocurriría en el caso del sujeto que aún teniendo conciencia obró totalmente confundido (error esencial) etc. etc. Ocurrió en definitiva que la inexistencia empezó a crecer en forma tal que prácticamente eliminó a la nulidad o al menos a las nulidades radicales o más graves, y entonces los autores pasaron de las tres categorías que se afirmaban existir (inexistencia, nulidad radical y nulidad relativa o anulabilidad) a una clasificación bipartita (inexistencia y nulidad relativa). Con esto se vino a alterar el plan-

teo inicial, una de cuyas bases había sido la de afirmar la noción de inexistencia como noción distinta de la nulidad, pero no como una figura que se confundiera con ella. Y ocurrió entonces algo curioso: que por defender la noción de inexistencia se venía a destruirla porque ya no se trataba de un concepto autónomo y distinto, sino que todo había consistido en un simple cambiarle el nombre a la nulidad. Japicot —a quien a grandes rasgos hemos seguido en esta exposición libre que hacemos de una materia por él tratada— ha señalado con acierto esa contradicción, al mismo tiempo que ha criticado algunos de los errores adolecidos por la teoría clásica de la inexistencia.

Con posterioridad a su obra se produce ese movimiento simplificador que señalábamos y que al advertir que no se puede hacer de la inexistencia un arma práctica, opta por dejarla de lado, aunque en esta posición pueda haber —a nuestro juicio— algo de precipitación, porque cualesquiera sean las dificultades existentes para aplicar la distinción lo cierto es que no puede negarse que ella parte de una diferencia que existe en la realidad, y la ley no puede prescindir de la realidad.

Pasamos a transcribir las opiniones de los autores modernos más difundidos en el derecho francés:

La obra de Planiol (en sus sucesivas ediciones)

Sería excesivo citar todas y cada una de las referencias que al punto que nos interesa contienen las sucesivas ediciones de las obras de Planiol. Por eso limitaremos nuestra cita a lo que consideramos más significativo:

a) En 1928, undécima edición del *Traité Élémentaire* preparada con la colaboración de Georges Ripert, se alude a la categoría de los actos inexistentes, considerándola como creada presumiblemente por Zachariae y divulgada por Demolombe y Laurent. Se señala que ella aumenta la confusión de ideas porque no todos los que emplean el término le asignan el mismo sentido (tomo I, n° 332); la inexistencia no sería una sub-clase dentro de la nulidad sino una categoría distinta (tesis de Aubry et Rau); la distinción consistiría en que la nulidad debe ser declarada en tanto que la inexistencia no requiere tal declaración (loc cit); se alude a la gran confusión de lenguaje en la materia (tomo I, n° 333), y al hacer Planiol su propia exposición considera sucesiva y separadamente actos nulos de pleno derecho (o sea los actos que la ley prohíbe), actos anulables (actos permitidos otorgados con vicio de consentimiento o con falta de capacidad) y actos inexistentes (aquellos a los que falta un elemento sin cuya concurrencia no puede concebirse al acto) (I, N° 336 al 345). Cuando se configura esta situación la ley no necesita anular el acto,

pues éste simplemente no existe: inclusive no se lo podría anular porque no puede anularse lo que no existe (N° 346). Como casos de actos inexistentes menciona el contrato otorgado con falta de consentimiento (pgr ei, pgr un demente), o según al que falta elemento esencial a su configuración como puede serlo el precio en el contrato de compraventa (N° 348); aunque con ciertas reservas considera inexistente al acto solemne al que le faltan las formalidades requeridas (I, N° 349).

b) En 1946 en edición del Tratado Elemental de Planiol que aparece autorizada por las firmas de sus colaboradores directos (Ripert y Boulanger) se mantiene sustancialmente en el punto que nos interesa la estructura de exposición de la edición anteriormente citada (t. I, 337 y sgs.). Las situaciones de invalidez posibles son presentadas en tres grupos: a) actos inexistentes; b) actos de nulidad absoluta; c) actos de nulidad relativa.

c) De 1896 data una de las últimas ediciones del "Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol", por Ripert y Boulanger. Al tratar de las nulidades se las clasifica en absolutas y relativas (I, N° 361). De la noción de inexistencia se dice que la doctrina del siglo XIX "imaginó" ubicarla al lado de la noción de nulidad como fue necesario hacerlo dentro de la teoría del matrimonio para comprender ciertas situaciones de invalidez; agrega: "encasada en aquello que tiene de más general, la noción de inexistencia no puede tener significación propia sino para designar aquellos casos totalmente excepcionales, en que la nulidad alcanza un grado tal de evidencia que resulta inútil e irrazonable acudir al juez; sería el caso de un acto otorgado por un menor impúber, o de un acto solemne, como el matrimonio, que hubiera sido otorgado por instrumento privado" (I, n° 638).

d) Esta posición de Ripert y Boulanger en las últimas ediciones del "Traité élémentaire" de Planiol, coincide con la postura adoptada por Esmein al colaborar en el "Traité pratique" de Planiol, componiendo el tomo VI, sobre las Obligaciones. Allí (edición de 1962, n° 383 y sgs.) tras exponer las características de la doctrina jurídica de la inexistencia señalaba: a) que su lógica era aparente; que era un error transformar numerosos casos de nulidad en casos de inexistencia y que con mayor razón lo era absorber en la inexistencia todos los casos de nulidad absoluta; b) respecto de ciertos casos que pueden presentarse (por ej., si una oferta no es aceptada, o si la firma de un sujeto es falsificada en un documento) lo que cabe decir no es que haya "acto inexistente" sino simplemente que no hay acto del todo. En los casos de demencia, siendo necesario investigar las circunstancias de hecho que rodearon su otorgamiento, corresponderá admitir que hubo acto otorgado (existió el acto), pero que el mismo es nulo, lo mismo que en casos de violencia, dolo, error, etc.

Las "Leçons de droit civil" de los Mazeaud

Es una de las más recientes y calificadas obras del derecho civil, que se encuentra en curso de publicación. De 1955 data el primer tomo en cuyo número 356 se enseña: a) que a las dos categorías de nulidades absoluta y relativas ciertos autores quisieron agregar una tercera categoría: la de los actos inexistentes; b) estos actos serían algo más (o si se quiere algo menos) que actos meramente malos; c) que el estudio de la materia nulidad de matrimonio demostrará la inutilidad de esta teoría; d) que la teoría aparte de ser inútil es falsa; e) no es exacto afirmar que la inexistencia sea aquella nulidad tan radical que no necesita ser declarada por los jueces, pues si el acto tuvo alguna apariencia o exterioridad, para destruir esa apariencia será siempre necesario el recurso a la justicia ya que nadie puede hacerse justicia por propia mano; f) que si se quiere cifrar la particularidad de la inexistencia en el hecho de que sea imprescriptible, tampoco ello es exacto, pues por una parte puede haber acciones judiciales imprescriptibles, y por la otra la jurisprudencia ha aplicado la regla de la prescripción treintaenal a casos en que se trataba de actos inexistentes.

El Droit Civil" de Carbonnier

Tan reciente y no menos calificada ni brillante que las "Leçons" de los Mazeaud es la obra "Droit Civil" de Jean Carbonnier, profesor de la Facultad de Poitiers. El tomo I, edic. 1955, párrafo 43, registra su opinión sobre la materia: a) mantiene la clásica distinción entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa; b) destaca que muchos autores rechazan la autonomía de la noción de inexistencia y la reabsorben en la nulidad absoluta; c) en el N° 123 al tratar los casos clásicamente considerados de inexistencia de matrimonio (identidad de sexo, falta de consentimiento y falta de celebración por oficial público) vuelve a destacar que la opinión dominante se inclina por absorberlos en la calificación de nulidades absolutas. En el tomo II, párrafo 131, refiriéndose a la anulación de los contratos destaca: El contrato es ineficaz si en el momento de su formación le faltó una condición esencial, o si alguna de esas condiciones aparecieron como viciadas. La sanción genérica es la ineficacia dentro de la cual se pueden distinguir racionalmente tres grados: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, entre las que cabe repartir los distintos casos; insiste en señalar que para muchos autores la noción de inexistencia no tiene valor propio y se absorbe en la de nulidad absoluta. Entre los casos de inexistencia menciona: la falta de consentimiento (sea como falta de voluntad consciente sea como error sobre la identidad del objeto o sobre la naturaleza del contrato); la falta de objeto; la falta de causa o falsa causa, y la falta de forma en

los contratos solemnes. Entre los casos de nulidad absoluta (o de orden público) enumera: casos de objeto imposible, indeterminable, ilícito o inhumano; causa ilícita o inhumano o disconformidad del contrato con el orden público y buenas costumbres. Entre los casos de nulidad relativa señala los supuestos de error, dolo, violencia, e incapacidad, y como figura paralela los casos de rescisión por lesión.

El "Traité de droit civil" de Colin, Capitant et Julliot de la Morandière

En el tomo II de esta clásica obra, edición de 1959 actualizada por Julliot de la Morandière, se enseña: a) que la materia de las nulidades se ha visto complicada cuando a los dos formas típicamente definidas (nulidad absoluta y nulidad relativa) se le ha querido agregar una tercera: la de la inexistencia; b) en materia de matrimonios no hay lugar a crear la categoría de "matrimonios inexistentes" y tampoco cabe aceptarla en la teoría general de los actos jurídicos, pues se trata de una noción incierta e inútil. Que es incierta surge de la imprecisión de los intérpretes que nunca se pusieron de acuerdo sobre su contenido, y que es inútil surge del hecho de que cualquiera sea la situación que se presente (la de nulidad o pretendida inexistencia) si las partes no se ponen de acuerdo siempre será necesario recurrir a los tribunales, y una vez llevado el caso a la justicia los efectos atribuibles a la declaración de una inexistencia no difieren de los que corresponden a una declaración de nulidad absoluta.

El "Droit Civil" de Marty y Raynaud

En 1956 publicaron los profesores Marty y Raynaud de la Universidad de Toulouse una obra intitulada "Droit civil" que integra la serie de los "Traité Sirey".

Se refieren a la materia de las nulidades en el tomo I, n° 158 y sgs., y concretamente en el n° 161 el problema de la inexistencia. Con excepción de lo relativo a la materia matrimonial —dentro de la que parecen admitir la doctrina de matrimonios inexistentes— son terminantes en rechazar la categoría jurídica para los otros casos: "el recurso a la noción de inexistencia aparece como una complicación inútil y cabe preguntarse si no es suficiente con hablar de nulidad absoluta".

Orientación de la moderna doctrina italiana

La doctrina italiana, con utilización de elementos del derecho romano y de la sistemática propia al derecho alemán, ha elaborado valiosas obras sobre teoría del negocio jurídico.

Pasamos a referirnos a la posición adoptada por algunos de sus autores más característicos.

La obra de Vittorio Scialoja, "Negocios jurídicos"

En la edición castellana (1942) tomada sobre la cuarta edición italiana, n.º 56, Scialoja expone su opinión en estos términos: a) la palabra nulidad ha de tomarse en un sentido amplio que comprende todos los casos, inclusive el de vicios que afectan al negocio jurídico y a sus efectos normales en tal medida que los dejan reducidos a una mera apariencia; destruyendo su substancia; b) que la palabra inexistencia utilizada por algunos autores para designar esta última situación, no resulta exacta, pues esos negocios, aun siendo ineficaces, han sido realizados, y tienen por tanto, si no la eficacia al menos la apariencia de negocios jurídicos, por lo cual no puede decirse que no existen o que no han existido.

La obra de Betti, "Negocios jurídicos"

Betti, op. cit. parág. 58: La división entre nulidad e inexistencia del negocio, aunque ha sido objeto de críticas, es legítima. Se configuran situaciones de verdadera inexistencia jurídica cuando del negocio no existe más que una vacía apariencia, la cual, aunque pueda haber engendrado en algunos de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, en absoluto, efectos jurídicos ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo, presupone por lo menos que el negocio exista como supuesto de hecho, que por tanto exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo. Si por ejemplo nos encontramos con una propuesta contractual y una declaración en función de aceptación cuyo contenido sea tan evidentemente contrario al contenido de la propuesta que no pueda existir ningún mal entendido sobre ello, la combinación de estos actos no da lugar a un contrato nulo sino que no origina ningún contrato y por tanto ninguna acción contractual o acción de daños por confianza fundada en la validez del contrato. Por el contrario: una asunción de deuda por parte de nuevo deudor acompañada de una declaración liberatoria del acreedor a favor del deudor originario extingue la obligación primitiva aunque sea nula, y sólo la declaración judicial de la nulidad hace revivir la obligación extinta.

Cariota Ferrara "El negocio jurídico", ed. cast. 1956

Para este autor la distinción entre inexistencia y nulidad es válida en derecho positivo. Habría inexistencia cuando (aún existiendo algo de hecho porque si nada existiera estaríamos en un terreno de puras negatividades) faltan los elementos que supone

la naturaleza del acto de modo que es inconcebible que la realidad sucedida constituya negocio. No se configura ni siquiera la apariencia de los elementos necesarios, es un "no negocio" (ejemplos: no existe como contrato un acto en que sólo una de las partes expresó su voluntad, o un matrimonio entre personas del mismo sexo, u otro celebrado sin intervención de oficial público). La diferencia práctica entre inexistencia y nulidad radica en que el acto nulo, aunque no produzca sus efectos propios, puede producir otros efectos indirectos o menores, todo lo cual en cambio no ocurrirá con el acto inexistente.

Opiniones en derecho nacional

Nuestros autores clásicos no han admitido la noción de inexistencia y en especial han considerado que nuestro código no la ha recogido. Se funda esta opinión en el hecho de que no obstante haber tenido como una de las fuentes en esta materia a la obra de Aubry et Rau que insisten en la distinción, en ninguna disposición legal se ha dado acogida a ella o a consecuencias que de ella pudieran surgir.

Autores más modernos han aceptado, en cambio, la distinción. Pasamos a transcribir las opiniones de unos y otros:

Segovia (nota 20 al art. 1047) incluye en la categoría de nulidad absoluta la situación del acto del todo inexistente: aclarando expresamente su terminología señala que se refiere al "acte non avenu" de la terminología francesa y a aquellos que Aubry y Rau denominan inexistentes.

Salvat, Parte General, II, n° 2597 y sgs., tras destacar las características que la doctrina de Zachariac y otros autores atribuía a la categoría de actos inexistentes (n° 2597) señalaba que la misma no había sido incorporada a nuestro código por Vélex Sarrailh como clasificación autónoma, habiéndola absorbido en la de actos nulos, solución que aplaudía: "La mayor simplicidad de nuestro código nos parece perfectamente justificada, si se tiene en cuenta la falta de alcance práctico de la distinción entre actos inexistentes y nulos".

Lafaille, Derecho de familia, n° 242, trata de la teoría de la inexistencia en relación a los matrimonios. Considera que su inclusión en nuestro código resultaría innecesaria dada la amplitud de efectos que se da a la invalidación del acto nulo, al que se reputa inválido aunque su nulidad no haya sido juzgada.

Borda, Parte General II, n° 1261, considera que la noción de inexistencia es distinta de la de nulidad. Admitiendo que hay gran dificultad para precisar los casos de actos inexistentes (y que las imprecisiones incurridas son las que precisamente justifican las críticas a la doctrina) concluye que en ciertos casos está fuera de discusión el que se debe aplicar dicha calificación: casos en que falta el consentimiento por error en el objeto, o en la ma-

turalidad; imposibilidad material del objeto etc. La falta de formas en principio no daría lugar a que pudiera calificarse de inexistente, salvo casos especiales como sería la falta de intervención del oficial público en un matrimonio.

Llambías "Efectos de la nulidad", pág. 5, y "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos" en La Ley 30-876, sostiene: a) la teoría de la inexistencia no tiene ninguna vinculación con la teoría de la nulidad: los actos inexistentes no pueden ser asimilados a los actos nulos; b) se configura inexistencia cuando ha mediado un obstáculo natural a la formación del acto, cuando ha existido un impedimento que está en la realidad misma y que el legislador no puede cambiar. Se configura nulidad cuando el obstáculo es de carácter legal; c) la diferencia entre ambas categorías no es meramente teórica sino práctica: varían las facultades del Juez para declarar la inoperancia del acto por una u otra causa; varía la oportunidad procesal de invocarlas y el derecho de alegarlas, y varían por último los efectos: en casos de nulidad, aunque el acto sea retroactivamente anulado subsisten algunos efectos por así disponerle la ley (arts. 1853 a 35). Tratándose de un supuesto en que el acto no tuvo lugar no regirían estos artículos. (La exposición de Llambías, desarrollada en forma de nota a un fallo judicial, tiende a demostrar que si una persona suplanta a otra en el otorgamiento de una escritura no puede decirse que se haya configurado un acto nulo del sujeto suplantado, sino que debe afirmarse la inexistencia de todo acto de su parte. Es el supuesto que encarábamos en el n° 13 de este trabajo.)

Para Nieto Blanc la categoría de inexistencia resulta superflua ya que la nulidad basta para cubrir los supuestos de actos ilegales o inválidos (La Ley, 94-806, espec. pág. 825). Previamente presenta un estudio completo y erudito sobre la materia.

Nuestra opinión

I. Creemos que debe admitirse la categoría de la inexistencia entendida con el criterio de no existencia del acto jurídico del sujeto a quien se le atribuye. Es decir: una inexistencia de hecho, un no haber sucedido la actividad del sujeto que debió haber sucedido para que hubiera acto jurídico.

Ya anticipamos este criterio al destacar que el campo que corresponda a la teoría de la nulidad es el de la "ineficacia de un acto realmente otorgado", con lo cual quedan al margen de esa teoría los supuestos en que se niegue eficacia a un acto en razón de no haberse configurado su otorgamiento.

II. Buscamos nuestra opinión en lo siguiente: siempre el derecho importa una valorización de conductas de determinados sujetos. Su primer menester es de investigación (si existió la conducta); el segundo es de apreciación (condiciones en que se des-

arrolló); el tercero de valoración y sanción (consecuencias que debe surtir).

Son pasos racionalmente distintos que no pueden confundirse.

La distinción se presenta cualquiera sea el tipo de conducta que se investigue para someterla a tratamiento jurídico. Sea la conducta humana que por su antijuricidad puede configurar acto ilícito, sea la conducta humana que por su inserción en la legalidad puede configurar acto jurídico.

No parece razonable sostener que para el tratamiento jurídico del acto jurídico deba prescindirse de una determinación de existencia y de una diferenciación entre la existencia y la inexistencia. Si a un sujeto se le imputa haber ejecutado un hecho ilícito que causó un daño, el Juez investigará primero si realmente ese sujeto causó el daño y luego entrará a determinar los elementos internos de la conducta dañosa (si hubo dolo o culpa, si fue imprevisible, etc.). Si a un sujeto se le atribuye haber realizado un acto jurídico, haber firmado un contrato, haber contraído un matrimonio, pareciera que debe seguirse igual procedimiento.

— El hecho de que pueda llegarse a un mismo resultado sin necesidad de distinguir los dos posibles caminos que conducen a él, no debe interpretarse como que uno de ellos es superfluo, porque al mismo resultado puede llegarse por varias causas y corresponde discriminar entre ellas cuando cada una tiene distinto sentido jurídico. Así, por ejemplo, en el caso de actos ilícitos civiles el Juez negará la procedencia de indemnizaciones tanto en el caso de probarse que el imputado no cometió el hecho como en el supuesto de que habiéndolo cometido se justificase que el daño fué imprevisible; la coincidencia de soluciones no impide que racional y jurídicamente una y otra situación sean distintas. Del mismo modo en los casos de actos jurídicos atribuidos a un sujeto el Juez no consagrará su eficacia respecto de ese sujeto tanto cuando se demuestre que no los otorgó como en el caso de que resulte que los otorgó con vicios esenciales de consentimiento. El resultado será "más o menos" el mismo, pero no será "exactamente" el mismo. Por eso resulta legítimo diferenciar uno y otro supuesto.

II. En efecto: la situación que se configura cuando el sujeto no otorgó el acto que se le atribuye es distinta de la que existe cuando lo otorgó con vicios del consentimiento.

La técnica del derecho civil debe tener figuras jurídicas que recojan esa diferencia y que permitan tenerla en cuenta a quienes deben aplicarlo. Siempre las figuras jurídicas importan la representación mental de las situaciones típicas que la realidad presenta, al efecto de que tomando razón de sus elementos significativos se puedan resolver adecuadamente los problemas jurídicos que plantean. Debe haber tantas figuras jurídicas como situaciones típicas puedan distinguirse, y si la falta de alguna obliga a resolver una situación con la regla de otra semejante pero no idéntica, esta carencia del instrumento mental requerido puede ser

fuente de imprecisiones. Así como en las ciudades debe haber calles que lleven a todos los lugares, así en el campo de la construcción jurídica —ciudad de ideas— debe haber caminos que conduzcan a todas las soluciones.

IV. Una aclaración en que han insistido algunos autores resulta necesaria.

El campo de la inexistencia no debe ser opuesto al de la nulidad, porque para que una oposición sea exacta tiene que enfrentar términos que sean contradictorios entre sí. Lo contrario de inexistencia no es nulidad sino existencia y dentro de la existencia (del acto jurídico) corresponderá dividir las secciones de la eficacia y de la nulidad.

Gráficamente el plano de situaciones es el siguiente:

Doctrina del acto jurídico	Inexistencia	} Con defectos: nulidad } Sin defectos: validez
	Existencia	

La nulidad está en cierto modo más cerca de la validez que de la inexistencia, porque con la primera tiene de común el que una y otra se refieren a la situación de actos que han sucedido. Por eso hemos señalado reiteradas veces que la teoría de la nulidad no es sino el reverso de la teoría de la eficacia, siendo una y otra las dos caras que ofrece la situación de existencia. Acertadamente decía Planiol en sus ediciones clásicas que no pueden asimilarse inexistencia y nulidad porque no sólo son distintas sino también incompatibles, ya que sólo se puede anular lo que existe y no cabría anular un acto que no existe. Con esta precaución debe encararse el planteo de quienes siguiendo otro método dividen la materia en la siguiente forma:

Doctrina del acto jurídico	Validez	} Nulidad } Inexistencia
	Invalidéz ...	

V. Fijadas así las ubicaciones queda por determinar cuál sería el campo de la inexistencia. A nuestro juicio deben ubicarse allí todos los supuestos en que resultare que el sujeto a quien el acto se atribuye no ha desarrollado la conducta externa (declaración de voluntad) que coincide con la conducta típica que la ley requiere para que se configure el acto jurídico de referencia.

Daremos ejemplos:

a) Una persona presenta un contrato o una escritura pública firmada por otra por la que se vende un inmueble determinado. Exige el cumplimiento. El demandado niega haber firmado el documento y sostiene haber mediado falsificación de firma. La prueba da razón al demandado. El Juez debe resolver que "no hubo compraventa" y no que hubo acto nulo de compraventa. La razón es que el demandado nunca emitió la declaración de venta que se le atribuye. La diferenciación es importante: si en el acto en que se falsificó la firma el comprador había abonado una suma de di-

nero a cuenta de precio, no incumbirá al demandado hacerse cargo de su restitución, resultado que en cambio procedería si el acto hubiera sido otorgado por él y luego se lo anulara (art. 1082). (Sobre un caso similar en nuestra jurisprudencia, ver el fallo de Cam. civ. 1° del 23 de abril 1948, caso Bergadá c. Douset, en La Ley 50-837, y la nota crítica de Liambias, cuyo criterio compartimos.)

b) Dos personas deciden unirse en matrimonio y a tal efecto "celebran" el matrimonio por escritura pública o por instrumento privado. ¿Podría sostenerse que la "falta de forma" es un defecto y que en tales condiciones hay un acto nulo? Pensemos que la solución es otra: hay "inexistencia" de matrimonio. ¿Por qué? Porque para que haya matrimonio debe haber una celebración; una celebración específicamente determinada por la ley en cuanto al contenido de su exterioridad. Es menester que esa celebración específicamente determinada por la ley (o sea la celebración por oficial público) haya sucedido y se haya concretado en el acto de la firma de la respectiva documentación. Si nada de esto sucedió, si no se configuró en ningún momento la realidad exterior y sensible de los actos celebrativos, allí no puede decirse que "hubo matrimonio pero que es nulo" sino que debe resolverse que "no hubo matrimonio". Es pues un caso de inexistencia. Las consecuencias son importantes: esa unión no puede valer como matrimonio putativo ni surtir ninguno de los efectos que a los mismos asigna la ley; no existiría entre esas personas el deber de alimentos que la ley admite en alguna medida en los casos de matrimonios nulos, etc. Esa unión no podría convertirse en matrimonio por el hecho de que los interesados "renunciaran" la acción de nulidad, en alguna de las formas que la ley admite, ni tampoco se podría convertir en matrimonio por alguna de las circunstancias que llevan a la confirmación de los matrimonios nulos (convivencia de los esposos después de conocido el vicio, etc.) (Sobre inexistencia por falta de celebración: Planiol - Ripert - Rouast, II, n° 257.)

c) Dos personas concurren a una Oficina de Registro Civil a contraer matrimonio. Allí les "une" en matrimonio una persona que se presenta como Oficial de Registro Civil sin serlo. No obstante ello se cubren las apariencias (ceremonia celebrativa, firma del acta, etc.). A nuestro juicio dentro del derecho positivo actual no puede menos que afirmarse la "inexistencia" del matrimonio no obstante la buena fe con que puedan haber actuado los interesados. En realidad la consideración integral de los problemas que este caso plantea exigiría considerar diversos puntos de derecho matrimonial, en especial el relativo al contenido voluntario del acto y al sentido que tiene la intervención del funcionario público en su celebración. Si se admitiera (como ocurre en derecho canónico) que los verdaderos otorgantes y protagonistas del matrimonio son los contrayentes y que son sus actos y su voluntad

los que componen el cuerpo del acto, cabría sostener que "hubo matrimonio" (es decir doctrina de la existencia) porque tuvieron lugar las realidades externas configurativas del acto (intercambio de consentimientos), sin perjuicio de que hubiere vicio de forma que podría invalidarlo. Pero de acuerdo con el concepto de derecho civil que hace reposar la esencia del matrimonio en la intervención del oficial, deberá concluirse que sin oficial público no hay matrimonio (inexistencia).

Cabe señalar que la doctrina (ver Rouast, en Planiol-Ripert II, N° 322) y la jurisprudencia francesa se han inclinado por admitir que la falta de intervención del oficial genera una situación de inexistencia pero que nada impide que allí funcione la teoría del matrimonio putativo, es decir que se atribuya efectos a lo sucedido como forma de proteger la buena fe de las partes. Este tipo de soluciones que se adoptan por motivos de equidad, si bien rompen el cuadro lógico del derecho se imponen porque encaran con más humanidad los casos reales. En el caso que nos ocupa la razón que ha llevado a hacerlas necesarias es la existencia de una regla legal demasiado rígida (la que dispone que la substancia del acto matrimonial radica en la intervención del oficial público), regla que se establece para salvar, en otros terrenos, exigencias del orden jurídico. Ocorre luego que esas reglas impuestas por razones de orden tienen respecto de las partes directamente interesadas consecuencias inexorables que de acuerdo al sentir común resultan demasiado severas, y entonces los jueces para no consagrar esas consecuencias que aparecen como injustas, se ven en la necesidad de torcer la lógica de los principios y afirmar —como en el caso que nos ocupa— que un matrimonio que en realidad no habría existido jurídicamente puede, sin embargo, producir efectos porque las partes fueron de buena fe.

d) Si en un acto bilateral una persona dice "vendo tal casa" y la otra "tomo en alquiler tal casa", o bien la primera declara "vendo la casa de la calle tal" y la otra "compro la casa de la calle cual", en ese supuesto debemos considerar que no se configuró ningún acto jurídico porque faltó la exterioridad de dos declaraciones concordantes que hubieran sido necesarias para componerlo. Es otro caso de inexistencia. En este supuesto que como en el de todos los actos bilaterales debe convertirse en el análisis de dos declaraciones unilaterales, tenemos que la falla no resulta de la falta de existencia de esas declaraciones, las cuales "sucedieron", o "tuvieron lugar": pero lo que no se produjo nunca fué el que en un momento dado de tiempo se hayan "encontrado" idealmente dos declaraciones concordantes ya que no lo eran entre sí las que al encontrarse compusieron el acto. Adviértase que nos referimos a discordancia externa de las declaraciones ("vendo la casa" frente a "alquilo la casa") y no a discordancia interna (por error uno declaró "vendo" aun cuando quería declarar "alquilo"): en este

último caso habría habido acto jurídico y el problema sería de anularlo.

VI. Delimitado el campo de la inexistencia quedará por fijar el opuesto que —según vimos— no es el de la nulidad, sino el de la existencia, luego subdividido en dos secciones: la validez o eficacia y la nulidad.

Si el acto fuere otorgado por el sujeto a quien se le atribuye, es decir, si tuvieron lugar las formas de conducta exterior que corresponden a aquellas que la ley describe como típicas para componer el acto de referencia pueden ocurrir dos cosas: a) que esas formas externas correspondan a una voluntad interior perfectamente constituida y emanada de sujeto con discernimiento, quien ha actuado con conciencia de lo que hacía (intención) y con libertad y que en esas condiciones ha emitido una declaración lícita en todos sus aspectos (objeto, causa, etc.) a la que no afecta ningún vicio; b) o que esas formas externas hayan correspondido a una actividad o conducta del sujeto en la cual al tiempo de emitirse no se han cumplido todos y cada uno de esos requisitos, bien entendido que la falta de cualquiera de ellos podrá ser suficiente para que el acto no sea perfecto. Ello ocurrirá cuando el sujeto que emitió la declaración carecía de discernimiento jurídico, o cuando no tuvo exacta conciencia de lo que hacía porque padeció engaño (sea espontáneo bajo la forma de error o sea producto de una maniobra dolosa) o cuando no tuvo libertad, o cuando la declaración importaba referencia a un objeto ilícito, imposible, inhumano, o estaba determinada por una causa ilícita, o carecía de seriedad y sinceridad por tratarse de una mera simulación, o se proponía burlar la ley o perjudicar a un tercero (*fraude*).

VII. De acuerdo al criterio lógico adoptado, conforme al cual lo que distingue a la inexistencia de la existencia es una diferencia de hecho (tuvo lugar la declaración o no tuvo lugar), quedan comprendidos en el campo de la nulidad supuestos como el del acto del demente al que en general la teoría clásica consideraba un caso de inexistencia arguyendo que la falta de voluntad importaba falta de elemento esencial a la existencia del acto.

Creemos que esta última afirmación importa confundir la "voluntad" con la "voluntad jurídica" que es cosa distinta. El demente tiene voluntad psicológica aunque sea irracional. Si un demente hace una declaración eso que se ha exteriorizado es una declaración aunque sea irracional porque internamente no haya estado iluminada por la luz de la razón. El que haya o no razón en el sujeto declarante podrá descalificar la declaración pero no obsta a que haya existido como declaración "de hecho". La inexistencia o la existencia son referidas a esos aspectos "de hecho": a que haya o no ocurrido el suceso externo de ponerse de manifiesto una declaración de voluntad ("quiero vender", "quiero comprar") que no deja de ser declaración objetiva de voluntad por el hecho de

que carezca de razón el sujeto que la emite. Ante un juicio de existencia (¿existió o no existió?) no pueden hacerse diferencias entre el "quiero vender" realmente pronunciado por un loco y el realmente pronunciado por un cuerdo. Ambos ocurrieron, y si es cierto que internamente hay diferencias substanciales entre ambos casos, de esas diferencias toma razón la doctrina de la nulidad (que analiza el acto por dentro) y no la de la existencia que sólo lo analiza en su exterioridad.

Naturalmente que puede decirse que cuando se habla de "existencia" se quiere decir "existencia jurídica" y entonces el acto del demente no tendría "existencia jurídica" pero la ley no dice tal cosa desde que dice que el acto del incapaz absoluto es "nulo" (art. 1041) y no que sea inexistente. En conclusión: si a la doctrina de la inexistencia se la equipara a la inexistencia jurídica habría que rechazarla en derecho positivo porque la ley la rechazó, y también en el campo teórico porque se confundiría con la de nulidad. Si se la considera como inexistencia de hecho cabe aceptarla.

VII. Una observación final: nuestra posición de aceptar la categoría de "inexistencia" con el alcance señalado no es distinta a la de autores como Esmein precedentemente citado, que al rechazar dicha categoría entienden rechazar la teoría clásica de la inexistencia, pero que sin perjuicio de ello admiten que en un caso de falsificación de firma, por ejemplo, debe resolverse que no hubo acto jurídico y que por tanto nada hay que anular (Planiol-Ripert-Esmein, *Traité pratique*, VI, N° 243 y sigs.).

VIII. Otra observación: la inexistencia no se distingue de la nulidad en lo más o menos manifiesto del vicio que las determina, o en la necesidad o no necesidad de intervención judicial (criterio clásico de Aubry et Rau). Son dos cosas distintas, y la doctrina moderna lo ha señalado con acierto: por de pronto todo debate en torno a la vigencia de un acto jurídico dará lugar a intervención judicial si las partes no se ponen de acuerdo. Además, el defecto determinativo de inexistencia, al igual que el de nulidad puede o no ser manifiesto; hay inexistencias manifiestas (el matrimonio por carta) e inexistencias que requieren investigación (la firma falsificada) del mismo modo que hay nulidades manifiestas y nulidades que requieren investigación.

NOTA N° 5. — EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACIÓN: DISTINTOS TIPOS DE NULIDADES

La forma como los autores desarrollan esta materia se vincula estrechamente al desarrollo que dan a la de actos inexistentes ya que estos aparecen —en algunas de las clasificaciones— como una categoría incluida en la de nulidad en tanto que otras construcciones consideran se trata de una situación totalmente distinta.

Comenzaremos con la mención de aquellas obras que el codificador tuvo a la vista, en especial las de Savigny (citado por la nota al título VI), la de Freitas y la de Aubry et Rau.

Clasificación de Savigny

En la nota al título VI dice Vélez Sarsfield: "Savigny, al tratar de la nulidad de los actos jurídicos los divide en actos nulos "y actos atacables. A estos últimos es a los que llamamos anulables."

Confrontando la cita sobre la traducción castellana del "Sistema del derecho romano actual" encontramos en Savigny los siguientes elementos de juicio que interesa reseñar. Comienza él por distinguir dos formas de invalidación de los actos: una que llama invalidación completa, proveniente de una fuerza que es igual en extensión y poder al hecho que destruye (a la cual llama nulidad) y otra que designa como invalidación parcial, producto que puede ser de una multitud de obstáculos que en diferentes grados se opongan a la eficacia de los actos jurídicos. Refiriéndose a estos casos dice que la relación jurídica es entonces "vulnerable", ("atacable" en la traducción utilizada por el codificador). La nulidad —prosigue Savigny— supone la negación de la relación; en los casos de actos vulnerables, en cambio, nace la relación, pero nace al mismo tiempo a favor de una de las partes la facultad de aniquilarla. Ahora bien: este derecho de atacar la relación existe como algo independiente de la relación misma, por lo cual puede ocurrir que sea destruido en su totalidad o en parte, en cuyo caso el derecho originariamente nacido de la relación, al quedar desembarazado de ese obstáculo, vendrá a recobrar su eficacia primitiva, lo cual nunca sucede en los casos de nulidad.

Más adelante se refiere Savigny a una distinción hecha por algunos autores entre nulidades absolutas y relativas; menciona entre éstas aquellas que en cierto modo dependen de la voluntad del sujeto (por ejemplo cuando el menor hace un contrato puede el tutor mantenerlo o denunciarlo), y señala que equivocadamente los autores han extendido esa calificación a casos en que no es dado a la voluntad de los sujetos corregir los vicios. Sobre este último caso, introduciendo expresiones un tanto imprecisas dice: "...es superfluo y también imposible el dirigir una acción contra un acto nulo, es decir, contra un acto que no existe jurídicamente", expresión ésta última que luego repite: "En todos estos casos, es decir, testamento que no emane del testador, o... testamento en que se encuentre preterido un hijo sometido a patria potestad... en todos esos casos no existe acto jurídico y por consiguiente no hay necesidad de ninguna acción para destruir su existencia, ni hay intención que manifestar, ni diligencias que hacer".

Clasificación de Aubry y Rau

Aubry et Rau, a cuya distinción entre actos nulos y actos inexistentes nos hemos referido en la nota N° 4, tratan combinadamente con ese punto el relativo a la clasificación de nulidades.

En su clasificación tendríamos:

Actos inexistentes:

- a) Su ineficacia es independiente de toda declaración judicial.
- b) No se cubre por confirmación ni por prescripción.
- c) Cualquier juez puede reconocerla, aun de oficio.

Actos nulos:

Respecto de éstos sub-clasifican:

- A) Nulidades de orden público o de interés privado.
- B) Nulidades textuales o virtuales.
- C) Nulidades absolutas y relativas.
- D) Nulidades de fondo o de forma.

La característica común a todas las nulidades, cualquiera sea su sub-especie, que las diferencia de los casos de inexistencia, es que ellas dependen de juzgamiento, lo que ocurre tanto cuando la ley confiere a una parte una acción de nulidad como cuando la ley dice directamente que un acto es nulo, o que es nulo de derecho, o que es nulo de pleno derecho, etc. Los actos viciados de nulidad son válidos en tanto que su anulación no haya sido pronunciada por los jueces.

Respecto de la clasificación de nulidades de orden público o de interés privado, no consignan estos autores ningún comentario.

A la clasificación de las nulidades en textuales o virtuales le asignan esta importancia: en las primeras el Juez se limitará a apreciar si existe o no el defecto mencionado por la ley como invalidatorio; en el caso de las segundas el Juez deberá entrar a apreciar si la violación a disposiciones generales de la ley o a normas que definen su espíritu, es de trascendencia tal que justifique la invalidación del acto.

La clasificación de nulidades en absolutas y relativas se funda —en la opinión de estos autores— en el hecho de que cualquier interesado pueda invocarla, o que puedan solamente hacerlo determinadas personas. En principio las nulidades deben reputarse absolutas, salvo que la ley haya restringido el derecho de invocarlas; en especial deben considerarse absolutas las que resultan de faltas de formas del acto o las que se relacionan con consideraciones de orden público salvo que esas formalidades hayan sido impuestas exclusivamente en interés de una de las partes o que las razones de orden público que movieron a establecer la nulidad quedaran desvirtuadas por el hecho de que cualquiera de las partes pudiera invocarlas (así por ejemplo señala Aubry en una de sus notas los jueces a quienes se prohíbe hacerse cesionarios de

derechos vinculados a litigios que tramitan ante ellos, no podrían denunciar la invalidez de tales cesiones). Esta nota y este ejemplo de Aubry que figuraban ya en las ediciones consultadas por Vélez Sarsfield ha sido, sin duda, fuente de aquella idea que recoge el art. 1047 cuando prohíbe invocar la nulidad absoluta a la parte que otorgó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Clasificación de Demolombe

Demolombe, I, N° 21 y siga., enseña: a) las convenciones pueden ser nulas o anulables; b) la nula es aquella a la que falta totalmente una condición esencial para su formación y existencia. Por falta de tal condición esa convención no es propiamente tal, no existe como tal, no ha llegado a formarse como tal, es solamente un hecho. De ello se sigue que su nulidad puede ser invocada por toda persona interesada, que ella no es susceptible de confirmación o ratificación, y que sus defectos no son susceptibles de ser reparados por el tiempo; c) muy distinto es el caso de la convención anulable: ha podido formarse porque han llegado a cumplirse las condiciones esenciales aunque lo hayan sido en forma irregular e imperfecta. Esta convención existe y continuará existiendo si no se la anula judicialmente. Aunque tenga una existencia precaria no por eso deja de ser una convención válida, que está expuesta a extinguirse por virtud de la acción de nulidad que la aniquile. De todo ello resulta que la anulabilidad sólo puede ser invocada por ciertas personas en cuyo interés particular se la ha establecido, que es susceptible de confirmación y también puede ser sanada por el tiempo.

Clasificación de Freitas

Freitas es el autor a quien más de cerca ha seguido Vélez Sarsfield, en esta materia. Lo ha seguido, en especial, en las dos siguientes características del método expositivo:

- a) Hacer dos clasificaciones paralelas e independientes (la primera: actos nulos y anulables; la segunda: actos de nulidad absoluta y de nulidad relativa).
- b) Lo ha seguido también en cuanto al método de presentar la materia, método que a veces consiste en dar los conceptos a través de ejemplos (por ejemplo son nulos tales actos... son anulables tales otros) y otras consiste en no dar conceptos sino consignar consecuencias (la nulidad absoluta no puede ser confirmada, o puede ser pedida por tales personas, etc.) con lo cual el intérprete no cuenta con una definición legal sobre el concepto de los tipos correlativos, sino que debe inducirlos del sentido jurídico que quepa atribuir a la consecuencia que la ley consagra).

Los puntos más importantes que interesa retener del sistema del Esboço, son los siguientes:

1º) Una clasificación entre nulidades manifiestas y dependientes de juzgamiento que luego desemboca en una enumeración de actos nulos y anulables (arts. 788 y sigs.). Estos textos coinciden casi exactamente con los artículos 1038 y 1041 a 1045 de nuestro código.

2º) Una clasificación de nulidades absolutas y relativas, con la reglamentación consiguiente que comprende los puntos: quien puede pedir la declaración, posibilidad o imposibilidad de confirmación. En ambos puntos las soluciones coinciden bastante próximamente con las de nuestro código. Por otra parte la caracterización de Freitas es más completa en cuanto incluye una disposición que Vélez no recogió a saber la de mencionar "casos" de nulidad absoluta y de nulidad relativa. El punto previsto en los artículos 805 y 810 del Esboço pone de manifiesto a la vez una independencia y una vinculación entre esta clasificación con la de actos nulos y anulables, pues aunque no coinciden totalmente hay una zona de casos comunes. En efecto: los actos nulos, o sea aquellos cuyo vicio es manifiesto, son por lo general de nulidad absoluta salvo el caso de los actos otorgados por incapaces relativos los que son de nulidad relativa; y los actos anulables, es decir los que requieren juzgamiento, son de nulidad relativa, salvo el caso de incapacidades de derecho que deben ser investigadas, las cuales son de nulidad absoluta (ver arts. 805 y 810 del Esboço y sus remisiones a los artículos 789 y 790). Este sistema del Esboço es el que a grandes rasgos recogió el Proyecto de Reformas a nuestro código civil elaborado en el año 1936 al que nos hemos referido en el N° 13.

A primera vista esta coincidencia de los actos nulos con los de nulidad absoluta y de los anulables con los de nulidad relativa, importaría negar la necesidad de hacer dos clasificaciones distintas e importaría negar la autonomía de uno y otro criterio calificativo.

Sin embargo no es así: en cuanto conceptos una y otra clasificación son autónomas, porque una cosa es el carácter manifiesto o no manifiesto del vicio y otra es la mayor o menor gravedad del mismo. Pero, no obstante, esa diferencia conceptual, ocurre que por lo general los vicios manifiestos determinan que la realidad del suceso que se analiza aparezca como más apartada de aquella que corresponde al tipo de acto de que se trata; ese suceso ocurrido está más lejos de ser el suceso que la ley requiere para que se configure el acto jurídico cuya existencia o eficacia se debate, por donde, la ineficacia de ese suceso sometido a análisis judicial al mismo tiempo que es más manifiesta, resultará ser más intensa, más completa, más total, todo lo cual conduce a incluirlo en la categoría de nulidad absoluta, porque "eso" que sucedió ni es un

acto jurídico, ni nunca lo fué, ni nunca se podrá convertir en acto jurídico (inconfirmabilidad característica de la nulidad absoluta).

Y hasta tal punto esto es así que a veces inclusive ese vicio que tan manifiestamente aparta a la realidad sucedida del tipo de acto jurídico cuya existencia se discute determinará que el Juez llegue a resolver que se trata de un caso de "inexistencia": así por ejemplo si una persona pretende ser esposa de otra y presenta como título una escritura pública de matrimonio otorgada ante un escribano, o un instrumento privado de matrimonio esa convención otorgada por ambas no sólo no configura un matrimonio válido sino que tampoco llega a componer la figura de un matrimonio nulo sino que directamente esa realidad "no es matrimonio", es decir que se trataría de un supuesto de inexistencia.

En definitiva: la coincidencia de casos no borra la diversidad de conceptos. No hay necesidad lógica de que los actos nulos sean de nulidad absoluta (si la hubiera sería una clasificación única y no serían dos clasificaciones), pero habitualmente ocurre que lo manifiesto del vicio implica simultáneamente la mayor discordancia entre el acto sucedido y el tipo legal, lo cual a su vez genera la nulidad absoluta de ese pretendido acto jurídico.

El problema de la clasificación a través de las sucesivas ediciones de *Planiol*

Según hemos tenido ocasión de señalar al tratar el punto relativo a inexistencia y nulidad, la opinión sostenida en la obra de *Planiol* ha ido variando con el tiempo, y en especial cuando la obra primitiva se convierte en la de los colaboradores que —muerto el autor— la actualizan y repasan.

En las primeras ediciones se enuncia una opinión que se mantiene largos años y se hace una clasificación tripartita:

- a) actos inexistentes;
- b) actos nulos de pleno derecho;
- c) actos anulables.

Puede verse en ese sentido la undécima edición que data de 1938.

El criterio que informa a esta clasificación, en lo que a las dos últimas categorías se refiere (nulidad de pleno derecho y anulabilidad) es un criterio que podríamos llamar referido a los aspectos procesales de la cuestión: es de pleno derecho aquella nulidad que la ley establece directamente y que no requiere ni una acción de nulidad por parte de los interesados, ni tampoco que el Juez deba "romper" ("casser") ese acto (ver tomo I, N° 338 de la edición precitada); es cierto que podrá haber necesidad de acudir a los jueces, pues nadie puede hacerse justicia a sí mismo, pero en tal caso el juez se limitará a "comprobar" la nulidad pero no a decretarla. La nulidad de pleno derecho es inmediata (el acto

no paraliza la libertad de las partes las que pueden actuar como si no lo hubieran otorgado); puede invocarla cualquier interesado y no se puede cubrir por confirmación. Este tipo de nulidad constituye la regla general: "representa el derecho común... la simple anulabilidad es una excepción que sólo tiene lugar en ciertos casos y por causas determinadas...". De esta anulabilidad señala Planiol que procede: a) en casos de vicios de consentimiento; b) por falta de capacidad del autor. Importa una medida de protección instituida a favor de persona determinada que es la única que puede invocarla. Mientras no se dicta sentencia invalidatoria al acto se lo reputa válido, si bien una vez que se dicta sentencia ésta es retroactiva, quedando aniquilado el acto y también sus efectos cumplidos en el pasado.

Esta era pues la línea de clasificación sostenida clásicamente en la obra que citamos.

En la edición de 1948 del "Traité Elementaire de Planiol" por Ripert et Boulanger se modifica la terminología.

A la clasificación: actos inexistentes, nulidades de pleno derecho y anulabilidades, la sustituye otra clasificación también tripartita: actos inexistentes, nulidades absolutas, nulidades relativas.

En el N° 343 se hace una crítica a la noción antes admitida de nulidades de pleno derecho o nulidades legales que se pretendía oponer a la de nulidades judiciales, puesto que si en definitiva en ambos casos había que recurrir a los magistrados por aquello de que nada puede hacerse justicia por sí resultaba que todas las nulidades dependían de sentencia lo que contradecía la calificación "de pleno derecho" atribuida a esta categoría.

Abandonado pues, el criterio de clasificar las nulidades con relación al modo de declararlas (calificación procesal) se lo hace con relación al fundamento por el cual se las declara (calificación de fondo) y se señalan las categorías de nulidades absolutas y relativas. Si recordamos que ya Aubry y Rau consignaban esta última clasificación advertimos que no se está innovando en la materia sino simplemente poniendo el acento en alguna de los criterios calificativos que ya desde antes se mencionaban.

Por otra parte aunque sea distinto el criterio elegido hay un cierto paralelismo entre una y otra clasificación, por las razones que hemos señalado al comentar la clasificación de Freitas: como las que se llamaban nulidades de pleno derecho eran aquellas que la ley establecía como nítidamente contrarias al ordenamiento, resulta ahora que el nuevo criterio calificante que habla de nulidades absolutas para designar aquellas que contrarían al interés general coincide en parte con el anterior. Así en el N° 344 de la edición que seguimos se señala: la característica de la nulidad absoluta estriba en que la norma violada por el acto es de aquellas que protegen un interés general; por eso esa nulidad supone la falta de un elemento que era esencial a la validez del acto y

por ello mismo puede ser invocada por cualquier persona y no puede ser convalidada por confirmación o prescripción, punto este último que la jurisprudencia francesa ha modificado en parte.

En cuanto a las nulidades relativas —siguiendo siempre la edición de Ripert y Boulanger de 1948— son aquellas que corresponden a la violación de normas dictadas para proteger a determinados sujetos e intereses, y suponen que esos sujetos las actúan. En ese sentido tales nulidades están subordinadas a que se las reclame por la parte y se las declare por el Juez, razón por la cual puede decirse con verdad que el acto es anulable. Así equiparando este grupo de nulidades a las anulabilidades a que se refería la edición anterior, vemos que coinciden los casos (vicios de consentimiento e incapacidad del sujeto), los efectos, etc.

En la última edición del *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, por Ripert y Boulanger se mantiene la clasificación ya mencionada de nulidades absolutas y relativas y la novedad con relación a la anterior edición consiste en que —según hemos tenido oportunidad de señalar— se suprime la categoría de actos inexistentes (edic. de 1958, tomo I, N° 632 y sigs.).

Esméin, autor del tomo sobre Obligaciones en el *Traité pratique de Planiol y Ripert* (edición 1952, tomo VI, N° 287) al referirse a la clasificación de las nulidades, presenta también como la más importante a aquella que distingue las nulidades absolutas y las relativas. Su exposición sobre la materia es similar a la de Ripert y Boulanger en el *Traité Elementaire de Planiol*.

Otros autores franceses modernos

Casi coincidente con la opinión de las últimas ediciones de Planiol es la que sostienen otras obras modernas de derecho francés.

Colin, Capitant et Julliot de la Morandiere (II, N° 742): la teoría francesa de las nulidades se apoya en la distinción entre nulidades absolutas y relativas. Esta distinción tiene en cuenta las condiciones de funcionamiento y no los efectos de uno u otro tipo de nulidad. Una nulidad es absoluta o de orden público cuando se funda en motivos de interés general: cualquier interesado puede prevalerse de ella, el acto no puede ser confirmado y la acción sólo se prescribe por la prescripción de derecho común de treinta años.

Una nulidad es relativa cuando está fundada en motivos de protección individual: la acción, entonces, no pertenece sino a aquellas personas a las que la ley quiso proteger, las que pueden confirmar el acto si así lo desean. Esa acción se prescribe a los diez años.

Marty y Raynaud por su parte, señalan en su *Droit Civil*, tomo I, N° 158, edic. 1956: la distinción entre nulidades de pleno derecho y nulidades judiciales ha ido perdiendo valor porque en

definitiva si los interesados no se ponen de acuerdo es menester recurrir al Juez cualquiera sea la causa de la nulidad, y contrariamente la intervención judicial será inútil desde el momento en que exista conformidad de partes para admitir la invalidez del acto. Por eso la clasificación que aparece a la vez como clásica y fundamental es la que distingue: a) nulidades absolutas, que corresponden a vicios de alcance general como ser la falta de un elemento constitutivo o la contravención al orden público o buenas costumbres. b) nulidades relativas que sancionan reglas instituidas en el interés de una de las partes o de un grupo determinado de interesados (vicios de consentimiento, incapacidades, etc.). Las diferencias de régimen entre una y otra categoría son: la nulidad relativa sólo puede ser invocada por las personas a las que la ley quiso proteger y es reparable; la nulidad absoluta puede ser invocada por todo interesado y no es susceptible de confirmación.

Los Mazeaud en sus ya citadas *Leçons de droit civil*, edic. 1955, tomo I, N° 350; las nulidades, pueden fundarse tanto en consideraciones de orden público como en motivos de interés privado y sobre esos dos fundamentos reposa la distinción tradicional entre nulidades absolutas y relativas.

Carbonnier, *Droit Civil*, edic. 1955, tomo II, N° 131, distingue tres formas de ineficacia: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Conclusiones en cuanto a la doctrina francesa:

En forma casi unánime la doctrina francesa ha abandonado el criterio de la CLASIFICACION PROCESAL DE LAS NULIDADES (que distinguía nulidades de pleno derecho y nulidades dependientes de sentencia) y ha dado importancia a la CLASIFICACION DE FONDO (nulidades absolutas y relativas).

Este punto de vista doctrinario al que se llega tras una larga evolución doctrinaria resulta, sin duda, de interés al tiempo de aplicar el régimen de nuestro código que combina una y otra clasificación.

La clasificación en la doctrina italiana

La moderna doctrina italiana encara el problema de la clasificación de las nulidades dentro del sistema general de ideas elaborado en torno a la construcción del acto jurídico.

La clasificación en la obra de Betti

Este autor que según vimos admite la categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad (*"Teoria generale del negozio giuridico*, edic. 1955, parág. 58) subdivide en esta última dos for-

mas: a) es nulo el negocio cuando por faltarle algún elemento esencial es inapto para producir el efecto jurídico a que se dirige el tipo legal respectivo; b) es anulable cuando por reunir los elementos esenciales del tipo, llega a originar la situación jurídica que según el derecho acompaña a dicho tipo legal, pero que tras reacción de la parte interesada puede ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiese existido. En tal forma la anulabilidad que corresponde a deficiencias menos graves que las que producen la nulidad, configura una forma de invalidez que sólo surge por virtud de sentencia constitutiva.

La obra de Cariota Ferrara

Cariota Ferrara ("El negocio jurídico", edic. cast., 1955, N° 83). Este autor, aparte de admitir la categoría de inexistencia (ver lo dicho en nota 4) separa dos formas de invalidez: nulidad y anulabilidad. La primera es la más grave: el negocio nulo no produce sus efectos propios, no puede —al menos generalmente— sanarse; la acción de nulidad es de mera fijación. La anulabilidad (N° 86), en cambio se caracteriza porque el negocio produce sus efectos hasta que es anulado; la sentencia que produce la anulabilidad es constitutiva; normalmente la anulabilidad puede hacerse valer sólo por personas determinadas y el acto anulable puede sanarse.

Una vez definidos estos dos tipos de invalidez Cariota Ferrara se preocupa de subdividir en cada uno de esos tipos dos formas, y es aquí donde introduce la clasificación de invalidez absoluta y relativa (ver N° 84, N° 85, N° 86 y N° 87), con lo cual su sistema resulta ser el siguiente: La nulidad puede ser absoluta (que es la regla) o relativa (que es la excepción) y también la anulabilidad puede ser absoluta (que es la excepción) o relativa (que es la regla). Encontramos pues el entrecruzamiento de las dos clasificaciones en forma que si se quiere es similar a la que nuestro código determina. Con todo detenimiento destaca Cariota las características de la nulidad relativa que "debe poder construirse como tal nulidad sin que resbale hacia la anulabilidad", cuidado que luego debe repetir en el caso de la anulabilidad absoluta para que "no se resbale" hacia la nulidad. Sin poder entrar aquí a detallar el sistema calificativo de este autor señalaremos que su estudio resulta de interés por cuanto corresponde en parte al esquema de pensamiento que el codificador argentino aceptó.

Clasificación de Giuseppe Stoffi

También este autor en su "Teoría del negocio jurídico", ed. cast., Madrid 1959, mantiene la distinción entre nulidad y anulabilidad en términos similares a los de los precedentemente citados:

Conclusión en cuanto a la doctrina italiana

La doctrina italiana moderna, a diferencia de la francesa a la que antes nos hemos referido, mantiene la CLASIFICACION PROCESAL DE LAS NULIDADES (de pleno derecho o actos nulos, y dependiente de sentencia o actos anulables). Queda, por tal causa, más cerca del sistema de nuestro código.

La clasificación en derecho alemán.

En capítulos distintos el código alemán trata de la nulidad (art. 139) y de la anulación (art. 142).

Enneccerus-Nipperdey, Parte General, pará. 189, pág. 354, señalan las bases de la distinción: es nulo el acto cuando adolece de determinados defectos concretos y específicamente señalados por el propio código, por ejemplo cuando la declaración emana de un incapaz (art. 105), cuando la declaración se hace con reserva mental y se dirige a persona que conoce dicha reserva (art. 114); cuando se hace sin seriedad y con la seguridad de que se conocerá esa falta de seriedad (art. 115) o cuando se la hace por fórmula a persona que conoce este alcance (art. 117); cuando el acto carece de la forma legal (art. 125); o cuando es contrario a la ley (art. 134) o a las buenas costumbres o importa explotar la desgracia, ligereza o inexperiencia ajena (art. 138) o bien cuando el contrato tiene por objeto una prestación imposible (art. 306).

Estos casos perfectamente determinados dan lugar a que el negocio si bien tenga una existencia exterior no sea propiamente negocio jurídico, a consecuencia de lo cual resulta: a) que esa realidad no configura negocio; b) que no puede surtir efecto a favor ni en contra de nadie; c) que cualquiera puede invocar la nulidad en contra de cualquiera; d) que los jueces deben tenerlas en cuenta aunque no sean invocadas; e) que no requieren una acción de anulación, sino simplemente una de mera constatación (salvo que se trate de matrimonios inscriptos); f) que no pueden ser confirmados, y sin perjuicio de que los interesados puedan otorgar una nueva —o mejor dicho una efectiva— conclusión del acto, la que deberá estar rodeada de todos los requisitos legales como que se trata de un acto de otorgamiento.

Los casos de anulabilidad se presentan cuando el negocio adolece de vicios (error, intimidación, engaño doloso). El negocio es provisionalmente válido pero si se lo anula se lo tiene como si nunca hubiera existido, tanto entre las partes como respecto de terceros. No es menester una acción de nulidad propiamente dicha sino que basta una mera declaración dirigida a la otra parte, a la que seguirá una acción en "constatación" del defecto (pág. 370).

NOTA E. — CON RELACIÓN AL EFECTO RETROACTIVO DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE ACTOS ANULABLES

Al desarrollar el capítulo respectivo vimos que es de la esencia de la nulidad el producir efectos invalidantes en forma retroactiva, pero que en nuestro derecho se había desarrollado una corriente de opinión en el sentido de limitar —por motivos de seguridad jurídica— los efectos retroactivos de las sentencias de anulación en los casos de actos anulables, en forma tal que esos efectos se producirían entre partes pero no respecto de terceros.

Entendemos práctico, para valorar esa corriente de pensamiento, consignar una serie de opiniones que exponen el "derecho común" en la materia.

Ese "derecho común" conduciría a rechazar la distinción: el acto nulo es inválido desde el principio por la forma de operar por sí mismo el vicio que lo determina; el acto anulable es inválido desde el principio por la forma retroactiva de operar de la sentencia que lo invalida. Por dos caminos diferentes se llega a un mismo resultado: la invalidez inicial del acto tanto en las relaciones entre partes como respecto de terceros, a lo cual se desemboca por igual en los supuestos de actos nulos y anulables.

Más aún: cuando se ha querido proteger a los terceros adquirentes de buena fe (por ejemplo en el sistema de Freitas o en el del código alemán) entonces se han ideado reglas especiales (reducción del inmueble en el sistema de Freitas o acto abstracto de adquisición en el derecho alemán), pero esas reglas especiales funcionan tanto en los casos de actos nulos como en los de anulables, de modo que tampoco bajo este aspecto resultaría acorde a la doctrina de derecho comparado la distinción practicada por los autores a quienes nos referimos, pues en su sistema se protege a los adquirentes de buena fe en los casos de actos anulables pero se los deja sin protección en los casos de actos nulos.

Como único antecedente que en cierta medida vendría a respaldar la solución de limitar la retroactividad de las sentencias anulatorias en forma que ellas no alcancen a los terceros de buena fe, cabría citar un texto del código italiano de 1942.

Con estas aclaraciones iniciales pasamos a mencionar las distintas opiniones vertidas sobre la materia.

La opinión de Aubry y Rau (fuente de los artículos 1050 a 1052)

Estos autores tratan la materia en dos partes de su curso. En el tomo I, parág. 37, señalan:

a) La consecuencia que se sigue de toda sentencia que anula un acto es la de determinar que se lo considere como si nunca hubiera tenido existencia jurídica.

b) El acto declarado nulo no puede, en virtud de la causa por la que se lo anuló, producir ningún efecto jurídico ni para el

futuro ni para el pasado, a menos que el legislador disponga excepcionalmente otra cosa.

c) Puede, sin embargo, ese acto haber dado lugar a relaciones de hecho entre las partes de las que no se podría prescindir, y que podrán dar lugar a derechos y obligaciones recíprocas (así por ejemplo un matrimonio o una sociedad anulados, podrán dejar como saldo el que haya habido una comunidad de intereses entre esas personas).

d) Puede ocurrir también que un instrumento, no obstante haber sido anulado en cuanto título de la convención que por su intermedio se quería instrumentar, pueda servir como prueba de declaraciones o manifestaciones allí insertadas accesoriamente.

e) La anulación misma del acto puede ser el fundamento de una demanda por daños e intereses fundada en la existencia de un delito o cuasi-delito (es el principio recogido por el art. 1056 de nuestro código).

En el parágrafo 336 se refieren a las consecuencias jurídicas de las acciones de nulidad. En las primeras ediciones, o sea las que Vélez consultó, su opinión es terminante en el sentido de que "la nulidad torna las cosas al mismo o semejante estado en que se encontraban antes de la formación de la obligación anulada o rescindida" (2ª edición, tomo II, pág. 437/E). Surge de este principio —agregan— "que todos los derechos reales concedidos sobre un inmueble por una persona que había llegado a ser propietaria por consecuencia de una obligación luego anulada o rescindida, se desvanecen y las consecuencias de la acción en nulidad o rescisión repercuten ("reflechissent") contra los terceros a los cuales esos derechos han sido transmitidos" (pág. 438). Como se advierte hay una similitud casi total en este enunciado y el recogido por nuestro código en el art. 1051. (Ediciones posteriores de Aubry et Rau mantienen la misma redacción).

La opinión de Demolombe

Señala este autor (tomo 29, N° 167 y sigs.) que si bien el código francés no ha reglamentado en detalle los efectos de las acciones de nulidad (tratan la materia los arts. 1304 y sigs.) es fácil determinar sus efectos aplicando las tradiciones antiguas y los principios generales de derecho.

Lo característico del instituto es que al igual que la restitución romana vuelve las cosas al mismo o semejante estado en que se encontraban antes de la convención anulada. Lo que es más ningún efecto produce. Se aniquila en el pasado la existencia misma de la convención anulada. Este efecto se produce entre las partes o respecto de terceros (N° 169): resuelto el derecho del dador queda resuelto el del recipiendario.

El autor cuya exposición en esta parte es sumamente breve, se limita a remitirse a otros desarrollos de esos principios generales.

La obra de Eudry Lacantinerie

En el tomo tercero del Tratado de las Obligaciones compuesto con la colaboración de L. Barde se señala: a) La anulación repercute sobre terceros, entendiéndose por tales a las personas a las cuales han sido conferidos por las partes derechos que ellas deben restituir en razón del aniquilamiento del contrato; b) por razón de la anulación se supone que el contrato nunca ha existido y que las partes nunca han tenido derecho alguno sobre las cosas de que se trata y que en consecuencia no han podido crear o transmitir derecho alguno a ningún otro sujeto; c) un derecho anulable o revocable no dejaría de ser vulnerable por el hecho de pasar a otro titular; d) cabrían, sin embargo, limitaciones o defensas en materia de cosas muebles por invocación del principio "en materia de muebles posesión vale título"; e) la invalidación alcanza tanto a las disposiciones realizadas con posterioridad a la anulación como a las efectuadas antes, es decir que la anulación tiene efecto retroactivo.

El régimen de Freitas

Es de gran importancia tener en cuenta el sistema del Esboço porque sus disposiciones fueron seguidas muy de cerca por Vélez Sarsfield en toda la materia de las nulidades y en especial en lo relativo a la clasificación de los actos en nulos y anulables.

Tras consignar los casos de actos nulos en el artículo 785 (que coincide con nuestros artículos 1041 a 1044) y de actos anulables en el 790 (casi literalmente tomado en el 1045 del código argentino) pasa Freitas a referirse a los efectos de las nulidades declaradas (es decir de las que corresponden a los actos nulos) o juzgadas (la que corresponde a actos anulables). Al hacer la mención de sus efectos las enumera juntas, es decir, equipara ambos casos, y dispone:

a) La nulidad declarada o juzgada coloca a las partes en el estado anterior al acto **SALVO EN LOS CASOS QUE FUEREN DECLARADOS EN LA PARTE ESPECIAL DE ESTE CODIGO** (Art. 785).

b) Establece los efectos respecto de terceros las nulidades declaradas o juzgadas en los distintos casos de cosas muebles fungibles (art. 797), muebles no fungibles (art. 798) e inmuebles (art. 799), y respecto de estos últimos casos consagra la siguiente regla: "Tratándose de inmuebles la nulidad declarada o juzgada por sentencia no dará derechos contra terceros una vez que estos hayan redimido los inmuebles en la forma que se reglará en la "Parte Especial de este Código".

Este artículo 799 de Freitas es esencial para comprender el sistema del autor brasileño y para comprender —por comparación— el de nuestro código.

Freitas está en la idea de que nulidad (declarada o juzgada, es decir la de actos nulos o anulables), por propia fuerza consubstancial al tipo de invalidación aniquilante que representa, debe volver las cosas al estado anterior al acto.

No hace distinción entre la nulidad de actos nulos o la de actos anulables: ambas tienen en principio esa propiedad. Ambas son retroactivas.

Freitas admite que la aplicación lógica del principio de la aniquilación retroactiva puede ser inconveniente.

Por eso lo limita, no ya por cambio en la estructura lógica de la anulación sino por la aplicación de otras instituciones que legislará "en la parte especial de este código".

Y una de esas instituciones que legislaría en la parte especial para detener la fuerza retroactiva de la nulidad y para evitar que alcanzara a terceros de buena fe comprometiendo en esa forma la seguridad jurídica era la "redención de inmuebles", instituto que luego y por otras causas no llegó a reglamentar.

Pero lo que nos interesa destacar es que Freitas insiste en que por sí misma la nulidad debe ser retroactiva tanto entre partes como respecto de terceros, y tanto en el caso de nulidad "declarada" (acto nulo) como en el de nulidad "juzgada" (acto anulable), porque la forma por la cual se haya llegado a dar estado a la nulidad no puede modificar la esencia de la nulidad misma.

Y cuando hay que restringir la retroactividad de las nulidades se lo hace por igual para todas las nulidades (declaradas o juzgadas) y se lo hace por creación de un instituto jurídico que funcionando dentro de los modos de adquisición permita "redimir" el inmueble y sustraer al adquirente a la fuerza retroactiva de la nulidad.

Ahora bien: si nuestro código que siguió en los artículos respectivos a Freitas casi al pie de la letra, no adoptó ese texto en que se decía que los terceros podrían sustraerse a padecer las consecuencias de la retroactividad de las nulidades declaradas o juzgadas, "redimiendo" sus inmuebles en la forma prevista por la Parte Especial, resulta claro que la voluntad de la ley (que es algo más que la voluntad de Vélaz Sáenzfeld) fue de aceptar lisa y llanamente la retroacción de la nulidad tal como la aceptaba el derecho común de la época (que es el derecho común de la actualidad) sin introducir esa "redención" que estaría destinada a funcionar como instituto neutralizador de aquella retroacción de las nulidades.

La opinión de Planiol

Planiol, 11ª edición, tomo I, N° 339 y 343; en tanto que en los actos nulos de pleno derecho (según hemos visto las ediciones posteriores de Planiol prescindían de este concepto) la nulidad es inmediata en forma tal que el sujeto puede considerarse libre del vínculo que el supuesto acto implicaría, en los actos anulables esa nulidad sólo existe con la sentencia judicial. Pero esa sentencia, una vez dictada, es retroactiva, es decir aniquila al acto en su mismo origen, aniquilando con él sus efectos cumplidos en el pasado.

Soluciones en derecho alemán

También en derecho alemán se admite la retroactividad de la sentencia anulatoria en los casos de anulabilidad: Cертmann, párrafo 51 enseña: "la impugnación una vez realizada deja sin efecto al negocio jurídico totalmente y lo anula, además, con efecto retroactivo, debiendo ser considerado como nulo desde su origen. Esto es así también con respecto a los terceros a cuyo poder hubiera ido a parar, entretanto, por medio de un nuevo negocio, el objeto del anulado. Esos terceros no se hallan en situación peor, más tampoco en situación mejor que la que les correspondía si la adquisición de su antecesor hubiera sido nula desde el principio".

Enneccerus-Nipperdey, Parte General, II pará. 189 y 190 vinculando esta materia a la clasificación que en ese derecho se hace entre nulidad e impugnabilidad, señalan: "Se conoce también una nulidad pendiente principalmente de la declaración de una persona. En la mayoría de estos casos el negocio se considera provisionalmente válido, pero al hacerse aquella declaración se deroga con efecto retroactivo. Entonces se le considera nulo desde el principio" (pág. 357). Y más adelante: al negocio impugnado "... se le considera nulo no sólo frente a aquel que lo ha impugnado sino frente a todos... por tanto —en principio— las cosas enajenadas puede reivindicarlas de esta tercera mano el anterior propietario después de la eficaz impugnación del negocio de enajenación... pero también se aplican en este caso las disposiciones de protección de los adquirentes de buena fe, exactamente como a propósito de la nulidad resuelta desde el principio.

En conclusión: en derecho alemán así como la nulidad es retroactiva (entre partes y respecto de terceros) así también la anulación es igualmente retroactiva (entre partes y respecto de terceros).

Ahora bien: la oponibilidad al tercero de la retroactividad, tanto en los casos de nulidad como en los de anulación, tiene una limitación a la que alude Enneccerus en el párrafo final del pasaje precedentemente transcrito. Ella consiste en normas especiales que ese derecho consagra en virtud de las cuales, derogando el princi-

pio de que nadie puede adquirir un derecho mejor o más amplio que el del adquirente, se decide que CADA ACTO DE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES BRINDA AL ADQUIRENTE DE BUENA FE UNA POSICIÓN DE PROPIETARIO FIRME Y CONSOLIDADO CONTRA QUIEN NO PODRAN INVOCARSE VICIOS O DEFECTOS DE ADQUISICIONES ANTERIORES. Es decir: cada adquisición es independiente de las anteriores (y por eso se habla del acto "abstracto" en sentido de "no causado", "no dependiente"). Se trata —como se ve— de un sistema legal que neutraliza la retroactividad de las nulidades y de las anulaciones, neutralización que se opera por una vía distinta. Sin negar que las nulidades deban ser retroactivas, se impide que la retroacción perjudique a terceros adquirentes de buena fe.

Ahora bien: esto ocurre por igual en los casos de actos nulos y de actos anulables, de modo que no constituye una diferenciación entre uno y otro tipo de nulidad.

Solución en derecho italiano

En una innovación introducida en el derecho italiano por el código de 1942 encontramos un elemento de juicio —el único que conocamos— coincidente en cierta medida con la postura adoptada entre nosotros por los autores que limitan el efecto retroactivo de las sentencias anulatorias de actos anulables, no aceptando

Dispone —en efecto— el art. 1445 del código de 1942: "La anulación que no deriva de incapacidad legal no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, salvo los efectos propios a la transcripción de la demanda de anulación".

Pasamos a referirnos a los comentarios que el texto ha merecido a la doctrina.

Betti (op. cit. parág. 58) tras haber señalado que el acto anulable "... tras la reacción de parte interesada puede ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiese existido..." (pág. 475) alude a la limitación representada por el artículo 1445 sin detenerse mayormente en ella (pág. 485).

Colagrosso (El libro delle obbligazioni, edic. 1943, pág. 435) tras señalar que el nuevo principio importa derogar el sistema clásico consagrado por el código de 1865 que daba a la anulación efecto retroactivo erga omnes, destaca que se trata de una norma dirigida a proteger la seguridad de los terceros de buena fe, a cuyo efecto se deroga la regla según la cual nadie puede transmitir derecho mejor que el que goza.

Carriata Ferrara (El negocio jurídico, N° 86) señala que la anulación que resulta de sentencia anulatoria de un acto impugnado es en sí misma retroactiva tanto entre las partes como respecto de terceros, salvo los límites que resultan de normas especiales (pág. 389 y pág. 397); con relación a esos límites menciona

el caso del ya citado artículo 1445 que configuraría un caso de inoponibilidad, es decir que aún admitiendo que la sentencia tenga por sí misma vigor retroactivo el mismo no se podría oponer a los terceros de buena fe que hubieran adquirido derechos sobre la cosa y hubieran inscrito sus correspondientes títulos antes de haberse transcrito en el Registro respectivo la existencia del juicio sobre anulación. Por otra parte la excepción del artículo 1445 no rige cuando la anulación se debe a incapacidad, en tal forma un menor que hubiera vendido una casa a otra persona podría anular la venta y recuperar la casa de esa persona o de un tercero de buena fe a quien ella se la hubiese vendido.

Coviello (El negocio jurídico, parág. 27, pág. 109) hace consideraciones similares. A la norma del artículo 1445 y a la del artículo 2652 que lo complementa las califica de "artificiosas" explicándolas como respondiendo al propósito de proteger a quienes confían en las apariencias de los actos.

De todo lo dicho resultaría que la solución consagrada por el nuevo código italiano de 1942 vendría a constituir una concordancia legislativa que respaldaría con su autoridad la opinión de aquellos autores nacionales que sostienen que también en nuestro derecho las sentencias anulatorias de actos anulables no deben tener efecto retroactivo respecto de terceros adquirentes del bien transmitido por el acto anulado. Pero, en realidad, el valor de este precedente se disminuye si se tiene en cuenta que en el código italiano esa solución de no oponibilidad de la retroacción en los casos de actos anulables (art. 1445) rige también en virtud de otro texto para los casos de actos nulos (norma del art. 2652, inc. 8ª), es decir: que lo que se limita es la retroactividad de las nulidades en general, sin entrar en una diferenciación, a nuestro juicio infundada, que distinga entre actos nulos y anulables.

Volvería a quedar pues sin antecedentes ni concordantes esa tendencia de derecho nacional que niega la oponibilidad a terceros de buena fe de los efectos retroactivos de las sentencias anulatorias.

Nuestra opinión

Pensamos que en nuestro derecho la sentencia anulatoria de un acto anulable debe tener efecto retroactivo tanto entre partes como respecto de terceros, ya que ello está en la esencia de la nulidad: invalidación por vicio originario que hace desaparecer al acto. Esto no es exclusivo de ciertas nulidades sino calidad común a todas. Hay una idea única de "nulidad" aunque haya varios tipos por la forma en que se lleva a declarar o por la posibilidad de que se la pueda borrar.

Si el código hubiera querido consagrar la no oponibilidad a terceros de las sentencias de anulación hubiera consagrado un texto como el 799 de Freitas, que expresamente dejó de lado al

saltear este artículo tras haber adoptado las soluciones consagradas por los anteriores y los posteriores.

El argumento basado en los textos sobre acción reivindicatoria no nos parece convincente. La acción de nulidad es una acción personal y no una acción real. El otorgante del acto que obtiene la declaración de nulidad tiene en sus manos un título que le permite reclamar la restitución de la cosa en la etapa del proceso llamada "ejecución de sentencia". No tiene porque iniciar "reivindicaciones"; le basta con pedir se ejecute la sentencia de nulidad.

El derecho procesal tiene reglas bien precisas para determinar como el impugnante de un acto puede llamar al juicio de impugnación a todas las personas contra las que quiera hacer valer la sentencia que obtenga. Si Pedro vendió la casa a Pablo y éste la vendió a Diego, Pedro deberá demandar al primero y traer al juicio al segundo por alguna de las formas procesales correspondientes (litis consorcio pasivo) para poder luego oponerle la sentencia que allí se obtenga. No tiene porque actuar contra ese tercero una acción de reivindicación (que podría no proceder) cuando tiene a su mano la acción personal de declaración de nulidad que proceda.

Cuando el impugnante actúa contra un adquirente ulterior del bien transmitido en el acto impugnado (cuando Pedro demanda a Diego en el ejemplo anterior) no está actuando contra un "tercerero" sino contra un sucesor a título singular de su co-contratante. Cuando Pablo vendió a Diego la casa, le cedió y entregó todo lo que él había recibido de Pedro. Nuestro derecho no conoce (salvo casos especiales) la idea de que la transmisión de un bien constituya un acto de "creación" de derecho autónomo a favor del adquirente. La transmisión es un cambio de sujeto con persistencia del derecho. Por eso los vicios de que adoleciera el derecho del transmitente pueden invocarse contra el adquirente (art. 3277).

Una última observación: quizás el único caso en que podría sostenerse la imposibilidad de oponer una sentencia anulatoria a un adquirente ulterior se daría en aquellos supuestos en que el código, apartándose de la idea de la adquisición derivada por transmisión admite constitución de título autónomo a favor del adquirente. Sea este caso: Pedro vende su casa a Pablo; éste constituye una hipoteca a favor de Diego, y como no paga los servicios correspondientes Diego promueve ejecución hipotecaria en la que se remata la casa adquiriéndola Antonio. Estas adquisiciones en remates hipotecarios tienen en el código reglas propias y corresponden a un tipo de negocio adquisitivo especial. Quizás (habría que estudiar a fondo el caso en sí mismo) podría sostenerse que la anulación de la venta primitiva (la de Pedro a Pablo) no afectaría el título de Antonio, porque al entrar en la ejecución una suma de dinero (el precio pagado por Antonio) en lugar de la casa, la ley considera que los derechos que pudieran existir sobre el bien

se transfieren a esa suma de dinero (principio de la subrogación real), y en consecuencia los derechos de Pedro se tendrían que ejercer sobre esa suma, en colisión con los del acreedor hipotecario (Diego) al cual podría aquél oponerle la nulidad de la venta para que se considerara nula también la hipoteca. Todo esto, por otra parte, deriva en problemas ajenos a nuestro curso y a la finalidad de este ensayo.

CONVENCIONES DE BRUSELAS

1ª PARTE *

Por

JOSE D. RAY

Profesor Asociado de Derecho de la Navegación

I. INTRODUCCION

1. El Congreso al sancionar la Ley 15.767, decidió la adhesión de la República Argentina a las Convenciones de Bruselas del 25 de agosto de 1924 relativa a unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, del 19 de abril de 1926 relativa a la unificación de ciertas reglas sobre privilegios a hipotecas marítimas de la misma fecha relativa a buques de Estado, con su protocolo de 1934, y de 1952 relativas a la unificación de ciertas reglas sobre competencia civil y penal en materia de abordajes.

La iniciativa para la ratificación de esas Convenciones fué tomada por el Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo en el año 1936, ante el Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, doctor Isidoro Ruiz Moreno, quien preparó todos los antecedentes del proyecto que culminó durante el gobierno constitucional con la sanción del Senado en el año 1959 y en diciembre de 1960, durante las sesiones extraordinarias, de la Cámara de Diputados.

Si se tiene en cuenta que mediante la ley 11.132, la República Argentina ya había adherido a las Convenciones de Bruselas de 1910 sobre abordajes y asistencia y salvamento, podemos decir que nuestro país ratificó las Convenciones Internacionales más importantes en materia de derecho privado marítimo, como son todas las de Bruselas, aprobadas a instancias del Comité Marítimo Internacional (1)

* De las convenciones sancionadas en Bruselas, la Argentina ha adherido a todas, salvo las referentes a "Embargo preventivo de buques", del 10 de mayo de 1932; "Limitación de responsabilidad de propietarios de buques" y "Pasajeros clandestinos", de 1927.

Ver: Ray, J. D., "Embargo de buques", Buenos Aires, 1958, y "La conferencia de Bruselas de 1927 sobre unificación de la legislación marítima", en revista "La Ley", t. 91, sección Doctrina (existe separata).

En abril del corriente año se realizó una nueva conferencia diplomática para considerar el proyecto de responsabilidad del transportador de pasajeros (ver nuestro trabajo citado) y el de responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, y sólo se aprobó el primer proyecto.

* La segunda parte se publicará en "Lecciones y Ensayos" N° 20.

2. El Comité Marítimo Internacional, con sede en Amberes (2), es una institución que tiene como fin primordial promover la unificación del derecho marítimo mediante conferencias internacionales en las que se elaboran disposiciones tendientes a ser aplicadas en todos los países que asumen este compromiso y que lo cumplen ratificando las convenciones internacionales aprobadas o incorporando sus principios a la legislación nacional.

Periódicamente el Comité celebra conferencias de carácter privado, a las que concurren delegados de las asociaciones marítimas nacionales afiliadas al Comité y constituidas por representantes caracterizados de los distintos intereses comprometidos en una expedición marítima: armadores, aseguradores, cargadores o consignatarios, y abogados o profesores universitarios especializados en la materia (3). En estas conferencias se aprueban proyectos de con-

² El Comité Marítimo Internacional fue fundado por Louis Franck, Carlos Lejeune y Augusto Bernsart y existen asociaciones nacionales en la mayor parte de los países marítimos del mundo, que se encuentran afiliadas al mismo.

³ Las conferencias del Comité Marítimo Internacional han sido las siguientes: 1ª) Conferencia de Bruselas (1897): abordajes y asistencia en el mar. 2ª) Conferencia de Amberes (1898): abordajes y asistencia, responsabilidad de armadores de buques. 3ª) Conferencia de Londres (1899): los mismos temas. 4ª) Conferencia de París (1900): los mismos temas. 5ª) Conferencia de Hamburgo (1902): asistencia, competencia en materia de abordaje, privilegios e hipotecas. 6ª) Conferencia de Amsterdam (1904): los mismos temas. 7ª) Conferencia de Liverpool (1905): responsabilidad de armadores de buques, privilegios e hipotecas. 8ª) Conferencia de Venecia (1907): los mismos temas, conflictos de leyes en materia de fletes. 9ª) Conferencia de Bremen (1909): conflictos de leyes en materia de fletes, responsabilidad en casos de accidentes de personas. 10) Conferencia de París (1911): los mismos temas. 11) Conferencia de Copenhague (1912): declaración de Londres, fletamento, seguridad de la navegación, seguro en tiempo de guerra. 12) Conferencia de Amberes (1921): responsabilidad de propietarios de buques, privilegios e hipotecas. Céd. de Fletamento. 13) Conferencia de Londres (1922): reglas de La Haya sobre los conocimientos, inocuidad de buques del Estado. 14) Conferencia de Goteburgo (1923): inocuidad de buques del Estado, fletamento, seguro obligatorio de pasajeros. 15) Conferencia de Génova (1925): seguro obligatorio de pasajeros, fletamento. 16) Conferencia de Amsterdam (1927): seguro obligatorio de pasajeros, cartas de garantía. 17) Conferencia de Amberes (1930): seguro obligatorio de pasajeros, jurisdicción y sanciones penales en casos de abordaje en alta mar. 18) Conferencia de Oslo (1933): competencia penal y civil en materia de abordajes, embargo de buques. 19) Conferencia de París (1937): competencia penal y civil en materia de abordajes, embargo de buques. 20) Conferencia de Amberes (1947): revisión de convenciones sobre la limitación de responsabilidad y los conocimientos, averías comunes. 21) Conferencia de Amsterdam (1949): revisión de Reglas de York-Amberes, determinación del límite de la responsabilidad, embargo. V. HERRER, G., "Droit maritime", t. I, núm. 80, p. 76, ed. 1959.

Luego se realizaron las de Nápoles (1951) y Madrid (1955), previa reunión en Brighton del "Bureau Permanent" ampliado, con delegados de cada Asociación.

En la Conferencia de Rijeka de 1959 se consideraron temas sobre asistencia y salvamento marítimo (revisión de la convención de 1910), responsabilidad por daños nucleares y explotación de buques nucleares, cartas de garantía,

vención que luego son sometidos a conferencias diplomáticas convocadas por el gobierno belga, cuando el Comité considera que existe la posibilidad de un acuerdo internacional.

Las conferencias diplomáticas se realizan en Bruselas, a diferencia de las de carácter privado, que se celebran en ciudades europeas de los distintos países vinculados al Comité por la respectiva Asociación nacional.

Desde el año 1910 en que se convocó a la Conferencia Diplomática que aprobó las convenciones internacionales sobre abordaje y asistencia y salvamento, se realizaron cinco conferencias, en 1924, 1926, 1934, 1933 y 1937, y se han aprobado diez convenciones en total, ratificadas por un número grande de países. (4)

modificación del artículo 10 de la Convención de 1924 sobre conocimientos, publicidad de armadores, régimen internacional de buques en puertos extranjeros. En esta conferencia se elaboró un proyecto de convención sobre responsabilidad de los explotadores de buques nucleares que conjuntamente con el proyecto elaborado por la Comisión de Viena se incluyó como señalamos en la nota 1- en la agenda de la Conferencia Diplomática del corriente año.

* La primera sesión de la Conferencia Diplomática se realizó en el año 1908. Las convenciones internacionales de Bruselas y el estado de las ratificaciones y adhesiones practicadas hasta la fecha, según el informe del Comité Marítimo Internacional, son las siguientes:

I. ARMADORES, Bruselas, 23 de setiembre de 1910

Países	Ratificación	Adhesión	Notificación de las adhesiones a las partes contratantes
Alemania	1° feb. 1912		
Argentina		28 feb. 1922	15 mar. 1922
Australia		9 set. 1920	24 set. 1920
Austria	1° feb. 1912		
Bélgica	1° feb. 1912		
Brasil	31 dic. 1912		
Canadá		26 set. 1914	28 set. 1914
Ceylan		1° feb. 1912	3 feb. 1912
Dantzig	18 jun. 1912		
Dinamarca		2 jun. 1922	15 jun. 1922
Egipto		29 nov. 1942	29 nov. 1942
España		17 nov. 1922	20 nov. 1922
Estonia		15 may. 1922	20 en. 1922
Finlandia		17 jul. 1922	28 jul. 1922
Francia	1° feb. 1912		
Inglaterra	1° feb. 1912		
Africa Oriental		1° feb. 1912	3 feb. 1912
Bahamas, Barbados, Bermudas			
Chipee, Costa de Oro, Maldivas, Mauritania, Sierra Leona, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Gambia, Gambia y Sierra Leona, Gambia Británica, Honduras Británicas, Hong Kong		1° feb. 1912	3 feb. 1912

3. En esta publicación nos proponemos suministrar el texto

Países	Notificación	Adhesión	Notificación de las adhesiones a las partes contratantes
Jamaica (Caimán, Caique y Turquesa), Labuan, Leeward (Antigua, Dominica, Montserrat, San Cristóbal-Norria, Dos Virgenes)		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Federación de Estados Malayos		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Malta, Mauricio, Nigritia del Sud, Norfolk		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Papua, Santa Elena, Salomón, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Straits Settlements		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Terranova		11 mar. 1914	30 mar. 1914
Tobago, Trinidad, Wei-Hai, Wei-Windward (Granada, Santa Lucía, San Vicente)		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Grecia	29 oct. 1913		
Haití		18 ag. 1961	1° oct. 1951
Hungría	1° feb. 1913		
Irlanda	1° feb. 1913		
Italia	2 jun. 1913		
Colonias Italianas		9 nov. 1934	5 dic. 1934
Japón	12 oct. 1914		
Letonia		2 ag. 1932	16 ag. 1932
México	1° feb. 1913		
Nicaragua	18 jul. 1913		
Noruega	12 nov. 1913		
Nueva Zelanda		19 may. 1913	26 may. 1913
Países Bajos	1° feb. 1913		
Polonia		2 jun. 1922	16 jun. 1922
Portugal	28 jul. 1913		
Colonias		20 jul. 1914	30 jul. 1914
Rumania	1° feb. 1913		
Rusia	1° feb. 1913		
Suecia	12 nov. 1913		
Suiza		28 may. 1954	15 jul. 1954
Turquía		4 jul. 1955	16 ag. 1955
Unión Indiana		1° feb. 1913	3 feb. 1913
U.R.S.S.		19 jul. 1936	27 jul. 1936
Uruguay		21 jul. 1913	24 jul. 1913
Yugoslavia		31 dic. 1921	12 oct. 1922
República Dominicana		28 jul. 1958	

II. ASISTENCIA Y SALVAMENTO, Bruselas, 23 de setiembre de 1910

Alemania	1° feb. 1913		
Argentina		28 feb. 1922	16 mar. 1922
Australia		9 oct. 1930	24 oct. 1930
Austria	1° feb. 1913		
Bélgica	1° feb. 1913		
Brasil	31 dic. 1913		
Canadá		25 oct. 1914	28 oct. 1914
Ceylán		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Dinamarca	18 jun. 1913		

de las convenciones y un pequeño resumen y comentario de lo

Países	Ratificación	Adhesión	Notificación de las adhesiones o las partes contratantes
Danzig		15 oct. 1921	17 oct. al 14 dic. 1921
Egipto		19 nov. 1943	1° dic. 1943
España		17 nov. 1923	30 nov. 1923
Estados Unidos		15 may. 1929	30 en. 1930
E. Unidos de Norteamérica	1° feb. 1913		
Finlandia		17 jul. 1923	29 jul. 1923
Francia	1° feb. 1913		
Inglaterra	1° feb. 1913		
África Oriental		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Bahamas, Barbados y Bermudas		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Chipre, Costa de Oro, Falkland, Fiji, Gambia, Gibraltar, Gilbert y Ellice, Guayana Británica, Honduras Británica, Hong-Kong		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Jamaica (Caiman, Caicos y Turques), Labuan, Leeward (Antigua, Dominica, Montserrat, San Cristóbal-Nevis, Dos Virgenes)		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Federación de Estados Malayos	1° feb. 1913		3 feb. 1913
Malta, Maurice, Nigeria del Sud, Norfolk		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Papua, Santa Elena, Salomón, Seychelles, Sierra León, Somaliland, Straits Settlements		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Terranova		11 mar. 1914	20 mar. 1914
Tobago, Trinidad, Wei-Hai-Wei-Windward (Granada, Santa Lucía, San Vicente)		1° feb. 1913	3 feb. 1913
Grecia	15 oct. 1913		
Haití		18 ag. 1951	1° oct. 1951
Hungría	1° feb. 1913		
Irlanda	1° feb. 1913		
Italia	2 jun. 1913		
Erythrée, Somalia Italiana		2 jun. 1913	11 jun. 1913
Colonias Italianas		9 nov. 1934	5 dic. 1934
Japón	12 en. 1914		
Letonia		2 ag. 1922	16 ag. 1922
México	1° feb. 1913		
Noruega	12 nov. 1913		
Nueva Zelanda		19 may. 1913	26 may. 1913
Países Bajos	1° feb. 1913		
Polonia		15 oct. 1921	17 oct. al 14 dic. 1921
Portugal	25 jul. 1913		
Colonia		20 jul. 1914	30 jul. 1914
Rumania	1° feb. 1913		
Rusia	1° feb. 1913		

fundamental de cada una de ellas, que han servido de fuente al

Países	Emisión	Adhesión	Notificación de las adhesiones a las partes contratantes
Suecia	12 nov. 1913		
Suiza		28 may. 1924	15 jul. 1924
Turquía		4 jul. 1925	18 ag. 1925
Unión Indiana		1 ^o feb. 1913	3 feb. 1913
U.R.S.S.		19 jul. 1926	27 jul. 1926
Uruguay		21 jul. 1916	24 jul. 1916
Yugoslavia		31 dic. 1921	12 en. 1922
República Dominicana		23 jul. 1928	

III. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE PROPIETARIOS DE BUQUES DE MAR,
Bruselas, 25 de agosto de 1924

Bélgica	2 jun. 1920	
Brasil	28 abr. 1921	
Dinamarca	2 jun. 1920	
España	2 jun. 1920	
Finlandia		12 jul. 1924
Francia	23 ag. 1923	
Hungría	2 jun. 1920	
Mónaco		18 may. 1921
Noruega	10 oct. 1923	
Polonia	25 oct. 1922	
Portugal	2 jun. 1920	
Suecia	1 ^o jul. 1922	
Turquía		4 jul. 1925
República Dominicana		

IV. CONOCIMIENTO, Bruselas, 25 de agosto de 1924

Alemania	1 ^o en. 1922	
Australia		4 jul. 1925
Papua y Norfolk		4 jul. 1925
Naurú y Nueva Guinea		4 jul. 1925
Bélgica	2 jun. 1920	
Ceylán		2 dic. 1920
Dinamarca		1 ^o jul. 1922
Egipto		29 nov. 1923
España	2 jun. 1920	
E. Unidos de Norteamérica	29 jun. 1927	
Finlandia		1 ^o jul. 1922
Francia	4 en. 1927	
Inglaterra e Irlanda del Norte	2 jun. 1920	
Adhesión		8 nov. 1921
Bahamas, Barbados y Bermudas, Borneo del Norte, Camerun, Chipre, Costa de Oro, Falkland, Fidji, Gambia, Gibraltar, Gilbert y Ellice, Guaymas Británicas, Honduras Británicas, Hong-Kong, Jamaica (Caimán, Caicos y Turquesa), Kenya, Leeward, Antigua, Dominica, Montserrat, San Cristóbal, Nevis, Islas Vírgenes		2 dic. 1920

proyecto de ley general del doctor Malvagni al legislar sobre los distintos institutos que ellas contemplan.

Países	Ratificación	Adhesión
Federación de Estados Malayos		2 dic. 1930
Estados Malayos no Federados		2 dic. 1930
Mauricio, Nigeria		2 dic. 1930
Palestina		2 dic. 1930
Santa Elena		3 nov. 1931
Salvador		2 dic. 1930
Sarawak		3 nov. 1931
Seychelles, Sierra León, Somalia, Straits Settlements, Tanganyika, Tobago, Tonga, Trinidad, Windward (Granada, Santa Lucía, San Vicente)		2 dic. 1930
Zanzibar		2 dic. 1930
Hungría	2 jun. 1930	
Italia	7 oct. 1930	
Japón	1 ^o jul. 1937	
Mónaco		15 may. 1931
Noruega		1 ^o jul. 1933
Países Bajos		18 ag. 1933
Polonia	26 oct. 1933	
Portugal		24 dic. 1931
Territorios de Ultramar		2 feb. 1933
Rumania	4 ag. 1937	
Suecia		1 ^o jul. 1933
Suiza		29 may. 1934
Turquía		4 jul. 1935
Yugoslavia	17 ag. 1939	
Irakí	5 sept. 1939	

V. CONVENCIONES E INSTRUMENTOS MARÍTIMOS, Bruselas, 10 de abril de 1926

Bélgica	2 jun. 1930	
Brasil	23 abr. 1921	
Dinamarca	2 jun. 1930	
España	2 jun. 1930	
Estonia	2 jun. 1930	
Finlandia		12 jul. 1934
Francia	23 ag. 1933	
Hungría	2 jun. 1930	
Italia	7 dic. 1949	
Mónaco		15 may. 1931
Noruega	10 oct. 1933	
Polonia	26 oct. 1933	
Portugal		24 dic. 1931
Rumania	4 ag. 1937	
Suecia	1 ^o jul. 1933	
Suiza		29 may. 1934
Siria		14 feb. 1931
Turquía		4 jul. 1935

II. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS EN MATERIA DE ABORDAJES

Esta Convención determina las normas que deben aplicarse en caso de abordajes o de responsabilidad por daños causados por

Países	Ratificación	Adhesión
VI. INSTRUMENTOS DE BUQUES DE ESTADO, Bruselas, 10 de abril de 1926, y Protocolo adicional, Bruselas, 24 de mayo de 1934		
Alemania	27 jun. 1933	
Bélgica	8 en. 1933	
Brasil	8 en. 1933	
Chile	8 en. 1933	
Dinamarca	16 nov. 1930	
Estonia	8 en. 1933	
Francia	27 jul. 1933	
Grecia	8 en. 1933	19 may. 1951
Hungría	23 en. 1937	
Italia	27 en. 1937	
Colonias Italianas	25 abr. 1939	
Noruega		
Países Bajos	8 jul. 1934	
Curacao, Indias Neerlandesas, Surinam	8 en. 1934	
Polonia	Derecho. 17 mar. 1952	
Portugal	27 jun. 1933	
Rumania	4 ag. 1937	
Suecia	1º jul. 1933	
Suiza		28 may. 1954
Turquía		4 jul. 1953
Protocolo	adicional 1934	
Alemania	27 jun. 1933	
Bélgica	8 en. 1933	
Brasil	8 en. 1933	
Chile	8 en. 1933	
Dinamarca	16 nov. 1930	
Estonia	8 en. 1933	
Francia	27 jul. 1933	
Grecia		19 may. 1951
Hungría	8 en. 1937	
Italia	27 en. 1937	
Colonias Italianas	25 abr. 1939	
Noruega	25 abr. 1939	
Países Bajos	8 jul. 1934	
Curacao, Indias Neerlandesas, Surinam	8 jul. 1934	
Polonia	8 en. 1933	
Portugal	27 jun. 1933	
Rumania	4 ag. 1937	
Suecia	1º jul. 1933	
Suiza		28 may. 1954
Turquía		4 jul. 1953

un buque (5) a otro o a los objetos o personas que en él se hallen, aunque no hubiese contacto material entre los buques, siempre y

Países	Ratificación	Adhesión
VII. COMPETENCIA CIVIL EN MATERIA DE ABOYAJES, Bruselas,		
10 de mayo de 1952		
Cambridge		12 nov. 1956
Costa Rica		13 sept. 1955
Egipto	24 ag. 1955	
España	8 dic. 1953	
Francia	25 may. 1957	
Suiza		28 mar. 1957
Yugoslavia	14 mar. 1955	
Portugal	4 may. 1957	28 may. 1954
Saint-Siège	10 ag. 1956	
Gran Bretaña	18 mar. 1959	

VIII. COMPETENCIA PENAL EN MATERIA DE ABOYAJES Y OTROS EVENIENTOS DE NAVEGACIÓN, Bruselas, 10 de mayo de 1952		
Cambridge		12 nov. 1956
Costa Rica		13 jul. 1955
Egipto	24 ag. 1955	
España	8 dic. 1953	
Francia	20 may. 1955	
Haití		17 jul. 1954
Portugal	4 may. 1957	
Saint-Siège	10 ag. 1956	
Suiza		28 may. 1954
U. Birmans		8 jul. 1955
Viet-Nam		26 nov. 1955
Yugoslavia	21 abr. 1956	
Gran Bretaña	18 mar. 1959	

IX. EXAMARGO PREVENTIVO DE BUQUES, Bruselas, 10 de mayo de 1952		
Cambridge		12 nov. 1956
Costa Rica		13 jul. 1955
Egipto	24 ag. 1955	
España	8 dic. 1953	
Francia	25 may. 1957	
Haití		4 nov. 1954
Portugal	4 may. 1957	
Saint-Siège	10 ag. 1956	
Suiza		28 may. 1954
Gran Bretaña	18 mar. 1959	

Gran Bretaña incluye injustificadamente entre sus dominios las Malvinas, Islas Falkland, que entran en el ámbito de validez de nuestro ordenamiento jurídico (v. también Rev. "La Ley", t. 31, sec. doct., pág. 400, nota 9).

X. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE PROPIETARIOS DE BUQUES DE MAR, Bruselas, 10 de octubre de 1957.		
G. Bretaña e Irlanda del Norte	18 feb. 1959	
Francia	17 jul. 1959	
España	16 jul. 1959	

XI. PASAJEROS CLASERENTINOS, Bélgica, 10 de octubre de 1957		
Marruecos		22 en. 1959

⁵ Ver: Ray, J. D. "Concepto jurídico de buque", y "Particularismo y autonomía del derecho de la navegación." Cap. I, N° 4, pág. 17, y bibliografía citada en las notas.

cundo uno de los buques sea de mar y enarboles pabellones distintos, de alguno de los Estados contratantes o adheridos posteriormente a la Convención. (6)

La República Argentina ratificó esta convención mediante la ley 11.132 de 1921 y no ha incorporado sus normas a la legislación interna, de manera, que los casos en que no es aplicable la Convención, se rijen por las normas de nuestro código de comercio. (7)

Las disposiciones fundamentales son las siguientes:

a) En caso de que existan dudas con respecto a las causas del abordaje establece que los perjuicios serán soportados por los que los hubieran sufrido y que en caso de culpa concurrente la responsabilidad de cada uno de los buques debe guardar relación con la proporción de culpa. (Arts. 2° y 4°).

Las soluciones de la Convención con respecto a los casos de abordaje dudoso o de culpa concurrente son distintas a las que consagra nuestra ley, en cambio, en caso de culpa exclusiva y accidente producido por causa de fuerza o caso fortuito no existe diferencia. (8)

b) Suprime el requisito de la protesta establecido en el artículo 1268 de nuestro Código de Comercio, así como cualquier otra formalidad especial y las llamadas presunciones legales. (Art. 6°). (9)

c) Consagra expresamente la solidaridad en caso de culpa concurrente con respecto a los perjuicios causados por daños personales (muerte o lesión) y deja librado a la legislación nacional los efectos de las disposiciones contractuales o legales, sobre limitación de responsabilidad de propietarios de buques. (Art. 4°).

d) Amplia el término de prescripción fijado por nuestra ley en 1 año, a 2 años, dejando librado lo referente a las causas de suspensión y de interrupción a lo que establezca la ley del tribunal que intervenga en el caso. (Art. 7°). (10)

e) Expresamente prevé la obligación de prestar asistencia a las personas, después del abordaje y el compromiso de los Estados

* En más de una oportunidad se ha dicho que la convención amplía el concepto de abordaje y esta afirmación es equivocada, porque lo que la convención dispone es la aplicación de las mismas disposiciones a los accidentes que se producen sin que haya contacto material entre los buques, que es lo esencial del concepto abordaje. (Ver el artículo 13 de la Convención, el artículo 4° de la referente a competencia civil y la Convención sobre competencia penal). La confusión en que se ha incurrido tuvo repercusión práctica con motivo de la interpretación del artículo 1268 del Código de Comercio.

† Ver: Aclaraciones formuladas sobre la aplicación de la convención en el derecho interno, en "Jornadas sobre derecho de navegación", capítulo "Responsabilidad marítima emergente de abordajes."

‡ Ver: Nuestro Código de Comercio, arts. 1261 a 1264.

§ Ver: Nuestro Código de Comercio, art. 1273 in fine.

¶ Ver: Nuestro Código de Comercio, art. 832.

de incorporarla a las legislaciones nacionales y sancionar su incumplimiento. (11)

f) No se aplica a los buques de Estado, destinados exclusivamente a un servicio público. (art. 11^o).

Comentando el Proyecto de Ley del doctor Malvagni durante las Jornadas de Derecho de la Navegación, de noviembre de 1960, destacamos ante los representantes de los distintos países americanos la conveniencia de incorporar los principios de la Convención al orden interno, punto sobre el cual existió absoluta coincidencia. (12)

III. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS EN MATERIA DE ASISTENCIA Y SALVAMENTO MARITIMO

Esta Convención señala los principios fundamentales en materia de asistencia y salvamento, aplicándose en caso de que uno de los buques sea de mar y ambos enarbolesen pabellones distintos de Estados contratantes o adheridos a la convención. (Art. 1^o).

Todo servicio de asistencia o de salvataje que tenga un resultado útil, da derecho a una remuneración equitativa, salvo que se hubiese prestado contra la negativa expresa y razonable del buque que recibe el servicio. (art. 2^o y 3^o).

Expresamente se prevé la remuneración en caso de que los buques pertenezcan al mismo propietario (art. 5^o) y cuando el servicio prestado por el remolcador al remolcado sea de carácter excepcional no incluido en el cumplimiento normal del contrato de remolque (art. 4^o).

El importe de la remuneración debe ser fijado por acuerdo de las partes y, en su defecto, por el Juez, teniendo en cuenta los principios tradicionales en la materia. (Art. 6^o y 8^o).

Si el convenio sobre asistencia o salvamento se hubiese efectuado en el momento y bajo la influencia del peligro, o fuera excesiva la remuneración, puede ser anulada o modificada por el tribunal. (Art. 7^o).

Depende de la ley nacional del buque, la distribución de la remuneración entre el propietario, el capitán y las demás personas al servicio de cada uno de los buques salvadores. (Art. 8^o).

Es obligatoria la asistencia y el salvamento gratuito de las personas, pero en caso de que también se hayan asistido o salvado bienes materiales, los que han prestado el servicio tienen derecho a una parte equitativa de la remuneración concedida a los asistentes o salvadores del buque, cargamento o accesorios. (Artículo 9^o). (13)

¹¹ Ver: Nuestro Código de Comercio, art. 1273.

¹² Ver: "Jornadas", cita en nota 7.

¹³ Ver: Nuestro Código de Comercio, art. 1303 y siguientes.

Es interesante formular la comparación de las disposiciones de nuestro Código de Comercio y de la Convención de Bruselas con las del Código Astronómico, que en sus arts. 125 y siguientes se refiere a la búsqueda, asistencia y salvamento de aeronaves.

Se consagra el término de prescripción de dos años (artículo 10^o) que no existe en nuestra ley.

Las disposiciones sobre obligatoriedad de la asistencia e inmunidad de buques de Estado, son similares a las establecidas en la convención sobre abordajes. (Art. 14^o).

IV. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS EN MATERIA DE CONOCIMIENTOS

1. Esta Convención constituye el estatuto internacional del transporte por mar porque ha sido ratificada por la mayoría de los Estados del mundo occidental, con excepción de los países sudamericanos.

En numerosas oportunidades nos hemos referido a los antecedentes y evolución histórica de la convención (14) y consideramos innecesario insistir sobre el punto porque el miembro informante de la Cámara de Diputados, doctor Camet, sintéticamente los menciona en su relación a la Cámara de Diputados, que se reproduce conjuntamente con el texto de las convenciones.

Es importante si señalar que la Convención es una reproducción de las Reglas de La Haya de 1921, fruto de la conciliación de los intereses contrapuestos afectados en una expedición marítima y que, en protección de los titulares de la carga, sus normas son de orden público. Es decir, que la responsabilidad del transportador establecida en la convención durante el periodo posterior a la carga y anterior a la descarga, no puede reducirse ni limitarse, en cambio si aumentarse.

2. En la mayoría de los códigos latinos se encara la obligación del transportador como una obligación de "resultado", y se exonera éste en caso de incumplimiento, acreditando el caso fortuito, la fuerza mayor, el vicio propio de la cosa, la culpa del cargador o que se han configurado algunas de las causales previstas expresamente en el contrato. (15)

La Convención de Bruselas, además de esas hipótesis de exoneración, previstas casuísticamente, tiende a tipificar la obligación del transportador como una obligación de "medio", porque este tampoco responde si prueba que ha cumplido con la debida diligencia en poner el buque en condiciones de navegabilidad y que el accidente se ha producido por causas que no provienen de su culpa o de la de sus dependientes. (16)

¹⁴ Ver: Ray, J. D. "Consideraciones sobre el contrato de transporte por agua y la validez de las cláusulas del conocimiento". "La Ley", t. 81, pág. 196. Y los trabajos citados en el trabajo que se menciona en la siguiente nota.

¹⁵ Ver: Ray, J. D. "Responsabilidad del transportador por agua" (en *Impresia*).

¹⁶ No deben extrañarse las consecuencias de esta afirmación porque el compromiso fundamental del transportador por agua tiene las características de una obra, si bien, en ciertos casos, puede enmarcarse acreditando que

Sin entrar al estudio en detalle de la Convención, nos limitaremos a mencionar su estructura fundamental que consideraremos en todo su alcance en otro trabajo.

3. En el artículo 1° se establece la esfera de aplicación de la Convención que se refiere a la responsabilidad del transportador marítimo de mercaderías, desde la carga hasta la descarga y siempre que el contrato de transporte se instrumente mediante conocimiento o documento similar.

4. En el artículo 3°, dividido en ocho incisos, se consagra la obligación del transportador de poner el buque en condiciones de navegabilidad (absoluta y relativa), proceder debida y cuidadosamente a la carga, manipuleo, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de las mercaderías transportadas y a otorgar un conocimiento que indique las marcas, número de bultos o unidades, cantidad o peso y estado y condición de las mercaderías para su identificación e individualización.

5. El conocimiento, sin observación, constituye una presunción "juris tantum" de haber recibido las mercaderías en buenas condiciones y en la forma individualizada en el mismo, así como el retiro de la carga por parte del beneficiario del conocimiento, constituye una presunción similar de entrega, salvo notificación en tiempo y forma al transportador en sentido contrario.

En este aspecto es interesante destacar el párrafo del informe del diputado doctor Camet, en que se refiere concretamente a los problemas que engendra la descarga de los buques de ultramar "y entregas de mercaderías en los puertos argentinos.

Textualmente dijo el doctor Camet:

"En lo referente al inciso 6° del artículo 3° que establece la obligación para el consignatario de notificar las pérdidas o daños que pudieran haberse producido en las mercaderías transportadas y la naturaleza de esa pérdida o daño, cabe destacar que en nuestro país la entrega de las mercaderías no se efectúa en la mayoría de los casos directamente del buque al consignatario, sino a depósitos fiscales y que, en consecuencia, será necesario

empleó la diligencia debida. Esto significa que en esas hipótesis, a los efectos de la prueba, es como si la obligación fuese de "medio", porque probando la "diligencia empleada" el transportador pueda exonerarse a pesar de no cumplir la obra o el resultado.

Sobre obligaciones de medio y de resultado, pueden verse: MARRAUD, HENRI et LEROY et ANDRÉ TURCO, "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile (délictuelle et contractuelle)", 5° ed., 1937; GALAZ ENRIQUE, "Obligaciones de medio y de resultado", "Revista Jurídica de Buenos Aires", núm. 3; MACRIBIAN RUIZ, ROSENRO, "Obligaciones de medio y de resultado", revista "La Ley", t. 30, doc. doctrina, p. 156, y bibliografía citada; ALATRA, DARDINO, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de "medio" y de "resultado" en Revista Jurídica Argentina, Setiembre 1938. A esta clasificación y a su aplicación al campo del derecho de la navegación por agua y por aire, nos referiremos al estudiar en detalle la Convención de Bruselas, en otro trabajo.

"interpretar adecuadamente el texto de la convención en el sentido de que la notificación al transportador debe efectuarse fehacientemente a partir del momento en que la mercadería está a disposición del consignatario, o sea desde que ingresa a depósito.

"Deseo que estas palabras sirvan como una interpretación auténtica dada por la Cámara para la futura aplicación por la justicia de la Convención de Bruselas.

"En ese sentido, es costumbre que después de efectuarse la descarga, el agente del buque, por intermedio de anuncios en los diarios, invite a los consignatarios a revisar la carga, y en caso de no hacer éstos su reclamo en forma específica en esta oportunidad, se presumirá que las mercaderías se entregaron en buenas condiciones, salvo prueba inmediata e incontrovertible que se haya producido con intervención del transportador.

"Por otra parte, el artículo 7° de la convención expresamente autoriza a establecer en el conocimiento cláusulas por las cuales el transportador se libere de responsabilidad por todas las consecuencias posteriores a la descarga o entrega de la mercadería, lo que en nuestro medio, como hemos dicho, se produce en la mayoría de los casos mediante el depósito en los galpones fiscales o descarga a lanchas por cuenta y riesgo de la mercadería".

6. El inc. 5 del artículo 3 dispone que el cargador, garantiza al transportador la exactitud de las marcas, número, cantidad y peso de la mercadería por él indicado y en el inciso 7° se prevé el canje del conocimiento recibido para embarque o la transformación del mismo en conocimiento "embarcado".

El término de prescripción para accionar por incumplimiento del contrato de transporte se establece en un año, a partir de la fecha de la entrega o de cuando debía haberse entregado la mercadería.

7. En el artículo 4° de la Convención se prevé a través de seis incisos, los distintos casos de irresponsabilidad del transportador.

La primera hipótesis de irresponsabilidad se da cuando el transportador acredita que el perjuicio se produjo por el estado de innavegabilidad del buque y que él ejerció la debida diligencia para ponerlo en condiciones de navegabilidad en forma absoluta y relativa, dotarlo de la tripulación, preparación de las bodegas, etc.

En el segundo inciso, se establecen una serie de casos de exoneración, si la pérdida o el daño es consecuencia de faltas náuticas, incendio, caso fortuito o fuerza mayor.

8. La distinción entre culpas náuticas y comerciales reviste fundamental importancia y podría decirse que es una nueva faz de la separación entre las llamadas "empresa de navegación" y "empresas de transporte", o sea, de todo lo referente a la navega-

ción o traslación de la unidad "buque y carga" y el transporte en sentido tradicional, caracterizado por el "receptum" y la obligación que asume el empresario de transporte de entregar en el puerto de destino, las cosas recibidas en el puerto de embarque.

El fundamento que se ha dado para admitir la exoneración de responsabilidad del transportador en los casos de culpas náuticas es el principio de que quien ha hecho todo lo que está a su alcance para poner el buque en condiciones de cumplir su misión y que ha contratado al personal técnico con título habilitante, capitán y tripulantes, no puede ser responsable de las culpas técnico-náuticas de ese personal. (17)

Se ha dicho que las culpas náuticas deben ser aquellas que se refieren a la navegabilidad del buque y comerciales todas las que afectan al cargamento, a su manipuleo, al estibaje, a la conservación y a la descarga. (18)

El problema se complicó algo en razón de la redacción empleada por la Convención de Bruselas, en el texto francés que dice que el transportador ni el buque serán responsables por pérdidas o daños que resulten o provengan de actos, negligencias o faltas del capitán, marino, piloto o dependientes del transportador, en la navegación o en "l'administration du navire".

En el texto inglés el término equivalente al francés de faltas o errores en "navigation or dans l'administration du navire" es "in navigation or in the "management" of the ship".

¹⁷ Si se tiene en cuenta que tanto el capitán como los tripulantes deben tener un título habilitante para el ejercicio del cargo y que sus funciones se desempeñarán fuera del ámbito de control del armador, desaparecen —se ha dicho— los fundamentos tradicionales de la "culpa in eligendo" o "in vigilando", por los cuales se atribuye responsabilidad al principal por los hechos de sus dependientes.

También se ha invocado para fundar la responsabilidad por los hechos de los dependientes la teoría del "riesgo" y se argumenta que es justo en materia marítima que el propietario de las cosas comparta el riesgo del transporte si la falta o error en que incurre el capitán o tripulante: es de carácter náutico.

Un error de carácter técnico, como por ejemplo, el apreciar mal la distancia a que puede encontrarse un buque de otro, o la inoportunidad de una maniobra de timón o de máquina, pueden ocasionar daños y, precisamente, por las consecuencias graves que pueden derivarse de esos errores —dice Brunetti— ningún tribunal ha dudado en reconocer la licitud racional de la exoneración convencional del transportador por las faltas técnicas o náuticas en que puede incurrir el capitán o tripulantes.

Si el transportador ha cumplido con su obligación de poner el buque en condiciones de navegabilidad o ha empleado la debida diligencia "para obtener un fin", puede decirse que no es justo ni razonable que los ministros que se producen por errores profesionales o técnicos de las personas a cuyo cargo se encuentra la navegación, deban recaer exclusivamente en la persona del transportador y no sobre los propietarios o titulares de la carga.

¹⁸ La distinción entre riesgo comercial y marítimo, así como la fundada entre empresa de navegación y de transporte es una distinción técnica para analizar derechos y obligaciones fundamentales en el contrato, que será materia de estudio en otro trabajo.

El término "management" del buque no puede traducirse como literalmente corresponde por "administración" que apunta siempre a un sentido amplio de gestión. Debe vincularse a la palabra "navegación", es decir, que debe interpretarse en el sentido de gestión náutica del buque, como comprensivo de todo lo referente a su navegación y manejo o gestión técnica del mismo.

Brusetti, vinculando la exoneración por culpas de carácter náutico a la obligación que tiene el transportador de emplear la debida diligencia en poner el buque en perfectas condiciones de navegabilidad, en abstracto, para la navegación en general y, en concreto, para la recepción y cuidado del cargamento específico a transportar, sostiene que la distinción racional y legítima es que el armador puede exonerarse y se encuentra exonerado por la Convención de Bruselas, de todas aquellas culpas de sus dependientes, o sea, errores en que incurran durante la navegación, aun cuando sean inherentes al cuidado de la carga y que, en cambio, no puede exonerarse de todas aquellas culpas de carácter comercial que serían aquellas en que se podría incurrir en el período de preparación del viaje, antes de iniciarse, ya sea en el aspecto náutico o en el referente al manipuleo de la carga. (18)

En nuestra opinión, las culpas de carácter náutico son aquellas que se refieren al aspecto técnico del transporte, a la navegación, es decir, con independencia de la atención y cuidado de la carga a que todo transportador marítimo se compromete. Por esto decimos, que la distinción entre empresa de navegación y de transporte que no es otra cosa que la existente entre transporte en sentido técnico, como simple traslación en el agua y transporte en sentido tradicional con la obligación implícita de entregar las cosas en el puerto o lugar de destino en el mismo estado en que fueron recibidas en el puerto de origen, salvo las causas legales o convencionales de exoneración. El inconveniente para una distinción absoluta y tajante radica en que no son dos conceptos realmente opuestos, porque la empresa de transporte se funda en la de navegación y esta es precisamente un presupuesto para aquella. (20)

9. Solucionada la controversia que existió en un tiempo en terreno doctrinario y jurisprudencial acerca de si el incendio era caso fortuito o fuerza mayor, es decir, causa de exoneración del cumplimiento de las obligaciones, la Convención expresamente se pronunció en sentido afirmativo, a menos que el hecho provenga de una acción u omisión del transportador. (21)

10. En los otros incisos del artículo 3°, se prevén los casos específicos o similares a los tradicionales de irresponsabilidad por

¹⁸ Ver: BRUNETTI, "Derecho marítimo privado italiano", traducción de Gay de Montellá, t. 2, N° 498 in fine, pág. 312. Ed. Barcelona, 1958.

¹⁹ Ver sobre el tema: RAY, J. D. "Faltas náuticas y comerciales", en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. 11, pág. 367.

²⁰ Ver: RAY, J. D. "Incendio en derecho marítimo". Enciclopedia Jurídica Omeba, t. 14.

caso fortuito, fuerza mayor, vicio propio o culpa del cargador, y en el último se deja constancia de la irresponsabilidad cuando el perjuicio no provenga de un acto o culpa del transportador o de sus dependientes. (22)

En el inciso 4º se establece la irresponsabilidad como consecuencia de las desviaciones que se hagan con motivo del salvamento de vidas o bienes en el mar, y en el inciso 5º se prevé el caso de embarque de mercaderías de naturaleza inflamable, explosiva o peligrosa, realizado ya fuera con consentimiento o sin conocimiento del transportador.

11. En el inc. 5º del art. 4 se establece expresamente la limitación de responsabilidad del transportador en £ 100 esterlinas para los casos en que la naturaleza y el valor de las mercaderías no hubiese sido declarado e inserto en el conocimiento.

Nos hemos referido en otras oportunidades a la limitación de responsabilidad en relación al valor-medio por unidad de medida, al fundamento de la misma y la razonabilidad que entraña establecer un tope como el de la Convención para los casos en que no se abona un flete ad-valorem. (23)

12. El art. 5º prevé expresamente la posibilidad de que el transportador aumente su responsabilidad y en el 6º se consagra el principio de la libertad convencional cuando se expidan documentos no negociables y se trate de estipulaciones que no contradigan el orden público.

El art. 7º deja expresa constancia de que en todo lo referente a la responsabilidad en los períodos anteriores a la carga y a la descarga rige el principio de libertad contractual y que lo dispuesto en la convención no afecta los derechos y obligaciones que resulten de la limitación que puedan invocar los propietarios de buques de mar. (24)

²² Ver: Ray, J. D., "Fuerza mayor en derecho marítimo". Enciclopedia Jurídica Oseña, t. 12, pág. 842.

²³ Ver: Ray, J. D., "Las cláusulas limitativas de responsabilidad". "La Ley", t. 83, pág. 866.

Todas las legislaciones dictadas en concordancia con los principios de la Convención de Bruselas incorporan el principio de la limitación de responsabilidad del transportador por bulto o unidad, a menos que se haya declarado el valor de la mercadería y el flete se pueda cobrar ad-valorem.

Sobre los límites de responsabilidad establecidos en el derecho aeronáutico puede verse el art. 118 del Cód. Aeronáutico.

²⁴ Hemos sostenido siempre que dentro de nuestro orden jurídico todas las cláusulas del conocimiento que no contradigan principios de orden público o traduzcan una imposición arbitraria y por lo tanto irrazonable del transportador, deben considerarse válidas.

La Convención de Bruselas establece una responsabilidad inderogable, es decir, frente a la cual no tienen ningún valor las estipulaciones que la limiten o la reduzcan, pero ello sólo se refiere al período del transporte, mientras que en las etapas anteriores o posteriores, si las cláusulas que se incorporan al documento no son contrarias al orden público, son perfectamente válidas.

Esta disposición consagra nuestra tesis, en ausencia de una responsabi-

13. En el art. 9º se establece el principio de que las monedas nacionales mencionadas en la Convención se entienden en valor oro y que los Estados pueden reservar el cumplimiento de la obligación en moneda nacional, según el cambio que rija el día de la llegada del buque en el puerto en que se descargará la mercadería de que se trata. (25)

14. Las disposiciones de la Convención se aplican —dice el art. 10º— a los conocimientos expedidos en uno de los estados contratantes y como en razón de este artículo la Convención deja de ser aplicable en muchos casos, por ejemplo, si se trata de embarques efectuados en Estados sudamericanos, últimamente el Comité Marítimo Internacional está considerando la posibilidad de su reforma. (26)

15. Los principios de esta convención, antes de la sanción de la ley 15787, no eran totalmente ajenos a nuestro orden jurídico, porque por intermedio de la Convención de Varsovia se encontraban incorporados a nuestro código aeronáutico. (27)

V. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS RELATIVAS A HIPOTECAS Y PRIVILEGIOS MARITIMOS.

Las normas consagradas en esta Convención tienden a obtener la validez internacional de las hipotecas o prendas o de ciertos privilegios en cualquiera de los países signatarios, en que se pretendan ejecutar.

línea de orden público como la que establece la convención para el período del transporte. Ver: "Particularismo y autonomía del derecho de la navegación", Buenos Aires, 1949, pág. 22. Ver: nota 77 y bibliografía citada sobre el tema.

²⁶ Ver nuestro artículo sobre "Las cláusulas limitativas de responsabilidad", "La Ley", t. 82, pág. 846, N° 6, nota 16.

Sobre el valor de la cláusula ora, ver: GUY FRANK, "Traité de la responsabilité du transporteur maritime", París 1957, N° 296, pág. 281.

²⁷ Por el principio establecido en el artículo 1º quedó sin aplicación en muchos casos la convención, y de aquí que haya ocurrido su reforma: el Comité Marítimo Internacional en la Conferencia de Rijeka de 1959. Al respecto puede verse Conferencia de Rijeka de 1959, publicación del Comité Marítimo Internacional. Resolución con respecto a la revisión del artículo 1º de la convención sobre conocimientos, pág. 450.

²⁸ Es muy interesante estudiar el paralelismo que existe entre la Convención de Varsovia de 1929, que rige la responsabilidad del transportador aéreo, y la convención de 1924 sobre conocimientos, porque evidentemente ésta ha sido su fuente.

A su vez, en todo lo referente al transporte de pasajeros, la Convención de Varsovia de 1929, con las modificaciones introducidas en el protocolo de La Haya de 1955, sirvieron de fuente al proyecto de responsabilidad del transporte de pasajeros por agua establecido en la Conferencia de Bruselas de 1957.

La Argentina ratificó la Convención de Varsovia por la Ley 14.111, del 29 de octubre de 1951.

Ver: RAY, J. D. "Conferencia de Bruselas de 1957 sobre unificación de la legislación marítima." (Cap. III: "Unificación de ciertas reglas en materia de transporte de pasajeros por mar", pág. 26, separata).

Estableciendo un número limitado de privilegios y fijándoles una duración máxima, se ha querido dar, entre los Estados contratantes una eficacia real al préstamo hipotecario. (28)

El art. 1º consagra la validez de las hipotecas y prendas constituidas de acuerdo con las leyes de la nacionalidad del buque, aplicando el principio de que estas normas deben regir todo lo referente a derechos reales, privilegios y publicidad. (29)

Las hipotecas y prendas sobre buques, constituidas de acuerdo a los requisitos establecidos en el art. 1º, tienen prioridad inmediata después de los créditos privilegiados reconocidos por la Convención. (30)

El art. 2 de la Convención enumera los créditos privilegiados sobre el buque y flete, incluyendo aquellos que la doctrina y la legislación comparada consideran deben tener ese carácter, ya que salvo las medidas de protección de la Marina Mercante y, en casos muy especiales, las necesidades de la navegación, el fundamento que justifica la preferencia en el cobro para ciertos créditos, no varía de un país a otro.

La convención reagrupa con algunas modificaciones los privilegios previstos en el art. 1377 de nuestro cód. de comercio, suprimiendo la inclusión expresa de los mencionados en los incisos 5º, 10º, 12º y 13º.

En el inc. 4º del art. 2 expresamente se prevé como privilegiadas las indemnizaciones por abordaje y otros accidentes de navegación, calificación que en nuestro derecho hizo la jurisprudencia en forma discutible. (31)

El art. 3º dispone las prioridades en el orden indicado de los créditos agrupados en un mismo inciso y la preferencia, en algunos casos, en orden inverso al de las fechas en que se originaron.

En el art. 3º se dispone que los privilegios caducan al cumplirse el plazo de 1 año (salvo el término de 6 meses para los créditos del inc. 5º), y se declara desde cuando debe correr dicho plazo.

En nuestra opinión, si se inicia la acción por reconocimiento o ejecución del crédito antes del año, debe considerarse interrumpido el plazo, por la imposibilidad de obtener, en caso de ser cuestionado el crédito, el reconocimiento antes de la expiración del

²⁸ Ver: E. DELARUE. "Convention de Bruxelles du 10 Avril 1926 (convention relative aux privilèges et hypothèques maritimes)". Paris, 1928.

²⁹ Ver: Art. 2º del Tratado de navegación de Montevideo de 1940. Debe considerarse también nuestra ley sobre crédito naval que en ciertas hipótesis autoriza la hipoteca sobre el buque en construcción.

³⁰ Ver: "Las conclusiones de la 10ª Conferencia Interamericana de Abogados con respecto a hipoteca naval en: RAY, J. D. "Conclusiones sobre derecho marítimo de la 10ª Conferencia Interamericana de Abogados", en revista "La Ley", t. 89, sección doctrina.

³¹ Sobre la naturaleza del crédito sobre abordaje, ver: RAY, J. D. "Embargo de buques". N° 13, pág. 26. "Crédito emergente de abordajes".

plazo. Esta interpretación se encuentra robustecida por lo dispuesto en los párrafos finales del articulado.

La Convención se aplica en cada Estado contratante, cuando el barco sobre el cual se pretende ejercer el privilegio enarbola el pabellón de un Estado contratante, pudiendo resolver los Estados contratantes la no aplicación de la Convención en favor de los nacionales de un Estado no contratante.

VI. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS RELATIVAS A LAS INMUNIDADES DE LOS BUQUES DE ESTADO.

Esta Convención señala un aporte de fundamental importancia al equiparar a los buques y cargamentos privados los que son de propiedad o explotados por el Estado y no están destinados a un servicio gubernamental (art. 1°).

La equiparación en cuanto a las responsabilidades, obligaciones, competencia de los tribunales, reglas de procedimiento, no se establece para los buques de guerra, yates de Estado, buques de vigilancia, buques-hospitales, buques auxiliares, buques de abastecimiento y otras embarcaciones pertenecientes al Estado, o explotados por él y afectadas exclusivamente en el momento de originarse el crédito a un servicio gubernamental y no comercial. (32)

Aunque se trate de buques de Estados exceptuados de la equiparación, no podrá el Estado prevalerse de su inmunidad, cuando se inician las acciones ante los Tribunales de su jurisdicción por causas de abordajes u otros accidentes de navegación, asistencia, salvamento, contribución en averías comunes, reparaciones, abastecimientos u otros contratos concernientes al buque (art. 3°).

En caso de duda, a juicio del tribunal competente, respecto de la naturaleza gubernamental y no comercial del buque o del cargamento, la certificación firmada por el representante diplomático del Estado contratante al cual pertenece el buque o el cargamento, será suficiente al solo efecto de obtener el levantamiento de los embargos, capturas o detenciones ordenadas por los tribunales (art. 5°).

Las disposiciones de la Convención se aplican en cada Estado contratante, bajo la reserva de que no se beneficien los Estados no contratantes y sus nacionales, o de subordinar la aplicación a la condición de reciprocidad (art. 6°).

Los principios de la Convención fueron incorporados en los arts. 34° a 42° del Tratado de Montevideo de 1940 y en el informe presentado por el ex-profesor y decano de la Facultad de Buenos

³² Ver: En el artículo citado en nota 29, la conclusión de la Comisión de Derecho Internacional Pública y el trabajo de Ruda presentado a la conferencia. Ver: Ruda, J. M. Estudio de las posibles inmunidades de los barcos de propiedad de los gobiernos. "J. A.", abril de 1933.

Aires, Dimas González Gowland, se puntualizó el fundamento y la justicia de la doctrina que reconoce la equiparación de los buques y cargamentos de Estado a los buques y cargamento privados, reservando la inmunidad para los destinados a servicios gubernamentales o servicios públicos, ajenos al comercio, según la denominación que utiliza el art. 39° del Tratado de Montevideo.

Durante las Jornadas sobre Derecho de la Navegación, celebradas en noviembre de 1950, Valls Carreras, representante de las Asociaciones de Londres de protección e indemnización de armadores, puntualizó la tendencia de los tribunales ingleses y americanos en reconocer la inmunidad de todos los buques del Estado y la resistencia a equipararlos a los privados, a pesar de la irritante injusticia que implica ese punto de vista.

En esa sesión de las Jornadas, tuvimos oportunidad de destacar que la jurisprudencia y la doctrina prevalecientes en nuestro país significaba un verdadero progreso frente a la irritante desigualdad en que los tribunales ingleses y americanos colocaban a los acreedores de los Estados propietarios de buques o cargamentos no destinados a servicios gubernamentales. (33)

VII. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS RELATIVAS A LA COMPETENCIA CIVIL EN MATERIA DE ABORDAJES.

En la Conferencia Diplomática de Bruselas de 1952, se aprobaron los tres proyectos de convención elaborados en la Conferencia de Nípoles, convocada por el Comité Martítimo Internacional en 1951; entre ellos el del rubro, que resuelve el problema del tribunal competente en caso de conflicto de pabellones, o sea, cuando el abordaje o el accidente se produce entre buques que enarbolan distintas banderas. (34)

Según el art. 1° de la Convención, la acción puede iniciarla el actor a su elección: a) ante el tribunal de la residencia habitual del demandado o de una de sus sedes comerciales; b) o ante el tribunal del lugar del abordaje si se hubiera producido en puertos, radas o aguas interiores; c) o ante el tribunal del lugar donde se hubiera embargado el buque perteneciente al demandado; d) o donde el demandado hubiera dado una caución u otra garantía y el embargo hubiera podido practicarse.

Esta convención es de aplicación siempre que se trate de un abordaje o accidente de navegación entre buques que enarbolan pabellones de Estados contratantes o adheridos a la Convención y uno de ellos sea un buque de mar (arts. 1°-4° y 8°).

³³ Ver: "Jornadas", capítulo sobre "Normas procesales", citado en nota 7.

³⁴ Los otros dos proyectos eran el de "Competencia penal en caso de abordajes", a que más adelante nos referimos, y el de "Embargo preventivo de buques de mar", cuyo texto puede verse en nuestro trabajo sobre "Embargo de buques".

La Convención reproduce en líneas generales lo dispuesto en los arts. 5º y 6º del Tratado de Montevideo, que además establece como opción los tribunales del puerto de matrícula del buque o los del puerto de arribada.

En esta Convención, al igual que la referente a competencia penal, se establece que cualquier conflicto que pudiera surgir de la interpretación o de su aplicación, los Estados se comprometen a someterla a arbitraje (art. 6º).

VIII. CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS NORMAS RELATIVAS A LA COMPETENCIA PENAL EN MATERIA DE ABORDAJES Y OTROS ACCIDENTES DE NAVEGACION.

La Convención consagra en su art. 1º el mismo principio que el art. 6º del Tratado de Montevideo de 1900, o sea, que el capitán o cualquiera de las personas al servicio del buque, no pueden ser encausadas penal o disciplinariamente, sino ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuya bandera enarbola el buque en el momento del abordaje o del accidente de navegación, salvo que se produzcan en aguas internas.

En el Tratado de Montevideo se establece que el principio mencionado juega, siempre y cuando el abordaje se produzca en aguas no jurisdiccionales, y la Convención especifica que se exceptúa el caso del abordaje en aguas internas, y prevé el derecho de que los Estados al depositar las ratificaciones o adhesiones ante el Gobierno Belga, puedan reservarse la facultad de adoptar medidas contra la infracción cometida en sus propias aguas territoriales.

La Argentina ha ratificado la Convención con esa reserva y, en consecuencia, el principio de que el capitán y tripulantes sólo se encuentran sometidos a la jurisdicción penal y disciplinaria de los tribunales del Estado cuyo pabellón enarbola el buque, sólo se aplica si el abordaje se produce en aguas no jurisdiccionales, o sea, en el mar libre o alta mar.

Con la sanción de esta Convención, se ha consagrado la norma contraria a la *cochambre imperante* cuando la Corte Internacional de La Haya decidió el célebre caso del "Lotus", diciendo que en el mar libre existían jurisdicciones concurrentes y nada impedía que en caso de abordajes o accidentes entre buques de pabellones distintos, los tribunales del Estado cuyo pabellón enarbola uno de los buques, ejerciera actos coercitivos sobre el capitán o tripulantes de otros buques si éstos se encontraban dentro de su jurisdicción. (35)

³⁵ Caso "Lotus". El 2 de agosto de 1926 el paquebote francés "Lotus" abordó en alta mar al buque carbonero turco "Barkount", cerca del Cabo Sigri, isla de Matifera, a consecuencia de lo cual murieron ocho turcos.

En 1958 se firmó en Ginebra la Convención sobre alta mar y en la misma se reiteró el principio establecido en la Convención de Bruselas de 1952 de que el Estado del pabellón es el que podrá

El día 5 de agosto, el oficial Demons, del "Lotus", fue arrestado en Salónica y debió comparecer ante la Corte Criminal de Estambul que rechazó la excepción de incompetencia y lo condenó a 80 días de prisión y \$ 22 de multa, según fallo del 15 de setiembre.

Francia reclamó sosteniendo que el hecho había ocurrido en alta mar y Turquía alegaba que tenía jurisdicción para entender criminalmente en el asunto.

Se decidió llevar el asunto a la Corte Permanente de Justicia Internacional, y el 22 de octubre de 1926 ambos Estados firmaron el compromiso en Ginebra, que fue ratificado el 27 de diciembre del mismo año.

El problema planteado era decidir si Turquía había infringido o no las normas del derecho internacional, o mejor dicho, si los principios de derecho internacional se oponían a que Turquía, en virtud de su legislación, ejercitara actos de coerción sobre el oficial Demons. Cabe destacar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la Convención de Lausana, las cuestiones de competencia judicial entre Turquía y cualquier otra potencia contratante debían regirse conforme a los principios del derecho internacional.

El laudo fue dictado el 7 de setiembre de 1927; seis votos fueron en sentido positivo y seis en sentido negativo, decidiendo el presidente del Tribunal (debido voto) que Turquía no había contravenido ningún principio de derecho internacional.

Los argumentos esbozados por Francia fueron los siguientes:

1. — Que de acuerdo al derecho internacional, los tribunales de ningún Estado tienen competencia penal en razón de un delito cometido por un extranjero en el exterior, aunque uno de sus nacionales haya podido ser la víctima.

2. — El principio de la libertad del mar se traduce en la competencia exclusiva del Estado del pabellón del buque con relación a todos los actos cometidos a bordo en alta mar.

3. — En materia de abordajes los tribunales del Estado del pabellón tienen competencia exclusiva y el carácter de la falta debe apreciarse a través de las reglamentaciones nacionales.

La Corte no consideró el primer punto y analizando el segundo sostuvo que la libertad del mar no se traduce en la competencia exclusiva del Estado del pabellón, siempre que las otras competencias no pretendan ejercerse en el momento en que el buque se encuentra en alta mar.

Con respecto al último argumento, la Corte dijo que no se puede alegar que existe una costumbre internacional en el sentido de que los Estados deben abstenerse obligatoriamente de intervenir en casos de abordaje y que nada se opone a que el tribunal extranjero deba considerar, si es el caso, los reglamentos nacionales del Estado cuyo pabellón enarbola el buque.

En cuanto al principio de competencia exclusiva del Estado del pabellón, la Corte argumentó diciendo que el delito se configura mediante un acto que tuvo su manifestación inicial —negligencia o imprudencia— a bordo del "Lotus", en tanto que sus efectos se produjeron en el "Boz-kourt". Entre estos dos elementos existe una indivisibilidad jurídica absoluta, al punto de que si se separaran no existe más delito.

Fedoss, que patrocinó a Turquía, sostuvo que era necesario distinguir el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de Turquía, que era un acto que no estaba dirigido contra el buque cuando se encontraba en alta mar, de cuando se pretendía ejercer actos coercitivos en este espacio y fue precisamente admitida esta tesis de acuerdo a la cual se sostuvo que Turquía no había violado las normas del derecho internacional.

imponer sanciones disciplinarias o penales en caso de abordajes o de cualquier otro accidente de navegación ocurrido en alta mar. (36)

Ver: Fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional, del 7 de noviembre de 1927, en autos "Gobierno de la República Francesa c/Gobierno de la República Turca".

LÉONARD DUB: "L'arrêt du «Lotus» en droit maritime" y

GUSTAVE SÉNAN: "L'arrêt du «Lotus» en droit international", en "Revue de Droit Maritime Comparé", t. 17, año 1928, págs. 88, 1 y 7 respectivamente.

GILBERT GINOT: "Le droit international public de la mer", 1932, París (3 tomos).

JAMES COLSON: "The international law of the sea", Londres, 4^a ed. 1959. Ver § 305 y 324, págs. 347 y 354, respectivamente.

³⁶ En 1958 se firmaron cuatro convenciones en la Conferencia de Ginebra: sobre el mar territorial y la zona contigua; sobre alta mar; sobre pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar, y sobre la plataforma continental.

El artículo 11 de la convención sobre alta mar, textualmente dice:

1.— En caso de abordaje o de cualquier otro accidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar, que pueda entrañar una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, las acciones penales y disciplinarias contra esas personas sólo se podrán ejercitar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuya bandera enarbolará el buque o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales.

2.— En materia disciplinaria, el Estado que haya expedido un certificado de mando o un certificado o licencia de competencia podrá, siguiendo el procedimiento jurídico correspondiente, decretar la retirada de esos títulos incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió.

3.— No podrá ser ordenado ningún embargo ni detención sobre el buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado cuya bandera enarbolará el buque.

TEXTO DE LAS CONVENCIONES DE BRUSELAS (*)

(*) Las traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores -que se tuvieron en cuenta al sancionar las leyes N° 11.132 y 15.787- son las que reproducimos como texto, a pesar de que muchos de los términos empleados son inadecuados. Es lamentable que estas traducciones no sean corregidas por personal especializado.

Los textos oficiales son redactados en Bruselas en idioma francés e inglés. Se publica el texto de todas las Convenciones ratificadas a la fecha por nuestro país.

El Texto de la Convención de 1922 sobre "Embargo preventivo de buques de mar" puede consultarse en el apéndice de nuestra obra "Embargo de buques" (pág. 71) y el de las Convenciones de 1957 sobre "Limitación de responsabilidad de los propietarios de buques de mar" y sobre "pasajeros clandestinos", figuran en nuestro artículo publicado en la Revista "La Ley" t. 31 sección doctrina, titulado "La conferencia de Bruselas de 1957 sobre unificación de la legislación marítima". En esta publicación también figura el proyecto sobre responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros (1957)

**Convención para la unificación de ciertas
reglas en materia de abordaje**

ARTICULO 1°
Buques de mar

Artículo 1°— En caso de abordaje ocurrido entre buques de mar o entre buques de mar y embarcaciones de navegación interna, las indemnizaciones debidas por los perjuicios causados a los buques, a los objetos o personas que se hallaran a bordo, son determinadas de conformidad con las disposiciones siguientes, sin que haya que tener en cuenta las aguas en que el abordaje se hubiera producido.

ARTICULO 2°
*Fortuito, fuerza mayor
o culpa sobre la causa*

Art. 2°— Si el abordaje fuere fortuito, si fuere debido a un caso de fuerza mayor o si existieren dudas con respecto a las causas del abordaje, los perjuicios serán soportados por los que los hubieran sufridos.

Esta disposición permanece aplicable en el caso en que ya sea los buques, o uno de ellos, estén fundados en el momento del accidente.

ARTICULO 3°
Culpa exclusiva

Art. 3°— En caso de que el abordaje fuese causado por falta de uno de los buques, la reparación de los daños incumbe al que los hubiera cometido.

ARTICULO 4°
Culpa concurrente

Art. 4°— Si hubiera falta común, la responsabilidad de cada uno de los buques está en proporción con la gravedad de las faltas cometidas respectivamente; sin embargo, si, según las circunstancias, no pudiese ser establecida la proporción o si las faltas resultasen equivalentes, la responsabilidad es dividida por partes iguales.

Los perjuicios causados a los buques, o sus cargamentos, o a los efectos o otros bienes de las tripulaciones, de los pasajeros u otras personas que se hallen a bordo, son soportados por los buques en falta, en dicha proporción, sin solidaridad con respecto a terceros.

Los buques en falta quedan obligados solidariamente, con respecto a terceros, por los perjuicios causados por muerte o heridas, salvo recurso del que hubiera pagado una parte superior a la que, de conformidad con el párrafo 1° del artículo presente, debiera soportar definitivamente.

Corresponde a las legislaciones nacionales de terminar, en lo que se refiera a este recurso, el alcance y los efectos de las disposiciones con-

tractuales o legales que limitan la responsabilidad de los propietarios de buques con respecto de las personas que se hallan a bordo.

Art. 5º - La responsabilidad establecida por los artículos precedentes subsiste en el caso en que el abordaje es causado por la falta de un piloto, aun siendo éste obligatorio.

Art. 6º - La acción por reparación de los daños sufridos a consecuencia de un abordaje no queda subordinada ni a una protesta ni a ninguna otra formalidad especial.

No hay presunciones legales de falta en cuanto a la responsabilidad del abordaje.

Art. 7º - Las acciones por reparación de perjuicios se prescriben a los dos años, a contar desde la fecha del suceso.

El plazo para entablar las acciones en recurso, admitidas por el párrafo 2º del art. 4º, es de un año. Esta prescripción sólo corre desde el día del pago.

Las causas de suspensión y de interrupción de estas prescripciones quedan determinadas por la ley del tribunal que hubiera intervenido en la acción.

Las altas partes contratantes se reservan el derecho de admitir en sus legislaciones, como prolegador de los plazos más arriba fijados, el hecho de que el buque demandado no haya podido ser embargado en las aguas territoriales del Estado en que el demandante tuviere su domicilio o su establecimiento principal.

Art. 8º - Después de un abordaje, el capitán de cada uno de los buques colisionados está obligado, en tanto que lo pueda hacer sin serio peligro para su buque, su tripulación y sus pasajeros, a prestar asistencia a la otra embarcación a su tripulación y a sus pasajeros.

Está igualmente obligado dentro de lo posible, a comunicar al otro buque el nombre y el puerto de origen de su embarcación, así como los lugares de los que procede y a los que se dirige.

El propietario del buque no es responsable con respecto de la sola contravención de las disposiciones precedentes.

Art. 9º - Las altas partes contratantes, cuya legislación no reprimiere las infracciones del artículo precedente, se comprometen a tomar o a proponer a sus legislaturas respectivas las medidas necesarias afín de que estas infracciones sean reprimidas.

ARTICULO 5º Culpa del piloto

ARTICULO 6º Supresión de requisitos y presunciones legales

ARTICULO 7º Prescripción

ARTICULO 8º Asistencia obligatoria

Otras obligaciones

Las altas partes contratantes se comunicarán a la brevedad posible las leyes y reglamentos que se hubieran dictado o que estuvieran por dictarse en sus estados para la ejecución de las disposiciones precedentes.

Art. 10.-Bajo reserva de convenciones ulteriores las presentes disposiciones no menoscaban las reglas sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques en la forma en que se hallan establecidas en cada país, ni las obligaciones que resultan del contrato de transporte o de cualquier otro contrato.

Art. 11.-La presente convención no es aplicable a los buques de guerra y a los buques de Estado, destinados exclusivamente a un servicio público.

ARTICULO 12^o Aplicación

Art. 12.-Las disposiciones de la presente convención se aplicarán con respecto a todos los interesados, cuando todos los buques en causa dependieran de la jurisdicción de los estados de las altas partes contratantes y en los demás casos previstos por las leyes nacionales.

Quedan entendidas, sin embargo:

1^o Que, con respecto a los interesados dependientes de la jurisdicción de un Estado contratante, la aplicación de dichas disposiciones podrá ser subordinada por cada uno de los Estados contratantes a la condición de reciprocidad.

2^o Que, cuando todos los interesados dependieran de la jurisdicción del mismo Estado que el tribunal que hubiese intervenido, es aplicable la ley nacional y no la convención.

Art. 13.-La presente convención se extiende a la reparación de los daños que, ya sea por ejecución y omisión de una maniobra o por inobservancia de los reglamentos, un buque hubiera causado a otro buque, o a los objetos y personas que se hallaran a su bordo, también en el caso en que no hubiera habido abordaje.

Art. 14.-Cada una de las altas partes contratantes tendrá la facultad de provocar la reunión de una nueva conferencia después de tres años, a contar desde la entrada en vigencia de la presente convención, con el objeto de buscar las mejoras que pudiera introducirse y, especialmente, extender su esfera de aplicación.

La potencia que hiciera uso de esta facultad, debería notificar su intención a las demás potencias, por medio del gobierno belga que se encargaría de convocar la conferencia dentro de los seis meses.

Art. 15 - Los Estados que no hubieran firmado la presente convención, pueden, a su petición, adherirse a ella. Esta adhesión será notificada por la vía diplomática al gobierno belga y por ésta, a cada uno de los gobiernos de las otras partes contratantes; surtirá efecto un mes después del envío de la notificación hecha por el gobierno belga.

ARTICULO 15°
Adhesiones

Art. 16. - La presente convención será ratificada.

ARTICULO 16°
Ratificación

A la expiración del plazo de un año, o más tardar, a contar desde el día de la firma de la convención, el gobierno belga se pondrá en contacto con los gobiernos de las otras partes contratantes que se hubieran declarado dispuestas a ratificarla, a fin de resolver si corresponde ponerla en vigencia.

Las ratificaciones serán, dado el caso, depositadas inmediatamente en Bruselas, y la convención entrará en vigencia un mes después de este depósito.

El protocolo permanecerá abierto durante otro año en favor de los Estados representados en la conferencia de Bruselas.

A la expiración de este plazo, sólo podrán adherirse, de conformidad con las disposiciones del Art. 15.

Art. 17 - En caso de que una y otra de las otras partes contratantes denunciara la presente convención, esta denuncia sólo producirá sus efectos un año después del día en que hubiese sido notificada al gobierno belga, permaneciendo la convención en vigencia entre las demás partes contratantes.

ARTICULO 17°
Denuncia

Artículo adicional.- En derogación del artículo 18, queda entendido que la disposición del art. 8°, que fija la responsabilidad en el caso en que el accidente hubiese sido causado por la falta de un piloto obligatorio, sólo entrará de pleno derecho en vigencia, cuando las otras partes contratantes se hubieran puesto de acuerdo sobre la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques.

**Convención para la unificación de ciertas
reglas en materia de asistencia y
salvataje marítimo**

ARTICULO 1°
Salvataje

Artículo 1° - La asistencia y el salvataje de los buques de mar en peligro, de los objetos que se hallaran a bordo, del flete y del precio del pasaje, así como los servicios de la misma naturaleza prestados entre buques de mar y embarcaciones de navegación interna quedan sometidos a las disposiciones siguientes, sin que haya distinción entre ambas clases de servicio y sin que haya que tener en cuenta las aguas en que hubiesen sido prestados.

ARTICULO 2°
Resultado útil

Art. 2° - Todo hecho de asistencia o de salvataje que hubiera tenido un resultado útil da lugar a una remuneración equitativa.

No se debe remuneración alguna en caso de que el socorro prestado quedase sin resultado útil.

En ningún caso puede pasar la suma a pagarse del valor de los objetos salvados.

ARTICULO 3°
Negativa expresa y razonable

Art. 3° - No tienen derecho a remuneración alguna las personas que hubiesen tomado parte en las operaciones de socorro a pesar de la decisión expresa y razonable del buque socorrido.

ARTICULO 4°
Remolque

Art. 4° - El remolcador sólo tiene derecho a una remuneración por la asistencia o el salvataje del buque por él remolcado o de su cargamento, en caso de que hubiera prestado servicios excepcionales que no pueden ser considerados como el cumplimiento del contrato de remolque.

ARTICULO 5°
Buques del mismo propietario

Art. 5° - También se debe una remuneración en caso de que la asistencia o el salvataje se hubiera realizado entre buques pertenecientes al mismo propietario.

ARTICULO 6°
Remuneración

Art. 6° - El importe de la remuneración queda fijado por convención de las partes y, en su defecto, por el juez.

Sucede lo mismo con respecto a la proporción en que esta remuneración debe ser repartida entre los salvadores. La repartición entre el

propietario, el capitán y las demás personas al servicio de cada uno de los buques salvadores será determinada por la ley nacional del buque.

Art. 7º - Toda convención de asistencia y salvataje efectuada en el momento y bajo la influencia del peligro, puede, a requerimiento de una de las partes, ser anulada o modificada por el juez, en caso de que existiera que las condiciones convenidas no son equitativas.

En todos los casos, cuando se ha comprobado que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o reticencia o cuando la remuneración está, de manera excesiva en uno y otro sentido, en desproporción con el servicio prestado, la convención puede, a requerimiento de la parte interesada, ser anulada o modificada por el juez.

Art. 8º - La remuneración queda determinada por el juez según las circunstancias, tomando por base: a) en primer lugar, el éxito obtenido, los esfuerzos y el mérito de los que hubieran prestado socorro, el peligro corrido por el buque asistido, sus pasajeros y su tripulación, por su cargamento por los salvadores y el buque salvador, el tiempo empleado, los gastos y perjuicios sufridos y los riesgos de responsabilidad y otros corridos por los salvadores, el valor del material expuesto por ellos, teniendo en cuenta, dado el caso, la apropiación especial del buque asistente; b) en segundo lugar, el valor de los objetos salvados.

Las mismas disposiciones se aplican a la repartición prevista en el art. 6º, párrafo 2º

El juez puede reducir o suprimir la remuneración si resulta que los salvadores hubiesen, por su culpa, hecho necesario el salvataje o la asistencia o que se hubieran hecho culpables de hurtos, ocultaciones y otros actos fraudulentos.

Art. 9º - No se debe remuneración alguna por las personas salvadas, sin menoscabar, sin embargo, las prescripciones de las leyes nacionales al respecto.

Los salvadores de vidas humanas que hubieran intervenido en ocasión del accidente que diere lugar al salvataje o la asistencia, tienen derecho a una parte equitativa de la remuneración concedida a los salvadores del buque, del cargamento y de sus accesorios.

Art. 10º - La acción por pago de la remuneración se prescribe a los dos años, a contar del día en que se hubieran terminado las operaciones de asistencia o salvataje.

ARTICULO 7º Anulabilidad de la convención

ARTICULO 8º Criterios para fijar la remuneración

ARTICULO 9º Salvataje de personas

ARTICULO 10º Prescripción

Las causas de suspensión y de interrupción de esta prescripción quedan determinadas por la ley del tribunal competente en la acción.

Las altas partes contratantes se reservan el derecho de admitir en sus legislaciones como porrogador del plazo más arriba indicado, el hecho de que el buque asistido o salvado no ha podido ser embarcado en aguas territoriales del estado en que el demandante tuviera su domicilio o su establecimiento principal.

ARTICULO 11^o Obligatoriedad

Art. 11. - Todo capitán está obligado, en tanto que lo pueda hacer sin serio peligro para su buque, equipaje y pasajeros, a prestar asistencia a toda persona, también enemiga, hallada en alta mar, en peligro de sucumbir.

El propietario del buque no es responsable con respecto a las contravenciones de la disposición precedente.

Art. 12. - Las altas partes contratantes, cuya legislación no reprime la infracción del artículo precedente, se comprometen a tomar o a proponer a sus legislaturas respectivas las medidas necesarias para que esta infracción sea reprimida.

Las altas partes contratantes se comunicarán, a la brevedad posible, las leyes o reglamentos que se hubieran dictado o que estuvieran por dictarse en sus estados para la ejecución de la disposición que precede.

Art. 13. - La presente convención no menoscaba las disposiciones de las legislaciones nacionales o de los tratados internacionales sobre la organización de servicios de asistencia o de salvataje por las autoridades públicas o bajo un contrato y especialmente sobre el salvataje de los aparatos de pesca.

ARTICULOS 14^o y 15^o Aplicación

Art. 14. - La presente convención no tiene aplicación a los buques de guerra y a los buques de estado exclusivamente destinados a un servicio público.

Art. 15. - Las disposiciones de la presente convención serán aplicadas con respecto de todos los interesados cuando, ya sea el buque asistido o salvado, o el buque asistido o salvado pertenezca a un estado de una de las altas partes contratantes, así como en los demás casos previstos por las leyes nacionales.

Queda sin embargo, entendido:

1^o Que con respecto de los interesados dependientes de la jurisdicción de un estado no contratante, la aplicación de dichas disposiciones podrá ser subordinada, por cada uno de los estados contratantes, a la condición de reciprocidad;

2º Que cuando todos los interesados dependen de la jurisdicción del mismo estado que el tribunal competente, se deberá aplicar la ley nacional y no la convención;

3º Que, sin perjuicio de las disposiciones más extensas de las leyes nacionales, el art. 11 tan sólo es aplicable entre buques de la jurisdicción de los estados de las altas partes contratantes.

Art. 16.—Cada una de las altas partes contratantes, tendrá la facultad de provocar la reunión de una nueva conferencia, después de tres años, a contar desde la entrada en vigencia de la presente convención, con el objeto de buscar las mejoras que pudiesen ser introducidas y, especialmente de extender, si fuera posible, su esfera de aplicación.

La potencia que hiciera uso de esta facultad deberá notificar su intención a las demás potencias por medio del gobierno belga, que se encargará de convocar la conferencia dentro de los seis meses.

Art. 17.—Los estados que no hubiesen firmado la presente convención, pueden, a su petición, adherirse a ella. Esta adhesión será notificada por la vía diplomática al gobierno belga y, por éste, a cada uno de los gobiernos de las otras partes contratantes surtirá sus efectos un mes después del envío de la notificación hecha por el gobierno belga.

Art. 18.—La presente convención será ratificada.

A la expiración del plazo de un año, a más tardar, a contar desde el día de la firma de la convención, el gobierno belga se pondrá en contacto con los gobiernos de las altas partes contratantes que se hubieran declarado dispuestos a ratificarla, a fin de resolver si corresponde ponerla en vigencia.

Las ratificaciones serán, dado el caso, depositadas inmediatamente en Bruselas y la convención entrará en vigencia un mes después de este depósito.

El protocolo permanecerá abierto durante otro año en favor de los estados representados en la conferencia de Bruselas. A la expiración de este plazo sólo podrán adherirse, de conformidad con las disposiciones del art. 17.

Art. 19.—En el caso de que una u otra de las altas partes contratantes denunciara la presente convención, esta denuncia tan sólo producirá efecto un año después del día en que hubiere sido notificada al gobierno belga, permaneciendo vigente la convención entre las demás partes contratantes.

**Convención Internacional para la unificación
de ciertas reglas en materia de conocimientos**

ARTICULO 1º
Esfera de aplicación

Definiciones

Artículo 1º - En la presente Convención las siguientes palabras se emplean en el sentido preciso indicado a continuación:

- a) "Transportador" comprende al propietario del buque o al fletador que ha hecho un contrato de transporte con un cargador;
- b) "Contrato de transporte" se aplica únicamente al contrato de transporte comprobado por un conocimiento o por cualquier documento similar que habilite para el transporte de las mercancías por mar; se aplica también al conocimiento o documento similar extendido en virtud de un contrato de fletamento, a partir del momento en que ese documento habilitante riga las relaciones entre el transportador y el tenedor del conocimiento;
- c) "Mercaderías" comprende bienes, objetos, mercancías y artículos de cualquier naturaleza, con excepción de los animales vivos y del cargamento que en el contrato de transporte se declara como puesto sobre cubierta y es así transportado de hecho;
- d) "Buque" significa cualquier embarcación empleada para el transporte de las mercancías por mar;
- e) "Transporte de mercancías" abarca el tiempo transcurrido desde la carga de las mercancías a bordo del buque hasta su descarga del buque.

ARTICULO 2º
Ver también Arts. 2º,
Inca. 2, 4, 5 y 7;
Arts. 10º, 11º, 12º, 13º
y 14º.

Art. 2º - Bajo reserva de las disposiciones del artículo 6º, en todos los contratos de transporte de mercancías por mar, el transportador, en lo concerniente a la carga, manipulación, acibo, transporte, custodia, cuidado y descarga de dichas mercancías, estará sujeto a las responsabilidades y obligaciones y beneficiará de los derechos e inmunidades que se estipulan a continuación.

ARTICULO 3º
Obligaciones del transportador

Navegabilidad

Art. 3º - 1. Antes y al principio del viaje, el transportador deberá cuidar debidamente de:

- a) Poner el buque en estado de navegabilidad;
- b) Dotar de tripulación, equipar y abastecer debidamente al buque;

- a) Preparar y poner en buen estado las bodegas, las cámaras de enfriamiento y frigoríficas y demás partes del buque en las que se cargan mercaderías para su recibo, transporte y conservación.

3. El transportador, bajo reserva de las disposiciones del artículo 4º, procederá debida y cuidadosamente a la carga, empacado, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de las mercaderías transportadas.

Transporte

3. Después de haber recibido y tomado a su cargo las mercaderías, el transportador, o el capitán o agente del transportador, deberá, a pedido del cargador, expedir al cargador un conocimiento que indique entre otras cosas:

Conocimiento

- a) Las marcas principales necesarias para la identificación de las mercaderías tales como son dadas por escrito por el cargador antes de que comience la carga de esas mercaderías siempre que esas marcas sean impresas o aplicadas de cualquier otro modo en forma clara en las mercaderías no embaladas o en los cajones o embalajes dentro de los cuales están contenidas las mercaderías, de suerte que deberían normalmente quedar legibles hasta el fin del viaje;
- b) El número de bultos, o el de unidades, o la cantidad o el peso, según los casos, tales como los haya dado por escrito el cargador;
- c) El estado y el acondicionamiento aparente de las mercaderías.

Sin embargo, ningún transportador, capitán o agente del transportador tendrá la obligación de declarar o de mencionar en el conocimiento ninguna marca, número, cantidad o peso de los cuales tenga fundada duda para sospechar que no corresponden exactamente a las mercaderías efectivamente recibidas por él, o que no haya tenido medios razonables de verificar.

4. Dicho conocimiento constituirá una presunción, salvo prueba en contrario, del recibo por parte del transportador de las mercaderías tales como están descritas en el mismo de conformidad con el parágrafo 3, a), b) y c).

Presunción en la entrega por el cargador

5. Se considerará que el cargador ha permitido al transportador, en el momento de la carga, la exactitud de las marcas, del número, de la cantidad y del peso según él los ha facilitado, y el cargador indemnizará al transportador por todas las pérdidas, daños y gastos prevenidos o resultantes de inexactitudes sobre esos puntos. El derecho del transportador a dicha indemnización no limitará en forma alguna su responsabilidad y sus compromisos en virtud del contrato de transporte con respecto a toda persona que no sea el cargador.

Garantía del cargador

Presunción en la entrega por el transportador.

6. A no ser que se dé por escrito al transportador o a su agente en el puerto de desembarque un aviso de las pérdidas o daños y de la naturaleza general de esas pérdidas o daños, antes o en el momento de retirar las mercancías y de su entrega a la custodia de la persona que tenga derecho a la entrega en virtud del contrato de transporte, se rativa constituida hasta prueba en contrario, una presunción de que las mercancías han sido entregadas por el transportador tal como están descritas en el conocimiento.

Si las pérdidas o daños no son aparentes, el aviso se deberá dar dentro de un plazo de tres días después de la entrega.

Las reservas escritas son inútiles si el estado de la mercancía ha sido comprobado por inspección en el momento del recibo.

Prescripción

En todo caso, el transportador y el buque estarán eximidos de toda responsabilidad por pérdidas o daños, a no ser que se exhiba una acción dentro de un plazo de un año a partir de la entrega de las mercancías o de la fecha en que hubiesen debido ser entregadas.

En caso de pérdida o daños seguros o supuestos al transportador y al receptor se darán recíprocamente todas las facilidades razonables para la inspección de la mercancía y la verificación del número de bultos.

Conocimiento "Embarcado"

7. Cuando las mercancías hayan sido cargadas, el conocimiento que expida el cargador, el transportador, capitán o agente del transportador será, si el cargador lo pide, un conocimiento con la mención "Embarcado", siempre que, si el cargador ha recibido previamente algún documento que le dé derecho a esas mercancías, rutiluya ese documento contra la entrega de un conocimiento "Embarcado". El transportador, el capitán o el agente tendrán igualmente la facultad de anotar en el puerto de embarque, en el documento previamente recibido, el o los nombres del o de los buques en los cuales han sido embarcadas las mercancías, y la fecha o las fechas del embarque y, a los fines de este artículo, cuando dicho documento tenga esas anotaciones, se considerará el contiene las menciones del art. 3º, parágrafo 3, que constituye un conocimiento con la mención "Embarcado".

Validez de toda cláusula que reduce o limita la responsabilidad

8. Todas las cláusulas, convenciones o acuerdos en un contrato de transporte que eximan al transportador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño ocasionados a mercancías por causas de negligencia, culpa o falta de cumplimiento a los deberes u obligaciones establecidos en este artículo, o que atenúen esa responsabilidad en una forma que no sea la prescrita por esta Convención, serán inútiles, nulas y sin efecto. Una cláusula que ceda al beneficio del seguro al transpor-

tador o cualquier otra persona similar será considerada como que exime al transportador de su responsabilidad.

Art. 4º-1. Ni el transportador ni el buque serán responsables de las pérdidas o daños provenientes o resultantes del estado de innavigabilidad, a no ser que sea imputable a una falta de cuidado razonable por parte del transportador al poner el buque en estado de innavigabilidad o al dotarlo de tripulación, equipo o abastecimiento convenientes, o al preparar y poner en buen estado las bodegas, cámaras de enfriamiento y frigoríficas y demás partes del buque en las que se cargan mercancías, de suerte que sean aptas para el recibo, el transporte y la preservación de las mercancías, todo de conformidad con las prescripciones del artículo 3º, párrafo 1º. Cada vez que una pérdida o un daño haya resultado de la innavigabilidad, la prueba de que se ha ejercido cuidado razonable recaerá sobre el transportador o sobre cualquier otra persona que quiera hacer valer las exenciones previstas en este artículo.

2. Ni el transportador ni el buque serán responsables por pérdida o daño resultantes o provenientes de:

- a) Accidente, negligencia u omisión del capitán, marino, práctico o empleados del transportador en la navegación o en la administración del buque;
- b) Un incendio, a no ser que sea causado por la acción u omisión del transportador;
- c) Riesgos, peligros o accidentes del mar o de otras aguas navegables;
- d) Un "acto de Dios";
- e) Hechos de guerra;
- f) Enemigos públicos;
- g) Un decreto o imposición de príncipe, autoridades o pueblo, o de un embargo judicial;
- A) Una restricción de cuarentena;
 - i) Una acción u omisión del capócer o propietario de las mercancías, de su agente o representante;
 - j) huelgas o lock-outs, o de paros o trabas puestas al trabajo, por cualquier causa que sea, parcial o completamente;
 - k) Motines o tumultos civiles;
 - l) Un salvamento o tentativa de salvamento de vidas o de bienes en el mar;
- m) La muerte en volumen o en peso o de cualquier otra pérdida o daño resultante de un defecto oculto, de la naturaleza especial o defecto propio de la mercancía;
- n) Una insuficiencia de embalaje;
- o) Una insuficiencia o imperfección de marcas;
- p) Defectos ocultos que escapan a una vigilancia razonable;

ARTICULO 4º Innavigabilidad del transportador

Innavigabilidad que no proviene de falta de "debida diligencia"

Otras hipótesis:

Faltas náuticas

Incendio

Caso fortuito o fuerza mayor

"Léaps" del capócer

Vicio propio

Falta de culpa	c) Cualquier otra causa que no provenga de un acto o de culpa del transportador o de un acto o de culpa de los agentes o empleados del transportador, pero la prueba incumbirá a la persona que reclame el beneficio de esta excepción, quien deberá probar que ni la culpa personal ni el acto del transportador ni la culpa o el acto de los agentes o empleados del transportador han contribuido a la pérdida o al daño.
Irresponsabilidad del cargador	3. El cargador no será responsable de las pérdidas o daños sufridos por el transportador o el buque y que provengan o resulten de cualquier causa en que no haya acto, culpa o negligencia del cargador, de sus agentes o de sus empleados.
Salvamento	4. Ninguna desviación para salvar o tratar de salvar vidas o bienes en el mar, ni ninguna desviación razonable serán consideradas como una infracción a esta Convención o al contrato de transporte, y el transportador no será responsable de ninguna pérdida o daño que resulte de ella.
Limitación	5. El transportador y el buque no serán responsables en ningún caso de las pérdidas o daños causados a la mercadería o concernientes a las mismas por una suma que exceda de 100 libras esterlinas por bulto o unidad, o el equivalente de esa suma en otra moneda, a no ser que la naturaleza y el valor de esas mercaderías hayan sido declarados por el cargador antes de su embarque y que esa declaración haya sido anotada en el conocimiento.
	Esta declaración así anotada en el conocimiento constituirá una presunción, salvo prueba en contrario, pero no comprometerá al transportador, quien podrá discutirlo.
	Por convención entre el transportador, capitán o agente del transportador y el cargador, podrá ser determinada una suma máxima diferente de la establecida en este párrafo, siempre que esa máxima convencional no sea inferior a la cifra arriba mencionada.
	Ni el transportador ni el buque serán responsables en ningún caso de pérdidas o daños causados a las mercaderías o concernientes a las mismas, si en el conocimiento el cargador ha hecho o sabiendo esa declaración falsa de su naturaleza o de su valor.
Mercaderías peligrosas	6. Las mercaderías de naturaleza inflamable, explosiva o peligrosa, cuyo embarque no hubieran permitido el transportador, el capitán o el agente del transportador en conocimiento de su naturaleza o su carácter, podrán en cualquier momento, antes de su descarga, ser descarradas en cualquier lugar o destruidas o hechas inofensivas por el transportador sin indemnización, y

el cargador de esas mercancías será responsable de todo daño y gastos que provengan o resulten directa o indirectamente de su embarque. Si alguna de esas mercancías embarcadas con conocimiento y consentimiento del transportador llegare a constituir un peligro para el buque o la carga, podrá del mismo modo ser desembarcada o destruida o hecha inofensiva por el transportador, sin ninguna responsabilidad por parte del transportador, salvo por concepto de averías comunes, si las hay.

Art. 5º.-Cualquier transportador podrá abandonar libremente toda o parte de sus derechos y acciones o aumentar sus responsabilidades y obligaciones, tal como unos y otros están previstos en la presente Convención, siempre que ese abandono o aumento figure en el conocimiento expedido al cargador.

Ninguna disposición de la presente Convención se aplica a las cartas-partidas, pero los conocimientos que se otorguen en el caso de un buque sujeto a las disposiciones de una carta-partida, deberán ajustarse a los términos de la presente Convención. Ninguna disposición de estas reglas será considerada como impedimento para la inserción en un conocimiento de cualquier disposición lícita con respecto a averías comunes.

Art. 6º.-No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, cualquier transportador, capitán o agente del transportador y cualquier cargador estarán en libertad, tratándose de determinadas mercancías, cualesquiera que sean, de hacer cualquier contrato con cualesquiera condiciones concernientes a la responsabilidad y las obligaciones del transportador para con esas mercancías, como también a los derechos y acciones del transportador con respecto a esas mismas mercancías o concernientes a sus obligaciones con respecto al estado de navegabilidad del buque en la medida en que sea responsable en ese contrato al orden público, o concernientes al cuidado o diligencia de sus empleados o agentes en cuanto al cargamento, a la manutención, a la estiba, al transporte, a la custodia, al cuidado y a la descarga de las mercancías transportadas por mar, siempre que en ese caso no haya sido ni sea expedido ningún conocimiento y que las condiciones del acuerdo celebrado se hagan figurar en un recibo que será un documento no negociable, y llevará constancia de ese carácter.

Toda convención establecida en esta forma tendrá pleno efecto legal.

Sin embargo se ha convenido en que este artículo no se aplicará a los cargamentos comerciales ordinarios efectuados en el curso de las ope-

ARTICULO 5º
Aumento de responsabilidad del transportador

ARTICULO 6º
Libertad convencional en documentos no negociables

raciones comerciales ordinarias, sino solamente a otros compromisos en los que el carácter y la condición de los bienes a transportar y las circunstancias, los términos y las condiciones en las que debe hacerse el transporte sean de naturaleza tal que justifiquen una convención especial.

ARTICULO 7º

Libertad en los períodos anteriores a la carga o posteriores a la descarga

Art. 7º - Ninguna disposición de la presente Convención prohíbe a un transportador o a un cargador hacer figurar en un contrato estipulaciones, condiciones, reservas o exenciones concernientes a las obligaciones y responsabilidades del transportador o del buque por la pérdida o los daños que sobrevengan a las mercaderías, o concernientes a su custodia, cuidado y mantenimiento, anteriores al embarque y posteriores a la descarga del buque en el caso de las mercaderías sean transportadas por mar.

Art. 8º - Las disposiciones de la presente Convención no modifican ni los derechos ni las obligaciones del transportador tal como ellas resultan de cualquier ley en vigencia en este momento, con respecto a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de mar.

Art. 9º - Las unidades monetarias de que se trata en la presente Convención se entienden en valor oro.

Aquellas Estados contratantes donde la libra esterlina no se emplea como unidad monetaria se reservan el derecho de convertir en cifras redondas, según su sistema monetario, las sumas indicadas en libras esterlinas en la presente Convención.

Las leyes nacionales pueden reservar al deudor la facultad de pagar su deuda en la moneda nacional, al tipo de cambio que rija el día de la llegada del buque en el puerto en que se descargue la mercadería de que se trata.

ARTICULO 10º
Conocimiento expedido en estado contratante

Art. 10. - Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a cualquier conocimiento expedido en uno de los Estados contratantes.

Art. 11. - Al expirar un plazo de dos años o más tardar a contar del día de la firma de la Convención, el Gobierno belga se pondrá en comunicación con los Gobiernos de las Altas Partes Contratantes que se hayan declarado dispuestos a ratificarla, con objeto de decidir si corresponde ponerla en vigor. Las ratificaciones serán depositadas en Bruselas en la fecha que se fijará de común acuerdo entre dichos Gobiernos. El primer depósito de ratificación será certificado por medio de un acta firmada por los representantes de los Estados que en él participan y por el Ministro de Negocios Extranjeros de Bélgica.

Los depósitos ulteriores se harán mediante una notificación escrita, dirigida al Gobierno belga y acompañada del instrumento de ratificación.

Copia certificada conforme del acta relativa al primer depósito de ratificaciones, de las notificaciones mencionadas en el párrafo precedente, así como de los instrumentos de ratificación que las acompañan, será enviada inmediatamente, por el Gobierno belga y por vía diplomática a los Estados que han firmado la presente Convención o que han adherido a ella. En los casos previstos en el párrafo precedente, dicho Gobierno hará conocer al mismo tiempo la fecha en que recibió la notificación.

Art. 12.- Los Estados no signatarios podrán adherir a la presente Convención, hayan estado o no representados en la Conferencia Internacional de Bruselas.

El Estado que desee adherir notificará por escrito su deseo al Gobierno belga, transmitiéndole el acta de adhesión que será depositada en los archivos de dicho Gobierno.

El Gobierno belga transmitirá de inmediato a todos los Estados signatarios o adherentes, copia certificada conforme de la notificación así como del acta de adhesión, indicando la fecha en que ha recibido la notificación.

Art. 13.- Las Altas Partes contratantes pueden declarar, al firmar el depósito de las ratificaciones o en el momento de su adhesión, que la aceptación que prestan a la presente Convención no se aplica a algunas o bien a ninguna de las Dominios autónomos, colonias, posesiones, protectorados o territorios de ultramar que se hallen bajo su soberanía o autoridad. En consecuencia, pueden adherir ulteriormente por separado en nombre de uno u otro de esos Dominios autónomos, colonias, posesiones, protectorados o territorios de ultramar así excluidos en su declaración original, pueden también, ajustándose a estas disposiciones, denunciar la presente Convención separadamente para uno o varios de los Dominios autónomos, colonias, posesiones, protectorados o territorios de ultramar que se hallen bajo su soberanía o autoridad.

Art. 14.- Con respecto a los Estados que hayan participado en el primer depósito de ratificaciones, la presente Convención surtirá efectos un año después de la fecha del acta de ese depósito. En cuanto a los Estados que ulteriormente la ratifiquen o que adhieran a ella, así como en los casos en que la entrada en vigor se haga ulteriormente y de acuerdo al artículo 13, párrafo 2, surtirá efecto seis meses después de haber sido recibidas por el Gobierno belga las notificaciones previstas en el artículo 11, párrafo 2, y en el artículo 12, párrafo 2.

Art. 15. - Si ocurriera que uno de los Estados contratantes quisiera denunciar la presente Convención, la denuncia será notificada por escrito al Gobierno belga, el cual transmitirá inmediatamente copia certificada conforme de la notificación a todos los otros Estados, haciéndoles conocer la fecha en que la ha recibido.

La denuncia producirá efecto únicamente con respecto al Estado que la haya notificado y un año después de haber llegado la notificación a poder del Gobierno belga.

Art. 16. - Cada Estado contratante tendrá el derecho de proponer la reunión de una nueva conferencia, con el fin de buscar las mejoras que pudieran introducirse en la presente Convención.

El Estado que quiera hacer uso de esa facultad deberá notificar su deseo a los otros Estados con un año de anticipación, por intermedio del Gobierno belga, al cual se encargará de convocar la conferencia.

Hecho en Bruselas, en un solo ejemplar, el 25 de agosto de 1924.

PROTOCOLO DE FIRMA

Al proceder a la firma de la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, los plenipotenciarios abajo firmantes han adoptado el presente Protocolo que tendrá la misma fuerza y el mismo valor que si sus disposiciones estuvieran incluidas en el texto mismo de la Convención a la cual se refiere.

Las Altas Partes Contratantes podrán hacer efectiva esta Convención, ya sea dándole fuerza de ley, ya sea introduciendo en su legislación nacional las reglas adoptadas por la Convención bajo la forma apropiada a esa legislación.

Se reservan expresamente el derecho:

1. De precisar que en los casos previstos por el artículo 4º, párrafo 2.º de esta P., el portador del conocimiento podrá determinar la culpa personal del transportador o las culpas de sus empleados, no establecidas en el párrafo 1.º;

2. De aplicar, en lo concerniente al cobertaje nacional, el artículo 6º a todas las categorías de mercancías, sin tener en cuenta la restricción que figura en el último párrafo de dicho artículo.

Hecho en Bruselas, en un solo ejemplar, el 25 de agosto de 1924.

CUESTIONES PENOLÓGICAS*

2ª PARTE **

Por

ANGEL E. GONZALEZ MILLAN

Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal I

LA CIENCIA PENITENCIARIA

La exposición de esta parte del programa se encuentra en la actualidad tan vinculada a la criminología que bien puede afirmarse que también en este aspecto las llamadas escuelas clásica y positiva la estudian enfocándola desde puntos de vista distintos.

Cuando la individualidad del delincuente no era cuestión de particular importancia, la ciencia penitenciaria fue una ciencia de las instituciones y de las cosas, como bien lo señala Pinatel. I Cuando los positivistas colocan en primer plano el estudio del delincuente, la ciencia penitenciaria es ya una ciencia del hombre.

Debe señalarse asimismo que dentro de esas posiciones existen tendencias que le ponen límites definidos o procuran su extensión: aquellas identifican ciencia penitenciaria con la teoría de la pena de prisión, o con la penología, lo que supone darle más extensión; éstas consideran la ciencia penitenciaria como la ciencia de las relaciones del recluso y de la sociedad o, en su forma más amplia, como la ciencia del tratamiento de los delincuentes.

La verdad es que, como lo destaca agudamente el autor nombrado, se aprecia también en esta materia la presencia de las leyes de la oscilación: se van sucediendo períodos institucionales y humanitarios y dentro de cada orientación la extensión que se da a la ciencia penitenciaria va marcando también diferencias sustanciales.

Pensamos que la ciencia penitenciaria es la ciencia de las penas privativas de libertad. Cierto es que se discute si la ciencia

(*) Notas de clase.

(**) La primera parte se publicó en LECCIONES Y ENSAYOS Nº 14.

(1) JEAN PINATEL. *Les diverses conceptions de la Science Penitentiaire*. Véase la reseña publicada en la *Revista Penal y Penitenciaria*, Bn. As., noviembre de 1930, p. 745-746.

penitenciaria es verdaderamente una ciencia; nos parece que si porque reúne sus presupuestos esenciales de objeto y método propios. Por lo demás debe observarse que quienes afirman que es sólo un arte, que no puede tener otro método que el experimental y que se reduce por consiguiente a puro empirismo, no advierten —como lo señala Coche 2— que buenas estadísticas, la observación profunda de las instituciones penales extranjeras, el conocimiento del medio social, un cierto sentido práctico que la experiencia contribuye a formar, pero que no se adquiere siempre por ella, constituyen elementos que es preciso reunir para resolver científicamente una cuestión penitenciaria. La ciencia penitenciaria no es más impotente que otras para formular leyes, o sea, para afirmar relaciones de causalidad entre los fenómenos. Sucede en esta materia lo que es particular de las ciencias sociales: su complejidad no permite siempre reconocer si las causas que se exponen no serán neutralizadas por otras que obran en sentido inverso por multitud de influencias ambientales, como el temperamento nacional, la opinión pública, las circunstancias políticas, etcétera.

Ha contribuido a dar a esta materia características relevantes la convicción de que es evidente el progreso de las instituciones repressivas por obra de los teóricos y prácticos de las ideas más opuestas. Se ha llegado así, insensiblemente y por la propia gravitación de los hechos, a la enseñanza de esta disciplina en las universidades, anexa o no a los estudios criminológicos. Se inicia en algunos casos —en nuestro país entre otros— como estudios especializados en institutos anexos a los establecimientos penitenciarios. En Francia, por ejemplo, por decreto del año 1922 fue creado el Instituto de Criminología bajo la dirección científica de las Facultades de Derecho y Medicina de la Universidad de la Sorbona. Tiene por objeto coordinar, organizar y desenvolver los estudios teóricos y prácticos de las diferentes ramas de la Criminología y una de sus secciones está dedicada a la Ciencia Penitenciaria.

Por otra parte debe hacerse notar la evidente influencia en el desenvolvimiento de estos estudios de la obra de los congresos penitenciarios internacionales. En el de Londres de 1872 se estudió el tema del régimen disciplinario de las prisiones y la capacidad del personal de vigilancia y en los de Estocolmo (1878), Roma (1885), San Petersburgo (1890), París (1895), Bruselas (1900) y Budapest (1905) se trataron temas vinculados a las instituciones penitenciarias y a las medidas preventivas. Fue precisamente en el de San Petersburgo donde se emitió un voto en favor de la creación de una cátedra de Ciencia Penitenciaria en las universidades de los distintos países y para que la administración peni-

(2) Fern. Coche, *Traité de Science et Législation Penitentiaires*, París, 1904, p. 47-48.

tenciaria facilitara lo necesario para sostener y fomentar estos estudios. También se ocupó de las bibliotecas especializadas para uso de los funcionarios de prisiones.

Contribuyó a divulgar los estudios la *Revue Penitentiaire*, órgano de la Sociedad de Prisiones creada en 1877, a la que se considera como el hogar de la ciencia penitenciaria. Por otra parte no puede dejar de valorarse la circunstancia de que la evolución actual es consecuencia de la generalización de las penas privativas de libertad, que obligan a una internación prolongada y al cumplimiento de las más diversas y aparentemente contradictorias finalidades. En nuestro país la *Revista Penitenciaria*, las publicaciones del Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional, la *Revista Penal Argentina*, el *Boletín del Instituto de Criminología y Ciencias Afines*, la *Revista de Derecho Penal*, las publicaciones provinciales anexas a los servicios penitenciarios, del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas de la Provincia de Buenos Aires, y otras que escapan a nuestro recuerdo, así como la *Revista Penal y Penitenciaria*, órgano de la Dirección Nacional de Institutos Penales, da buena cuenta de la producción en la especialidad, de la legislación, de las reclamaciones y de los progresos de las administraciones penitenciarias. Toda esta elaboración se documenta escalonadamente desde los primeros años de este siglo y toma cada vez más incremento.

La Ciencia Penitenciaria tiene íntima vinculación con la Penología, a tal punto que buena parte de los especialistas las identifica. Para Cuello Calón la Ciencia Penitenciaria tiene por objeto el estudio de las penas y su ejecución, pero no puede extenderse más allá de las penas privativas de libertad, de su organización y de su ejecución. Las restantes penas (restrictivas de libertad, privación y restricción de derechos, penas pecuniarias, pena de muerte), están fuera de su ámbito. Deben ser estudiadas por la Penología, que define como el estudio de los diversos medios de lucha contra el delito, es decir, tanto las penas propiamente dichas como las medidas de seguridad. 3

That, por su parte, llama Ciencia Penitenciaria a la ciencia penal que se ocupa de las reglas y modos de llevar a cabo la ejecución de las penas privativas de libertad. Todas las demás penas corresponden a la Política Criminal. Para este autor nuestra disciplina tiene por contenido las penas privativas de libertad y otras instituciones conexas (libertad condicional, patronatos) y quedan en consecuencia excluidas las penas restrictivas de libertad (deportación, relegación, traslación, confinamiento) y otras instituciones (vagrancia, menores, mendicidad). 4

(3) EUGENIO CUELLO CALÓN, *La Moderna Penología*, Tomo I, Barcelona, 1908, pp. 7-10.

(4) LUIS LLO THAT, *Ciencia Penitenciaria*, La Plata, 1937, pp. 7-11.

Cuche sostiene que la Ciencia Penitenciaria y la Penología se identifican. Cuando el método experimental penetra en el campo del derecho penal y pretende asimilar la Criminología y la Ciencia Penitenciaria reacciona este autor contra esa orientación. Clasifica las ciencias relativas a la criminalidad o anexas al derecho penal en dos grupos: el de las ciencias puras, que formaba con la Criminología (antropología, sociología y física criminales); y el de las ciencias aplicadas, con la Política Criminal (ciencia penitenciaria y ciencia de las instituciones preventivas). La Ciencia Penitenciaria comprende las penas educativas para menores delinquentes, las penas de intimidación pura o advertencia para ciertos actos punibles de menor importancia y para algunos delinquentes perversos corregibles; las penas eliminatorias para los incorregibles. El contenido de la ciencia penitenciaria comprende tres materias principales: a) la organización antigua de la pena y su aplicación; b) la organización presente de la ejecución de las penas privativas de libertad; c) las reclamaciones penitenciarias modernas.

Para Cannat la ciencia penitenciaria tiene esencialmente por objeto el estudio de las relaciones del recluso y de la sociedad, cuyas conclusiones deben servir de base para construir un derecho penitenciario autónomo. ⁵

Pinatel estudiando el tema con sentido actual afirma que se ha dejado ya el concepto de que la Ciencia Penitenciaria es la ciencia de la prisión. Para él Ciencia Penitenciaria y Penología son palabras sinónimas. Afirma que es la ciencia del tratamiento de los delinquentes, que aparece cada día más ligada a los datos que le suministra la criminología. Su objeto es el autor de una infracción penal y su fin es readaptarlo y reclasificarlo socialmente. Precizando su pensamiento señala que la ciencia penitenciaria tendrá por campo de acción el estudio de las modalidades de aplicación de las penas y de las medidas de seguridad privativas o restrictivas de libertad, ya que todas tiene de común alcanzar al delincuente en su libertad, con exclusión de aquellas que lo afectan en su patrimonio, tengan carácter real y no personal, sean de esencia jurídica y aquellas otras que, como la pena de muerte, son irreparables y excluyen toda posibilidad de adaptación social. Es criminología aplicada en cuanto hace la observación de los delinquentes con la ayuda de los métodos antro-po-psicológicos y sociológicos; es pedagogía social en cuanto tiene por fin investigar los métodos de cura libre o de reeducación con internación, susceptibles de permitir a los delinquentes adaptarse a las condiciones de la vida social y organizar prácticamente esos métodos en las mejores condiciones posibles.

Entre los especialistas argentinos el Dr. Paz Anchorena piensa que la Ciencia Penitenciaria se ocupa de las funciones asignadas a la pena en las sociedades modernas, así como de organizar prác-

(5) PIERRE CANNAT, *La Réforme Penitentiaire*, Paris, 1948, p. 18.

ticamente la adaptación de la pena a estas funciones. Es jurídica en su base, pedagógica en sus medios y social en sus fines. Comprende el estudio de las penas propiamente dichas, el de las medidas de seguridad y el del patronato post carcelaria y post asilar. Identifica en cierta forma la ciencia penitenciaria con la penología. 6

Como síntesis podemos expresar que se ha hablado siempre de la pena, pero que hasta el siglo XIX no se mencionaba la Ciencia Penitenciaria, comenzando a usarse ese nombre en el Congreso de Estocolmo. Agreguemos que en su comienzo no fué sino el estudio de la prisión, tendiente a realizar la elevación moral del delincuente. Ha dado lugar a los sistemas penitenciarios como consecuencia de las distintas teorías sustentadas. Posteriormente se advierte la necesidad de que la organización racional del tratamiento penitenciario cuente con antecedentes que permitan conocer las causas del delito a través del conocimiento de la personalidad del infractor y de la influencia de los más diversos factores.

Sus postulados fundamentales

En la actualidad la Ciencia Penitenciaria tiende a manejarse en base a: 1) la individualización de la pena por la individualización del delincuente; 2) la intervención de la autoridad judicial (el juez del proceso o un magistrado especialmente nombrado) para entender en las medidas que decidan aspectos fundamentales del recorrido de los delincuentes en los establecimientos de internación. Se trata, como se ve, de apreciar a través de dos enfoques que no son contradictorios, en función social coordinada, los valores de la readaptación, que son importantísimos, frente a las necesidades de la defensa social que, en forma de prevención general, son también importantísimos. Habrá frecuentemente identidad en la conclusión, pero habrá también casos en que las conclusiones resultantes de las valoraciones jurídicas deberán primar sobre los resultados individuales obtenidos. El éxito de la prevención general exige el respeto de la ley y su inexorable cumplimiento; en consecuencia las medidas que tiendan a dar término anticipado a las penas sólo deben estar respaldadas para ser potencialmente posibles, por el convencimiento de los especialistas de haberse logrado la readaptación de los delincuentes. Sólo así estará el éxito de la terapéutica penitenciaria al servicio del interés social.

La readaptación del delincuente que ha de lograrse mediante la individualización de la pena es una de las finalidades de nuestra disciplina y más de una carta fundamental política hace men-

(6) José M. FAL AUCHORENA, *Penología* tomo VII de JUAN P. RAMOS. *Curso de Derecho Penal* 5ª ed., Ed. Az., 1940, p. 7.

ción expresa a la misma. Tal inclusión supone, como lo señala López Rey Arrojo, el reconocimiento de una función social y como tal debe ser bienvenida, pero también lo sería el que la prevención general del delito fuera asimismo considerada como una función social. Readaptar socialmente o resocializar, en lo individual, significa haber logrado dotar al delincuente de las condiciones mínimas necesarias para su normal desempeño en el medio social. Podrá tener las variaciones propias de toda terapéutica penitenciaria: corregir por transformación subjetiva o solamente inocularizar o, en otros términos, hacer sujetos socialmente útiles o lograr en algunos casos su pasividad en el campo del delito. La experiencia demuestra que difícilmente se logra la transformación subjetiva del delincuente a que acabamos de referirnos, por lo que se hace necesario establecer un adecuado sistema que por la intimidación, la educación para la vida social, la capacitación profesional y el orden, los que deberán ser ineludiblemente reforzados con acompañamientos de la más diversa significación (tratamiento médico para los deficientes y servicio social penitenciario en el sentido más amplio), lleve a satisfacer el mínimo de las exigencias necesarias para el vivir normal dentro de la comunidad. La verdad es que el tratamiento de los delincuentes es difícil pues no se llega al delito porque sí; lo explica y algunas veces lo justifica la herencia, la constitución biopsíquica, el hogar, la situación económica, la salud, el ambiente. Pero siempre se trata de una conducta delictuosa que puede dejar marcas indelebles en la personalidad del infractor, pues ha desatado inhibiciones, ha agrandado defectos, ha insensibilizado para la comprensión de los deberes sociales. Hay en suma que recomponer, cuando no hacer, una personalidad. No se trata de formar sino de reformar y eso a una edad en que el esfuerzo a realizar es muy grande y el fracaso muy posible.

Bastan las consideraciones precedentes para apreciar hasta dónde puede llegarse en esta materia. Los fines de la ejecución penal se limitan o no teniendo en cuenta, en general, estos enfoques: 1) los que hacen exclusivamente a la prevención general; 2) los que limitan la acción penitenciaria a la mera acción reformativa de los delincuentes; y 3) los que, teniendo en cuenta el desenvolvimiento de la personalidad de los condenados, adoptan las medidas correspondientes a esa evolución pero sin dejar de lado las valoraciones jurídicas.

En lo que atañe a la intervención del juez en la ejecución de las penas, las corrientes modernas la propician, así como las legislaciones dictadas en los últimos años por algunos países de Europa. Ya se verá más adelante cuál debe ser esa intervención judicial y si el magistrado debe ser el juez del proceso u otro designado especialmente al efecto. Pero lo cierto es que con tal sistema se ha incorporado la ciencia penitenciaria, de hecho, al derecho penal. Satisface esta corriente de ideas por varias razones: 1ª) porque la separación casi absoluta entre el título ejecutivo que legitima la

ejecución —sentencia condenatoria— y la ejecución misma, distorsionaba los problemas jurídicos. Se sustraía al conocimiento de los magistrados esa etapa posterior cuyo conocimiento permanentizado es esencial para que el derecho repressivo se satisfaga por el cumplimiento de sus fines. Se diluía, o si se quiere, se bifurcaba la significación de la prevención al ponerse en manos de distintas autoridades del Estado el cumplimiento de ese fin jurídico. La razón es simple: esas autoridades actuaban con métodos, objetivos y horizontes de diversa significación. 2º) Porque el apartamiento del juez de la ejecución penal restaba al magistrado el conocimiento de elementos de juicio de contenido criminológico de mucha importancia en el aspecto de la prevención especial. 3º) Porque evita en la medida de lo posible la arbitrariedad en el cumplimiento de las penas por parte del poder administrador con la intervención permanente de los jueces en el tratamiento penitenciario. 4) Porque acerca a los criminólogos a los enfoques jurídicos, haciendo posible una acción coordinada por la comprensión de todas las orientaciones. 5º) Porque si se admite pacíficamente que la criminología es utilísima en la medida de la pena y en su ejecución, el conocimiento por parte de los jueces de cuanta circunstancia puede contribuir a formar juicio y a adoptar medidas en el curso de la internación o tratamiento, satisficará las exigencias del fin jurídico y, si fuera posible, del fin útil individual. 6º) Porque la experiencia judicial así adquirida y los estudios que los magistrados realicen, teórica y prácticamente, de criminología, permitirá soluciones jurídicas adaptadas a las necesidades de la defensa social y a las exigencias reales del tratamiento penitenciario que correspondan aplicar.

Debe quedar claramente expresado que la privación de libertad no satisface. La prisión ha demostrado ser insuficiente. Hoy se procura que los condenados se adapten a las condiciones de la vida social. Como consecuencia se arbitran procedimientos tendientes a evitar la internación o a completar los tratamientos realizados en los establecimientos. Con lo que la Ciencia Penitenciaria tiende a convertirse, como lo expresa el ya nombrado Finstel, en una ciencia del tratamiento de los delincuentes.

LA REFORMA CARCELARIA Y HOWARD

Durante muchísimos siglos la cárcel sirvió para asegurar a los acusados de un delito mientras se pronunciaba la decisión judicial y a los condenados hasta tanto se ejecutara la pena impuesta. Eran los tiempos en que la pena capital, con diversas formas de ejecución para proporcionarla a la gravedad e índole del delito, y las penas corporales, consistentes en la imposición de sufrimientos físicos (azotes, flagelación, etc.) o en una amputa-

ción del cuerpo del reo (pérdida de una mano, de las orejas, ojos, lengua, etc.), constituían las penas predilectas del sistema punitivo de la época. Junto a esas funciones principales, más próximas al procedimiento penal que a la penología, la cárcel cumplía otras relacionadas con la internación de deudores y, no pocas veces, enfermos mentales y hansenianos.

Por regla general, los lugares destinados para cárcel eran escogidos teniendo en cuenta por sobre todas las cosas las condiciones de seguridad que ofrecían. Además, durante largo tiempo y en numerosos países, su característica principal fué la de ser subterráneas. Para estos fines se adaptaron edificios construidos con propósitos muy diferentes. Cuando se estimaba que no reunían las condiciones de seguridad deseadas, se aplicaban directamente sobre el cuerpo del preso diversos medios destinados a impedir las evasiones. En numerosos museos europeos pueden verse muestras de esos primitivos dispositivos de seguridad (cadenas, grillos, espos, etc.).

En la mayoría de los casos, esas cárceles, subterráneas o no, estaban muy lejos de reunir las más elementales condiciones de higiene. Rara vez podía penetrar en ellas una ráfaga de aire fresco y puro o un tibio rayo de sol. La humedad, la penumbra, sino la obscuridad, la suciedad, el trato brutal o la explotación de las necesidades vitales por el carcelero, enmarcaban el cuadro maloliente de esas cárceles en las que la degradación física y moral era casi natural, favorecida por la promiscuidad de los presos, de toda edad y condición física, mental, social y aún de sexos. Tales las cárceles cuya finalidad esencial está expresada en la conocida sentencia de Ulpiano: "Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet (La cárcel debe ser para guardar a los hombres, no para castigarlos) (1).

Ese lamentable estado de las cárceles y la triste suerte de los encarcelados no pudieron dejar de llamar la atención de las personas de buenos sentimientos en todos los tiempos y en particular desde la aparición del cristianismo. Pero sus voces de protesta y sus obras de reparación o fueron demasiado locales y aisladas o resultaron efímeras y sin continuación inmediata hasta Howard. Bertrand ha recogido en su elenco de efemérides penitenciarias (2) numerosos hechos que ratifican lo dicho, como por ejemplo las decisiones de los concilios de Cartago (356) y de Nicea (325), que prescribieron la visita de las prisiones y de los presos para atenderlos en sus necesidades materiales y espirituales; las primeras reglamentaciones carcelarias de los tiempos de Justiniano y Teodosio o la resolución del concilio de Béziers que, al recomen-

(1) Esta concepción procesal de la cárcel del derecho romano es la que, pasado por diversos cuerpos legales (como Los Partidos, de Alfonso el Sabio y los primeros decretos y proyectos de estatutos de nuestro derecho patrio) ha sido recogida por la parte pertinente del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

(2) *Essays Historical, Legal and Penitentiary*, Lovain, 1824, pp. 62-64.

dar la separación de los detenidos, introduce un principio de clasificación.

Tuvo, pues, la reforma carcelaria, ese movimiento internacional e inabarcable para mejorar el estado de las cárceles y humanizar el trato de los reclusos, legiones de partidarios y sin duda de apóstoles y aún de mártires, cuyos nombres no recogió la historia. En todos los países podrían señalarse precursores de Howard que, por supuesto, los tuvo también en su propio país. (3). En España, por ejemplo, podemos recordar tres figuras que Jiménez de Asúa al estudiar la progresión de la ciencia penal española llama "los penitenciaristas del siglo XVI" (4). Fueron ellos Cristóbal de Chaves, el canónigo Bernardino de Sandoval y Tomás Cerdán de Tallada, designado por Felipe II abogado de presos. Cristóbal de Chaves escribió una *Relación de las cosas de la cárcel de Sevilla y su trato* (1558), en la que expone con toda crudeza los usos y abusos existentes en ella. Por su parte Bernardino de Sandoval, "Maestrescuela de la Santa Iglesia de Toledo y Canciller del estudio y universidad de dicha ciudad" publicó en 1564 el *Tratado del cuidado que se deve tener de los presos pobres. En que se trata ser obra pía proveer a las necesidades que padecen en las cárceles, y que en muchas maneras pueden ser ayudados de sus próximos y de las personas que tienen obligación de favorecerlos y de otras cosas importantes en este propósito, cuyo título expresa claramente los humanitarios propósitos que le guiaron al componerlo*. Tomás Cerdán de Tallada, a su vez, publicó en 1574 su *Visita de la cárcel y de los presos, en la cual se tratan largamente sus cosas y casos de prisión, así en causas civiles como criminales, según el Derecho Divino, Natural, Canónico, Civil y Leyes de Partida y Fueros de Aragón y de Valencia*, libro concebido y escrito como obra de misericordia hacia los presos, que contiene interesantes anticipaciones de la futura técnica penitenciaria.

Pero en verdad la reforma carcelaria, todo su pasado y sus proyecciones futuras, está simbolizada en la acción de John Howard, filántropo inglés, movido por un intenso sentimiento religioso, que consagró los últimos 17 años de su vida a visitar las prisiones y hospitales de numerosos países. Howard nació el 11 de septiembre de 1726, en Lower Clapton, cerca de Hackney y murió víctima de una enfermedad contraída durante sus humanitarias visitas, en la ciudad rusa de Kherson, el 20 de enero de 1790, donde fue sepultado. Sobre su tumba se escribió: *Quien quiera que seas, estás ante la tumba de un amigo*. Poco después, en la histórica catedral londinense de San Pablo se colocó su estatua, que lo representa ves-

(3) That señala a Pakington (1696), al obispo Compton (1800) y a las comisiones parlamentarias de 1728, 1735 y 1754. (Luis Lalor, *Study penitentiary movement abroad in Sicily de diritto penitenziario*, 1931, Volumen I, pp. 66-70).

(4) Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1953, Tomo I, 1ª ed., pp. 451-452.

tido de romano, con un pergamino en una mano y en la otra llaves. A sus pies, yace una cadena rota. Una inscripción, obra del poeta Whitebread lo pinta de cuerpo entero. Dice:

"Este hombre notable ha tenido la fortuna aún durante su vida de gozar del respeto que merecían sus virtudes. Los parlamentos de Gran Bretaña e Irlanda le han expresado su reconocimiento por los servicios excepcionales que él ha rendido a su patria y a la humanidad. Nuestras prisiones y nuestros hospitales han sido mejorados por la enseñanza de su sabiduría. Ellos prueban la firmeza de su espíritu y atestiguan lo que le ha valido una veneración universal. En todas partes del mundo civilizado, adonde él ha viajado con el fin de aliviar los sufrimientos de la humanidad, tanto más sobre el trono de los soberanos que en el interior de las prisiones, su nombre será pronunciado con respeto, reconocimiento y admiración. Su propia modestia ha impedido la erección, en vida, de esta estatua que el pueblo dedica actualmente a su memoria. Nació en Hackney, en el condado de Middlesex, el 11 de setiembre de MDCCXXVI.

"La primera parte de su vida la pasó en la soledad, casi exclusivamente en la propiedad de su padre, en Cardington, en el condado de Bedford. Fue sheriff de ese condado en MDCCCLXXII. Murió en Kibson, en Rusia, el XX de enero de MDCCXC. Sucumbió víctima de una obra caritativa llena de peligro, tratando de estudiar las causas y el origen de la peste, a fin de encontrar los medios de combatirla. Fué hacia la inmortalidad por un camino abierto a todos, pero poco frecuentado, siguiendo con ardor y constancia las reglas de la caridad cristiana.

"¡Que el presente homenaje rendido a su memoria haga nacer la emulación y suscite imitadores de sus obras verdaderamente grandes!" (5).

El primer contacto con la vida carcelaria de su tiempo lo tuvo Howard en carne propia en 1755. Tenía entonces 29 años. Se dirigió a Lisboa, virtualmente destruida por un terremoto, cuando el barco en que viajaba fué atacado y capturado por los franceses. Howard, junto con tripulantes y pasajeros, se convirtió en un prisionero más de la Guerra de los Siete Años. Conoció entonces durante los dos meses de su cautiverio la crueldad con que eran tratados los reclusos. Esta experiencia personal, sin duda,

(5) Mayores detalles de la vida y de la obra de Howard pueden consultarse en José M. Paz Argüenza, *Penitencia* (Tomo III del Curso de Derecho Penal, de Juan F. Ramos), 2ª edición, 1940, pp. 193-201; John Howard a un siglo y medio de su muerte en *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, Tomo V (1942), pp. 1-13; Raúl Górriz, *El último viaje de John Howard, el Góndrop de las cárceles en Participación Argentina*, Buenos Aires, Tomo 69 (1942), *Doctrina* pp. 43-49 y *Justicia en Acta*, ob. cit., pp. 221-224.

habría de contribuir luego a su inclinación por la suerte de los encarcelados que se revela, en forma definitiva, en 1773 al ser designado High Sheriff de Bedford. En efecto, en ese año inicia sus visitas personales a las cárceles de condado de toda Gran Bretaña, que habría de proseguir durante 1774, 1775 y parte de 1776, ya que al promediar ese último año su campo de acción se amplía y se traslada con los mismos fines a diversos países europeos.

En 1777 aparece la primera edición de su famosa obra: *The State of the Prisons in England and Wales; with Preliminary Observations; and an Account of some Foreign Prisons*, reeditada varias veces con adiciones y traducidas muy pronto a varios idiomas europeos (8), a la que puso como lema estos significativos versos del poeta Thomson: "¡Ah!, que poco los hombres frívolos, que viven en los placeres, rodeados del poder y de la abundancia, piensan en aquellos que languidecen en la necesidad, en la obscuridad de las prisiones, privados del aire común a todos".

El libro de Howard en su edición definitiva (1784) consta de una "Introducción", 13 secciones y una "Conclusión". En la Introducción expresa: "Abusos inhumanos me han hecho escribir esta obra que se debe a la piedad que me inspiran los reclusos... visité las prisiones de los pueblos y de las capitales. Un gran número de ellas me ofrecieron nuevos espectáculos de dolores, de enfermedades, las más terribles de las cuales, las más peligrosas tal vez eran la fiebre de las prisiones y las viruelas locas. Estos azotes devoran una multitud de víctimas entre los culpables alojados en las mazmorras y entre los reclusos por deudas... He desafiado las dificultades que se me oponían para desemascarar el fraude, para hacer odiosas las crueldades que la avaricia de ganar dinero permite, para descubrir las distintas fuentes de las miserias que se sufren en las prisiones... La reforma de los abusos perjudiciales será siempre uno de mis objetivos... No he querido ser agradable, proporcionando un tema de conversación a los ociosos, sino que he buscado ser útil y nada más que eso". En la obra de Howard se combinan la exposición objetiva, la crítica y la sugerencia de reformas progresistas. La sección primera presenta un panorama general de los males que se sufrían en las prisiones de Inglaterra; la segunda, las malas costumbres toleradas en las prisiones inglesas y la tercera las mejoras que propone en la estructura y en la administración de las prisiones. En la sección cuarta trata de los

(8) Una edición popular de la obra de Howard, sin grabados, fue publicada en la serie Ciencia de la conocida *Everyman's Library* (N° 825), con una Introducción de Kenneth Bask. (John Howard, *The State of Prisons*, XXXI - 366 pp.). Esta edición reproduce parcialmente el texto de la edición de 1784 —temora y última publicada en vida de Howard— y varios pasajes de su obra libro: *An account of the principal lazarettos in Europe; with various papers relative to the plague; together with further observations on some foreign prisons and hospitals; and additional remarks on the present state of these in Great Britain and Ireland* (1786).

Bridewells o casas de corrección y desde la 5ª a la 19ª describe las cárceles de Holanda, Alemania, Dinamarca, Suecia, Rusia, Polonia, Italia, Suiza, Flandes austríaco, Francia, España y Portugal. Las secciones 20ª a 24ª se refieren al trato de los prisioneros de guerra y desde la 25ª a la 70ª se ocupa de las prisiones en Escocia, Irlanda, Inglaterra y Gales. La sección 71ª la destina a las prisiones flotantes del Támesis, la 72ª contiene estadísticas y la 73ª y último consideraciones sobre la fiebre de las prisiones. En su Conclusión manifiesta: "Siento que las reformas propuestas en el curso de mi libro son susceptibles de objeciones y que aquellos cuyos intereses estén comprometidos se esforzarán indudablemente por presentarlas como impracticables. Espero, sin embargo, no ser abandonado en la lucha que tendré que sostener y que esta colección de hechos pueda volver la atención de mis compatriotas hacia esta RAMA IMPORTANTE DE LOS ASUNTOS NACIONALES, aliviar los sufrimientos de los deudores y otros reclusos; extirpar para siempre la fiebre de las prisiones, que tantas veces ha extendido hacia afuera sus principios perniciosos; llegar a la supresión total o al menos a la reducción de esos derechos vejatorios reclamados por los agentes subalternos de la justicia; impedir la venta de bebidas fuertes en las prisiones; introducir en nuestros Bridewells el hábito de trabajar; reducir los despojos y los vicios que reinan entre los reclusos. Si se alcanzara solamente algunos de esos efectos deseables, el autor se congratulará de no haber muerto sin haber hecho algún bien y se creará ampliamente recompensado de todas las fatigas, del tiempo que sus investigaciones le han costado y de los riesgos que ha corrido".

The State of Prisons no sólo consiste en la descripción minuciosa de la lamentable situación de los presos y de las cárceles señalando también como ejemplos aquellos establecimientos, como las Casas de Trabajo de los Países Bajos, el Hospital de San Miguel en Roma, fundado por el Papa Clemente XI, o la Casa de Corrección de Gante, que aplicaban principios progresistas, sino que además contienen las ideas de Howard sobre la reforma de las prisiones. Espigando a través de su extenso y documentado libro se ha extraído su ideario fundamental, que puede sintetizarse en estos principios:

- (a) Mejora de la higiene y alimentación de los presos;
- (b) Separación de las diversas clases de reclusos;
- (c) Educación moral y religiosa; y
- (d) Trabajo. Decía: *Make men diligent and they will be honest.*

La influencia de la actividad de Howard sobre el movimiento de la reforma penitenciaria es extensa y profunda. Se inicia en 1773, cuando merced a su intervención, siendo *sheriff* del condado de Bedford, el Parlamento inglés aprobó las dos famosas leyes por las cuales se liberaba a los reclusos abusivos del pago de los gastos de la prisión (derecho de carcelaje) y se adoptaban medidas

positivas para velar por la salud de los presos y puede decirse que aún no ha concluido. En su nombre y con su nombre todavía en nuestro tiempo se fundan instituciones destinadas a luchar por los objetivos sociales que le hicieron decir a Bentham, en frase feliz, que vivió como un apóstol y murió como un mártir. Con todo podemos señalar la extraordinaria importancia que tuvo para la reforma carcelaria los cientos de cárceles que visitó, los miles de entrevistas que mantuvo con personas de todas las clases sociales, desde monarcas hasta oscuros carceleros, los incontables lectores que desde entonces tienen las páginas siempre vivas de sus dos libros en diversos idiomas. Y, de modo más específico, los contactos epistolares que mantuvo con los miembros de la *Philadelphias Society for alleviating the miseries of public prisons*, llamada a tener un papel decisivo en la introducción de uno de los primeros regímenes penitenciarios definidos. Muerto Howard, su obra tuvo continuadores individuales y asociados en Gran Bretaña y en otros países. Tanto unos como otros cooperaron eficazmente para preparar las condiciones materiales y morales indispensables para la introducción de las penas privativas de libertad en base a un régimen que se propone evitar la reincidencia del condenado.

7

NOTAS Y COMENTARIOS

EL DOMINIO MINERO

Por
EDUARDO A. FIGUETTI

I

El problema y sus dos enfoques

En todas las épocas civilizadas ha preocupado justificar —con fundamentos filosóficos— diversos sistemas de distribución de la riqueza minera, pensados con el objeto de satisfacer las exigencias políticas y económicas de las etapas en que eran propuestos. Todo el esfuerzo de teorización en tal sentido, fue dirigido a determinar si debía reconocerse algún primer propietario sobre las sustancias minerales yacientes en la corteza terrestre o si por el contrario no reconocían las minas ningún dominio originario y podían ser utilizadas o explotadas libremente, sin obligación de respetar situaciones jurídicas preexistentes.

Entre el primer extremo (hubo en el origen de los tiempos un dueño de los minerales) y el segundo (las minas no fueron de propiedad de nadie) se han alineado diversas concepciones, cuya influencia ha llegado a nosotros e informando la legislación mundial.

II

Las soluciones propuestas

Los partidarios de reconocer la existencia de un propietario inicial, buscaron en el dueño del suelo o en el depositario de la autoridad (rey, emperador, etc.) el sujeto que habría detentado por primera vez el derecho de dominio minero. Con ello, lograron instaurar los dos siguientes sistemas:

- 1) De la *Acesión* —preconizado a consecuencia del concepto romano del dominio común o civil— se caracteriza por considerar las minas como propiedad del dueño del suelo o fundo superficial, a quien le pertenecería por ser la sustancia minera accesoria del inmueble (cosa principal) y justo motivo para extender el derecho de dominio al subsuelo.

No existe para esta orientación una diferente propiedad entre las superficie terrestre y el subsuelo mineral, por lo cual, es conocida como posición civilista.

- 2) Regalista. Distingue la propiedad existente en la superficie de la tierra de la propiedad minera (subterránea), cuyo dominio considera originario del rey (de allí su nombre), si bien éste está inhibido de explotar, y debe delegar la propiedad al primer descubridor o peticionante. La circunstancia de haber desaparecido el rey, como persona de derecho, no ha producido variante en la teoría, puesto que el Estado Constitucional ha heredado todos los caracteres de la soberanía realista.

En los tiempos actuales, el notable incremento en las funciones del Estado obligó a los poderes públicos a abandonar la antedicha prohibición de explotar —decretada por el pensamiento liberal—, por lo que es dable distinguir en nuestros días el regalismo tradicional del moderno (que muchos autores llaman dominial, olvidando que ambos son sistemas basados en el dominio), que se caracteriza no sólo por conferir la propiedad al Estado, sino también por autorizarlo a explotar —con o sin monopolio— una o varias clases de minerales.

El cuadro de posiciones sobre el tema, se completa con el estudio de los postulados por nosotros llamados nihilistas, rubro bajo el cual encasillamos a quienes consideran inexistente un propietario de la riqueza minera, si bien reconocen en los aspectos prácticos serias afinidades con la tesis regalista.

—Son representantes de esta corriente los sostenedores del sistema de

- 1) *Res Nullius*. Asigna a las minas el carácter de cosas sin dueño e interpreta que recién al ser descubiertas, existen jurídicamente. Por todo ello, el sistema requiere la intervención del Estado a fin de distribuir la riqueza entre los interesados en explotarla (que pueden o no ser dueños del suelo, descubridores del mineral u ocupantes).

El sistema en comentario constituye el más apropiado para establecer un régimen de licitaciones y contratos especiales de concesión a particulares, por la función titular que asigna a la Administración Pública.

- 2) *Ocupación*. Reconoce idéntico punto de partida (las minas son *res nullius*), pero considera lo más conveniente, el conferir a la persona o personas que ocupan una mina, la propiedad de la misma.

Criterio de dominio minero adoptado por el Código Argentino

Acabamos de analizar las diversas concepciones existentes para justificar en el terreno jurídico un adecuado régimen de aprovechamiento minero, por lo que corresponde ahora que nos aboquemos a exponer el criterio legal vigente en la República Argentina como consecuencia de la sanción del Código de la materia.

Nuestra ley ha adherido en lo fundamental, el sistema registral —por nosotros llamado tradicional—, puesto que ha fijado como base de su sistemática los cuatro principios ya enunciados de:

- 1) Dominio originario del Estado.
- 2) Obligación (para el Estado) de otorgar las sustancias a los particulares.
- 3) Prohibición de explotar por parte del Estado.
- 4) Existencia de una propiedad particular de las minas, distinta de la existente en la superficie, pero —al igual que ésta— también considerada inmueble.

Por tratarse de la estructura de la ley de 1867 (sin las modificaciones de las leyes 12.161, 12.709, Decreto-ley 22.447/56 y ley 14.773), vamos a exponer en forma breve, cada uno de los puntos señalados.

1) Dominio originario del Estado. Está consagrado por el artículo 7 del Código, que lo declara en forma expresa. La circunstancia de entregar el dominio a la Nación o a las Provincias en cuya jurisdicción se hayan situadas, no es sino la consecuencia de la aplicación estricta de un principio de organización federal, que fuera introducido en la legislación por el Código Civil (véase art. 2342 del C. C.) y reiterado por la ley 726 (del año 1875) que al disponer la revisión del Proyecto de Código de Minería presentado por don Domingo de Oro, insistió en su art. 2º en que... "El redactor del Código tomará como base la confección de ese trabajo, el principio de que las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentran."

De lo expuesto surge que la Constitución Nacional había guardado absoluto silencio sobre el tema y que la organización minera se realizó sobre la base del régimen federal adoptado y la facultad del Congreso de dictar un ordenamiento minero nacional (art. 67, inc. 11, C. N.).

No debe otorgarse a la expresión "bienes privados" que utilizamos en derecho minero, el alcance asignado comúnmente en el derecho civil, pues de admitirlo en el sentido común, llegaríamos a concluir que el Código de Minería sólo regula los derechos del Estado propietario, lo que es en todo contrario al espíritu de la

regulación, expresamente dirigida a complimir los cuatro puntos en vista.

2) Obligación (para el Estado) de otorgar las sustancias a los particulares. Nace en precepto legal (art. 8º del C. de M.) la obligación por parte del Estado de otorgar a los particulares, el derecho a explorar y explotar sustancias e igualmente de permitir la transmisión de los derechos que por el hecho de la búsqueda y descubrimiento correspondan a las personas.

El principio que comentamos está orientado a permitir la más liberal forma de trabajo en el ramo, coincidiendo, en consecuencia, con la mentalidad antiintervencionista existente al tiempo de la ley.

Tal criterio ha sido paulatinamente abandonado por la legislación nacional en razón de la actuación cada vez mayor del Poder Público en nuestros días, de lo que es fiel exponente la normatividad sobre materiales críticos y nucleares e hidrocarburos.

Volviendo a lo nuestro es justo destacar que la obligación del Estado de entregar las sustancias es punto de partida de los derechos particulares de exclusividad y preferencia sobre las minas, puesto que si lo que la ley concede a los particulares es la facultad de buscar, nada más acorde con el principio de equidad que el conferirlos al primero en ponerlas de manifiesto ante la autoridad.

3) Prohibición de explotar por parte del Estado. Se trata de garantizar con este postulado el principio de igualdad que debe existir entre los particulares que peticionan derechos mineros. No sería prudente —en el concepto de la ley— que después de otorgado todo el territorio del país a la actividad privada, pudiera aparecer el Estado (máxima autoridad en la materia) ejerciendo algún derecho a nombre propio y monopolizando por sí y ante sí todas las sustancias que su interés pretendiera. El Código es en principio, absolutamente contrario al régimen de "reservas" (sustracción de zonas a la exploración y explotación mineras), si bien su creador admite como posible, en casos especiales de utilidad pública, el expropiar los minerales descubiertos, ajustándose al procedimiento fijado por las normas constitucionales.

4) Existencia de una propiedad particular de las minas (etc.). Este principio es uno de los más controvertidos en nuestro derecho minero, porque resulta frecuente entender que nuestro Código otorga "concesiones" a la manera de la ley francesa de 21 de Abril de 1810, vale decir, dar la mina al descubridor en base a un contrato-concesión establecido por ley.

Sin embargo, nada nos parece tan distante de la doctrina legal como esa aserción. En nuestro criterio, respaldado por los artículos 10, 11, 12 y 244 del C. de M., existe un verdadero derecho de propiedad sobre las sustancias mineras que el Estado otorga a quien las pone de manifiesto.

El mencionado derecho —en expectativa mientras se cumplen los requisitos para obtener la titularidad del yacimiento— se torna definitivo al mensurarse la zona explotada. Cumplido ese recaudo, existe una verdadera "Propiedad minera" susceptible de transferirse por cualquiera de los modos del derecho (venta, donación, permuta, etc.) sin que medie la intervención del Estado que inicialmente la puso en comercio.

Por lo dicho, consideramos correcto interpretar las expresiones del Código que aluden a "concesión" como significativas de la actividad pública de otorgar la riqueza y constituir con ella una propiedad particular de naturaleza inmueble, negando toda vinculación inmediata con el contenido jurídico de una concesión.

Es oportuno destacar que la circunstancia de reconocerse en el subsuelo una propiedad distinta de la civil establecida en la superficie, no significa en modo alguno quebrar el principio de derecho civil que extiende la propiedad del suelo a toda su profundidad y al espacio aéreo, porque es práctica legislativa establecer excepciones a ese principio por intermedio de leyes mineras. Corrobora lo dicho, el Código Civil Argentino, que al establecer en su art. 2518 que el derecho real de dominio comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo —como los tesoros y las minas— deja en salvo las modificaciones a esta norma, que pudieran disponerse por las leyes especiales. Por lo expuesto, es obvio el destacar la perfecta armonía que guardan entre sí los ordenamientos civil y minero.

Pero si avanzamos aún más en el estudio de las vinculaciones existentes entre ellos, logramos determinar que la base tomada por la ley para reconocer y otorgar las sustancias es precisamente la propiedad superficial. Así cuando ésta (propiedad superficial) es considerada de menor valor e importancia económicas que las sustancias del subsuelo, se la tiene por accesoria y el propietario del fundo no tiene ningún derecho sobre las minas existentes en los límites propios.

Por el contrario, cuando la importancia del yacimiento mineral es menor, la ley prefiere respetar la propiedad superficial y no cambiar el principio del art. 2518 del C. C. Esto último en términos generales, porque es justo el recordar que la ley minera también juega aquí con alguna excepción.

ENSAYOS



LINEAMIENTOS DE LA ORGANIZACION DE LAS FUERZAS ARMADAS

Por

PABLO A. HORVATH

I. LAS FUERZAS ARMADAS EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO.

1. Naturaleza y funciones de las fuerzas armadas.
2. Las fuerzas armadas en la historia y en el mundo contemporáneo.
3. El ordenamiento jurídico y las fuerzas armadas. El Derecho Militar.

II. LAS FUERZAS ARMADAS EN ARGENTINA.

1. Génesis institucional.
2. Régimen normativo actual.
3. Su papel en la democracia.

III. LOS PODERES MILITARES DEL PRESIDENTE DE LA NACION Y DEL CONGRESO.

IV. LA ORGANIZACION DEL PERSONAL MILITAR.

V. EL DERECHO PENAL MILITAR.

1. Sustantividad.
2. Clasificación.
3. Las infracciones "esencialmente" militares.
4. "Debitos" y "faltas" militares.
5. Cuadro general de las infracciones militares.
6. Las sanciones militares.

VI. LA JURISDICCION MILITAR.

1. Naturaleza jurídica.
2. Ambito.
3. Organismos que la ejercen.
4. La jurisdicción de honor.

I. LAS FUERZAS ARMADAS EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

1. Naturaleza y funciones de las fuerzas armadas.

El Derecho, en su carácter de orden social que trata de provocar determinada conducta humana mediante el establecimiento de ciertas medidas llamadas sanciones, constituye un orden coactivo. El instrumento específico de este orden coercitivo es el castigo.

crítico de la sanción, implica, por su naturaleza, el empleo de la fuerza, de la cual el Derecho es, precisamente, la organización; el Derecho señala las condiciones para el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres, autorizando el empleo de ésta únicamente por ciertos individuos (como órganos de la comunidad) y en determinadas circunstancias.¹ En el marco de estas líneas generales de la teoría kelseniana Derecho y Estado se identifican, como orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza.² El elemento coerción o fuerza ocupa, por lo tanto, un lugar esencial en la estructura estatal,³ pero los órganos o instrumentos que lo posibilitan se encuentran, como es lógico, subordinados a la pirámide normativa.

Sentamos la premisa que antecede —quizás superflua por conocida— como base ineludible de todo nuestro ulterior desarrollo. Ella implica la necesaria existencia de fuerzas armadas en toda comunidad políticamente organizada.⁴ Esta afirmación es válida, aunque con diferentes características, tanto para el Estado de Derecho⁵ como para el Estado totalitario.⁶ Desde el punto de vista que hemos expuesto, proyectado hacia la vida interna de cada Nación, las fuerzas armadas cumplen una función asegurativa del orden jurídico y de su realización. Pero desde otro punto de vista —empírico— las fuerzas armadas tienen asimismo otra función: la preservación de la personalidad internacional de cada Estado; más concretamente, la defensa de su territorio⁷ y de

¹ V. Kelsen, *Law; Theory General del Derecho y el Estado*, (Traducción de ESPARDO GARCÍA MATOS), México, D. F., 1958, 2ª edición, págs. 21-22.

² V. Kelsen, *op. cit.*, pág. 222.

³ Según un destacado estadista norteamericano: "La característica esencial de todo gobierno es la autoridad, la que demuestran al final de cuenta en la fuerza. De ahí que se le ha afirmado, y con razón, que el gobierno es, en el fondo, la fuerza organizada". (WILSON, WOODROW: *El Estado (Elementos de historia, política y filosofía)*, (Traducción de ANSELMO FERRAZ), Buenos Aires, 1943, pág. 25.

⁴ BARTENACK, *THE QUAL. BEHAVIOR: Sociología NEMER (Una contribución a su estudio)*, Buenos Aires, 1959, pág. 22.

⁵ En sentido político-valorativo (es decir, como orden jurídico que otorga ciertas instituciones como los derechos individuales, las garantías para la regularidad de las funciones de sus órganos y los métodos democráticos de producción del derecho) y no lógico-formal (como ya lo señalamos, todo Estado, por el solo hecho de serlo, tiene un orden jurídico con el cual se identifica).

⁶ La política anti-militarista de los marxistas no es más que una falacia: sólo persigue el debilitamiento del Estado democrático para destruirlo y reemplazarlo por el Estado totalitario, el que organiza de inmediato una nueva fuerza armada (la necesaria para el mantenimiento de un Estado-policía), mucho más poderosa que la anterior.

⁷ Hablamos de territorio como elemento del Estado, es decir como "el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado" (Kelsen: *op. cit.*, pág. 247).

su soberanía.⁹ En síntesis, representan el poder del Estado puesto al servicio del mantenimiento del orden jurídico y de la integridad de la soberanía.⁹

Alrededor de estos dos supuestos básicos: orden interior y defensas nacional, ha girado siempre —en el devenir histórico— la acción de las fuerzas armadas.¹⁰ Pero dicha acción, frente a aquellos supuestos, ha asumido en el pasado y finalmente en el presente, muy variadas formas, lo que exige un breve examen de ellas.

2. Las fuerzas armadas en la historia y en el mundo contemporáneo.

Bien se ha dicho que "desde la más remota antigüedad los pueblos o sociedades han tenido sus fuerzas armadas, como fruto de la necesidad de proveer a su seguridad interior y exterior."¹¹ Con ellas se organizaron (o se extendieron) los Estados de la antigüedad, así como las naciones modernas. Y en cualquier momento o lugar su temporario debilitamiento o desaparición produjeron anarquía interna o invasión extranjera.¹²

La historia revela —lamentablemente— que la guerra ha sido una de las ocupaciones habituales de la humanidad. Como hecho sociológico, consecuencia de múltiples causas, no corresponde hacer el estudio de ella aquí; pero sí el de su efecto: la existencia de fuerzas "militares"¹³, instrumentos del ataque o la defensa, impuestas por el instinto de conservación de toda agrupación hu-

⁹ En este un término algo equívoco, que así se usase con diversas significaciones. Siguiendo a Kelsen (op. cit., pág. 458) la soberanía —considerada como cualidad esencial del Estado— significa que el Estado es una autoridad suprema, es decir, que su orden jurídico es el supremo, porque no existe sobre él ningún otro orden jurídico. Ello implica diversos problemas en las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional, que no corresponde aquí tratar (V. Kelsen: op. cit., cap. V, su parte).

¹⁰ Hay textos constitucionales que confirman, más claramente aún que nuestro art. 21, estas funciones a las fuerzas armadas. Así por ej. el art. 177 de la Constitución brasileña (1946) prescribe: "Destínense las Fuerzas Armadas a defender la Patria, y a garantizar los poderes constitucionales, la ley y el orden".

¹¹ Cabe agregar que las fuerzas armadas suelen cumplir, en la actualidad, también otras funciones —numerosas, pero de notable importancia—: funciones de promoción económica (industrias pesadas y químicas, etc.) y de asistencia social (hospitales, escuelas en zonas de calamidades etc.).

¹² BUSTOS, César E.; *Poderes Militares en la Constitución Argentina*, Córdoba, 1945, pág. 24.

¹³ "Invasión extranjera" y "defensa nacional" son reversos de un mismo hecho. Lo que para un Estado es "invasión" del territorio de otro, para éste es "defensa" de su integridad. El fenómeno puede ser simultáneo para ambos o puede invertirse los papeles (si "invasor" se convierte en "defendido" y viceversa).

¹⁴ "Militar" (del latín *militaris*) significa "perteneciente a la milicia o a la guerra". A su vez por "milicia" (del latín *militia*) se entiende el "arte de hacer la guerra ofensiva y defensiva, y de disciplinar a los soldados para intervenir en ella" y también al "ejército o gente de guerra". El concepto di-

mana. La existencia de fuerzas militares no ha estado exenta, por supuesto, de peligros: los ejércitos (más exactamente sus jefes) han podido abusar de su privilegiada posición (monopolio de las armas) en su propio beneficio; ya Aristóteles decía "siempre mandan los que tienen las armas". A pesar de ello el poder militar ha sido, la mayoría de las veces, un medio de afirmación de otras formas de poder. Desde los antiguos monarcas orientales, todos los gobiernos apoyaron sus regímenes, en última instancia, en las fuerzas de sus ejércitos; y subsistieron mientras duró tal apoyo.¹⁴ Lo primero es formalmente lógico, de acuerdo a lo que hemos expresado acerca de la función de las fuerzas armadas

... como sostiene el orden jurídico vigente en una comunidad, tras que lo último explica el importante papel que los militares han desempeñado en casi todos los acontecimientos políticos de la historia.¹⁵ La influencia militar en la política de un país, además de las formas básicas de sostenimiento del régimen político y de derrocamiento del mismo mediante la realización de un movimiento revolucionario de inspiración al mismo tiempo civil y militar, puede también adquirir otras tres formas típicas: el "pretorianismo" o el "cesarismo" y el "militarismo".¹⁶ El primero se produce cuando los militares se adueñan del gobierno por la fuerza y se perpetúan en él¹⁷; el segundo es el caso de un gobierno civil que se apoya en las fuerzas armadas para subvertir el orden constitucional y establecer una dictadura¹⁸; finalmente, el tercer tipo de militarismo, se produce cuando la opinión de los militares influye en la orientación del gobierno de un país.¹⁹ Pero no

el concepto de "ejército" (del latín *exercitus*) es el de "gran cantidad de guerra convenientemente pertrechada y agrupada en un cuerpo a las órdenes de un general". (V. "Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana" Buenos Aires, 1958, 7a. edición, T. III). El concepto moderno de "ejército" más particularizado: se refiere al conjunto de las fuerzas armadas terrestres de un Estado; sin embargo, el mismo puede utilizarse también en forma genérica aludiendo a las fuerzas de tierra, mar y aire. Por otro lado, hemos de haber en cuenta el hecho de que, oportunamente, que en la actualidad existen —en la mayoría de los países— también otras "fuerzas armadas" (la policía de seguridad) que suelen tener denominaciones.

¹⁴ Resulta esto hecho como objetivamente cierto y sin afinar. Como demostramos, creemos en la validez ideológica y en la fuerza real de ser de todo régimen político.

¹⁵ Entre los más recientes, se debe observar los antecedentes inmediatos del establecimiento de la 5ª República Francesa.

¹⁶ Según la acertada sistematización de HAYFRON, a la cual nos referimos (op. cit., págs. 148-9).

¹⁷ Podemos bien recordar en el pasado en varios países latinoamericanos ejemplos clásicos con los Presidentes LUIS NAPOLEÓN BONAPARTE (Francia, 1804) y GABRIEL TRUJILLO (Uruguay, 1903).

¹⁸ Esta tendencia se manifiesta —en mayor o menor grado— en casi todos los Estados de la actualidad; y se vincula, además, con la concepción de las fuerzas armadas como "grupo de presión" (v. nota 24).

del militarismo hay que tener en cuenta que el mismo "no significa solamente la acción preponderante de los militares, sino también una orientación de una parte de la opinión pública en el mismo sentido. Un Estado llega a ser militarista no sólo por la acción preponderante de los hombres de armas, sino también porque una masa de la población aprueba esa orientación".²⁰

La evolución de la estructura interna de las fuerzas armadas ha influido también en su actuación. Las sociedades primitivas fueron de tipo militar; sobre todo en los llamados "pueblos guerreros" (Esparta, Macedonia, Roma, etc.), no existía una verdadera diferenciación entre el pueblo y las fuerzas armadas.²¹ Posteriormente, (desde el Imperio Romano, y principios de la Edad Media) las fuerzas armadas y el pueblo se convirtieron en entidades distintas, al surgir un nuevo tipo de ejército, el mercenario. Los grupos políticos del medioevo fueron dominados, precisamente, por personas dueñas de estas pequeñas fuerzas armadas (las tropas privadas de cada señor feudal). El ejército mercenario —aunque ya nacional— caracterizó incluso a toda la Edad Moderna, hasta que Napoleón inaugura el sistema actual del "servicio militar obligatorio", implantado definitivamente, desde principios del presente siglo, en la mayoría de los países del mundo.²²

Esta evolución concurre con otra: el progreso incesante de la técnica militar. Y todo ello confiere, contemporáneamente, una nueva facies a los mencionados supuestos "orden interior" y "defensa nacional". La defensa nacional hoy en día se ha "internacionalizado": pactos y alianzas regionales, continentales y mundiales (NATO, SEATO, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, etc.) han debido sustituir a la defensa exterior de cada Estado en particular —en sí misma insuficiente— por la defensa general del mundo libre. El poderío militar de éste, como eficaz factor disuasivo, constituye uno de los medios necesarios para asegurar la paz (nos referimos a la paz en contraposición a la guerra militar) y la vigencia de los valores considerados como conquistas definitivas de nuestra civilización occidental.²³

²⁰ Barrowman; op. cit., págs. 142-3.

²¹ En Roma republicana, ciudadano y soldado, obispo y jefe militar, eran una misma cosa.

²² Como es sabido, este sistema se caracteriza en que el personal que integra la institución armada en parte es permanente y en parte transitorio. El primero —oficialidad profesional— lleva los cargos directivos y mantiene vivo el espíritu y tradición de la institución; el segundo —tropa ciudadana que cumple un determinado período de instrucción— define a la institución como la misma "nación en armas".

²³ "... sólo cuando tengamos armas en suficiente más allá de toda duda, podremos estar seguros de que jamás serán empleadas". (Del discurso inaugural de Juan F. Kennedy como Presidente de los Estados Unidos de América, pronunciado en Washington el 20 de enero de 1961. Diario "El País", Montevideo, 21 de enero de 1961, pág. 3).

Pero además del señalado fenómeno de "internacionalización", la defensa nacional ha sufrido otro: se ha vinculado estrechamente con el "orden interior", a tal punto que en la actualidad, frente a la subvención interna utilizada como método normal por el enemigo exterior, la protección del "orden interior" representa una de las formas de la "defensa nacional". Las fuerzas armadas del mundo libre contemporáneo se hallan investidas de un papel de especial transcendencia en esta tarea, por lo que constituyen una de las instituciones públicas más importantes y por cierto ineludibles.²⁴

3. El ordenamiento jurídico y las fuerzas armadas. El Derecho Militar.

Técnicamente, las fuerzas armadas constituyen una estructura particular y compleja, con características especiales que la distinguen de las demás estructuras sociales, y compuesta a su vez por diversas sub-estructuras (otras tantas armas y especialidades) que, organizadas en conjunto, forman un órgano del Estado. Así lo ha señalado —entre otros— Bielsa: "En el actual sistema de organización política el ejército no es ya una concreción pu-

²⁴ De ahí que disientan con la opinión de los que entienden que la protección del Estado contra los peligros interiores corresponde a otras instituciones modernas —no militares— como son las "policías de seguridad". Sin negar que tal sea la función de éstas, (de por sí muchas veces insuficientes) creemos que, de acuerdo con lo que sostenemos acerca de dicha protección como parte esencial de la "defensa nacional", la misma es también función primordial de las fuerzas armadas militares. (Para mayor precisión terminológica, reservamos la denominación fuerzas armadas sólo para estas últimas, tal como lo hace el mismo C.J.M. (art. 876 la. parte) y la ley 14.777 (art. 1). Por otra parte, la evidente gravitación que las circunstancias mencionadas han hecho adquirir a las fuerzas armadas en todos los grandes Estados democráticos (como también, por supuesto, en los totalitarios), ha determinado que no las considere a menudo como un factor de poder o un grupo de presión. Los reducidos límites del presente trabajo nos impiden efectuar un adecuado análisis de esta cuestión. La noción de grupo de presión es —como lo ha señalado un destacado especialista francés, Juan MARTINEZ (*Les groupes de pression en France*, París, 1958)— una de las más complejas de la moderna sociología y ciencia política; él lo define como "un conjunto de individuos que, sobre la base de una comunidad de actitudes, formulan reivindicaciones, exteriorizan posturas o toman posiciones que afectan, de manera directa o indirecta, a otros sectores de la vida social (op. cit., pág. 85). Entre nosotros, HORACIO V. LINAZARO Quiroga dice que el grupo de presión "es un agrupamiento de individuos que persiguen fines particulares comunes, que influye sobre las decisiones de los órganos estatales, la opinión pública, y los partidos políticos y hasta sus propios integrantes, con el propósito de conseguir el logro de dichos fines y sin asumir la responsabilidad de la decisión política". (*Adaptación de los grupos de presión, en Revista Argentina de Ciencia Política*, año 1, N° 1, Buenos Aires, 1949). Caracterizar las fuerzas armadas del mundo contemporáneo a la luz de estos conceptos —y teniendo en cuenta las diferentes modalidades que en cada Estado presentan— exige del tema un estudio exhaustivo que en nuestro país aún no se ha realizado; sin perjuicio de lo cual podemos observar que, en principio, ellas se ajustan considerablemente a los rasgos propuestos.

ramente profesional, sino un órgano del Estado constituido para asegurar la existencia del Estado mismo y la realización de sus fines".²⁵

Como órgano del Estado,²⁶ y en su carácter de instrumentación de la fuerza pública estatal, la organización, el funcionamiento y la realización de los fines de las fuerzas armadas son reguladas por el ordenamiento jurídico. Dentro de éste encontramos, al respecto, grupos de normas de diversa índole: de derecho administrativo, de derecho penal, de derecho procesal. Estas normas administrativas, penales y procesales referentes a las instituciones militares, aunque tienen su origen y reconocen una innegable vinculación con dichas ramas generales del derecho, presentan sin embargo caracteres peculiares, derivados de la especialidad de su objeto (las fuerzas armadas). De tal modo, podemos hablar de un derecho administrativo militar, de un derecho penal militar y de un derecho procesal penal militar, y agrupar a ellos en conjunto bajo el nombre de Derecho Militar. Esta última sistematización, de contenido exclusivamente objetivo²⁷ se justifica científica y didácticamente, por la apreciable autonomía que poseen sus ramas constitutivas, frente a las ya mencionadas disciplinas generales.

- a) El derecho penal militar, en su carácter de ordenamiento repressivo de los actos que lesionan bienes jurídicos de entidad militar es considerado, tanto por la especialidad de su materia como por la diversidad de naturaleza de las infracciones militares y comunes, una rama autónoma del derecho penal;²⁸
- b) El derecho procesal penal militar, en cuanto orden normativo regulador de un proceso penal de modalidades especiales y muy diferentes del común, revela también una evidente autonomía;²⁹
- c) El derecho administrativo militar, compuesto por las leyes orgánicas de las instituciones militares y, sobre todo, por los

²⁵ BURELA, RAFAEL: *Caracteres jurídicos y políticos del ejército. Su misión esencial*, Universidad Nacional del Litoral, Instituto Social, Santa Fe, 1937, pág. 5.

²⁶ Según EXLERE (op. cit., pág. 229), en sentido amplio tiene el carácter de órganos del Estado, la persona que cumple una función determinada por el orden jurídico.

²⁷ Prescindiendo por completo de la consideración del sujeto militar, para encontrarse netamente —lo reiteramos— en la del objeto fuerzas armadas.

²⁸ Ver cap. V.

²⁹ Por supuesto, autonomía no significa independencia ni representa tampoco un concepto absoluto. Las indudables diferencias del proceso penal militar con el común impiden identificarlo con éste (hay que tener presente, por otra parte, la índole administrativa de la jurisdicción militar). También, por sí, el derecho procesal del trabajo difiere del derecho procesal civil, pero tanto éste como aquéllos son parte, en definitiva, del Derecho Procesal.

numerosos reglamentos internos, es, en principio, parte integrante del derecho administrativo. El ámbito de éste en materia militar resulta, por otra parte, más amplio. Según Bielsa, el régimen militar concierne directamente al derecho administrativo, "en cuanto supone un sistema jurídico relativo a la «obligatoriedad» del servicio (carga pública para los ciudadanos), y un orden legal en la constitución del ejército (formación de los cuadros, etc.)", al igual que en lo referente a las requisiciones militares de cosas de propiedad privada.²⁰ Pero las normas orgánicas y reglamentarias que hemos mencionado pueden ser agrupadas —por la especialidad de su objeto— bajo la denominación de derecho administrativo militar, invirtiéndose éste de cierta sustantividad.

El Derecho Militar, estructurado sobre las bases que hemos expuesto, es idóneo para una elaboración científica de carácter general que autorice a considerarlo como una disciplina jurídica relativamente autónoma y de conveniente inclusión en los planes de estudio de las Facultades de Derecho.²¹

II. LAS FUERZAS ARMADAS EN ARGENTINA

1. Génesis institucional.

El Ejército y la Armada argentinos, de tanta gravitación en las luchas por la independencia americana carecieron, sin embargo, desde 1810 hasta 1801 de un régimen legal apropiado de reclutamiento y organización.²²

Las primeras fuerzas militares se constituyeron en forma circunstancial, es decir, para determinadas campañas (Ejército expedicionario del Norte (1810), Expedición al Paraguay (1816), Ejército de los Andes (1818), guerra con el Brasil (1825), etc.). Luego, la ausencia hasta 1852 de un gobierno nacional determinó la sola existencia de milicias provinciales. El régimen de reclutamiento se caracterizó, mientras tanto, por el sistema de "volunta-

²⁰ BIELSA, RAFAEL: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1954, 2a. edición, T. III, págs. 311.

²¹ Cabe señalar que el curso de Derecho Militar (con esta misma denominación —Military Law—) se dicta en la Escuela de Derecho de una de las más importantes universidades de los Estados Unidos, la *Columbia University of New York*. La materia comprende, principalmente, el estudio de la organización y composición de las fuerzas armadas de los Estados Unidos, las relaciones entre las jurisdicciones civil y militar, el procedimiento en las cortes marciales y los delitos previstos en el Código Uniforme de Justicia Militar (*Columbia University Bulletin*, serie 88, número 11, p. 18).

²² V. la evolución histórica-legal en CARRASCO, CARLOS: *El derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, 1952, págs. 45-59; también VILLAS, CARLOS: *Orígenes del Ejército Argentino*, Revista Militar, Buenos Aires, 1951; DONAZARCO, BONACIO: *Justicia Militar Argentina*, Buenos Aires, 1913.

ricos" y "enganchados", si bien tanto un decreto del 11 de febrero de 1814, como el "Estatuto Provisional para la administración y dirección del Estado" de 1815, y el "Reglamento Provisorio" de 1817, trataron de bosquejar un sistema de "servicio militar obligatorio" que en la práctica nunca se llevó a cabo.

La Constitución Nacional estableció en su art. 21 un principio fundamental: "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional", disposición ésta que, a pesar de todo, no llegó a cumplirse hasta 1901, pues al reglamentar el texto constitucional, las leyes orgánicas 572 del año 1872 y 3318 de 1885, continuaron con el régimen de "voluntarios" y "enganchados". (La última, sin embargo, implantó el "servicio obligatorio" en la Guardia Nacional, institución que junto con el Ejército Permanente componía el Ejército de la República).

En otro orden de cosas, la mencionada ley 572, así como luego la 3318, organizaron el cuadro de la oficialidad profesional, sobre la base de la reciente creación del Colegio Militar (1870) y la Escuela Naval Militar (1872).

El materia represiva se aplicaron en nuestro país las Ordenanzas Militares españolas hasta 1895, año en el cual, luego de reiteradas tentativas de codificación, comenzaron a regir los llamados "Códigos para el Ejército y la Armada" sancionados por la ley 3.190. Poco después un nuevo Código de Justicia Militar, preparado por el Dr. José M. Bustillo, reemplazó a aquéllos en virtud de las leyes 3.679 y 3.737 del año 1898, manteniendo su vigencia (aunque modificados por la ley 4.708) hasta la sanción del actual, acaecida en 1951.

La organización moderna de las fuerzas armadas de nuestro país se inicia en 1901, con la sanción de la ley orgánica 4.081, obra del Presidente Julio A. Roca y de su Ministro de Guerra Cnel. Pablo Riccheri. Ella legisla minuciosamente sobre todos los aspectos vinculados con la institución y la carrera militar (organiza al Ejército en Ejército de Línea, Guardia Nacional y Guardia Territorial), así como sobre el reclutamiento, estableciendo el "servicio militar obligatorio" básicamente en su forma actual. Leyes posteriores la reestructuraron, completaron y modificaron parcialmente: 4.707, 5.043, 9.675, 9.685, etc., hasta que finalmente la ley 12.913 instituyó en 1948 el régimen del servicio militar vigente en nuestros días. La Armada, tuvo por ley orgánica independiente la 4.858, y luego la 12.900; la Aeronáutica, por su parte, primitivamente integrante del Ejército, alcanzó su autonomía por la ley 12.911. Las tres armas obtuvieron en 1950 un régimen legal uniforme por la ley 13.936, reemplazada a su vez en diciembre de 1958 por la presente 14.777.

Por último, es menester destacar que la ley 9.697 fijó en 1913 el régimen de requisiciones militares, el que fué luego ampliado (prácticamente subsumido) por el de la ley 13.294 de 1948.

2. Régimen normativo actual.

El esquema de las normas positivas referentes a las fuerzas armadas es el siguiente:

- a) Constitución Nacional: art. 21; art. 44; art. 67, incisos 23, 24 y 25; art. 86, incisos 15, 16 y 17; art. 108, cláusula 9°.
- b) Ley de Ministerios 14.439: arts. 13, 25, 26 y 27.
- c) Ley orgánica del Personal Militar 14.777.
- d) Código de Justicia Militar (sancionado por la ley 14.029).

Se divide en tres Tratados:

I Organización y competencia de los tribunales militares (arts. 1 a 139)

II Procedimiento en los juicios militares (arts. 140 a 507)

III Penalidad (arts. 508 a 888).

- e) Ley 12.913 (arts. 29 a 57): organización del servicio militar.
- f) Ley de enrolamiento militar 11.385.
- g) Ley 13.294, de Organización de la Nación para tiempo de guerra (incluye el régimen de requisiciones militares** y el de "movilizaciones" en los casos de emergencia).
- h) Ley 12.913 (en la parte que ratifica al decreto-ley 13.641/64): reglamentación del pago de retiros y creación del Instituto de Ayuda financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares.
- i) Ley 3305 y su reglamentación el decreto 27.298, sobre creación y funcionamiento de la Dirección General de Administración.
- j) Los reglamentos (decretos del P. E.): de los Tribunales de Honor, de Justicia Militar (LMIA), de Servicio Interno, de Servicio en Guarnición, de Abastecimiento, de Conducción, etc.
- k) Las numerosas normas referentes a organismos descentralizados existentes en el ámbito castrense: Gendarmería Nacional, Prefectura Nacional Marítima, Instituto Geográfico Militar, Dirección de Fabricaciones Militares, Aerolíneas Argentinas, Servicio Meteorológico Nacional, etc.
- l) Las órdenes generales impartidas por el Comandante en Jefe de cada arma para los efectivos de la misma; y las órdenes generales dictadas por los demás comandantes y los Jefes de Unidad para las tropas a su mando.

** *Bruma*: trat. cit., pág. 121.

- m) Los bandos que, dictados en tiempo de guerra por los comandantes en las zonas de operaciones, obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentran en las zonas fijadas por los mismos (art. 134 C.J.M.). (Los bandos, lógicamente, no existen en la actualidad —tiempo de paz—; si los mencionamos es sólo a título informativo, por su carácter de normas potenciales).

Efectuar un estudio completo de la organización militar a través de los preceptos citados, excedería en mucho los límites del presente bosquejo. Por lo tanto, procuraremos brindar en los capítulos siguientes un breve panorama sólo de los aspectos que revistan mayor interés y significación: los poderes militares que surgen de la Constitución, la organización del personal militar, la penalidad militar y la jurisdicción militar.

3. Su papel en la democracia.

Dentro de los perfiles que hemos trazado de la función de las fuerzas armadas en el mundo contemporáneo, debemos destacar muy especialmente el papel de las nuestras en la consolidación y la defensa de la democracia argentina.

Hace ya tiempo que se ha hecho lugar común —y por cierto que no sólo en nuestro país— el sostener que las fuerzas armadas no deben intervenir en política.⁴⁵ Pero esta tesis debe ser cuidadosamente analizada. En principio ella es de una lógica indiscutible: si —como hemos visto— las funciones de las fuerzas armadas son el aseguramiento del "orden interior" y la "defensa nacional", nada tienen que ver con la política; máxime en un sistema democrático, donde las normas constitucionales regulan el proceso de renovación de los poderes. Pero la cuestión es más compleja: sin que ello implique "intervenir en política", la función de las fuerzas armadas de mantenimiento del "orden interior" del Estado (o sea como sostén del orden jurídico vigente), las constituye automáticamente en guardianes de las instituciones y en defensoras de las mismas frente a cualquier tentativa de subvertirlas.⁴⁶

En nuestro país, la tesis de la más absoluta "no intervención" se mantuvo inalterable en los hechos, desde 1852 hasta 1930. En 1930 primero, y luego en 1943, las Fuerzas Armadas, engañadas,

⁴⁵ Un autor militar ha dicho: "...mejor es mantener la norma de que las fuerzas armadas no deben intervenir en los movimientos de fuerza relacionados con la política del país, dejando que la solución de los casos extremos se imponga por la fuerza misma de las circunstancias y de la situación excepcional" (BATTAGLIONI: *op. cit.*, pág. 129).

⁴⁶ Este principio lo reconocen como válido para todo Estado democrático. No nos ocupamos del Estado totalitario, aunque reconocemos que el principio, por ser esencialmente técnico y no político, también rige en él. Todo lo cual sirve para demostrar la extrema peligrosidad de la idea de que el Estado democrático se basta a sí mismo por sí mismo y no se necesita que se proteja —llagado al caso— por la fuerza; con semejante ingenuidad, el Estado democrático sólo puede

"intervinieron" en la vida política; las consecuencias fueron —como sabemos— muy lamentables.²² Pero en 1955, al abatir la tiranía, las Fuerzas Armadas, subsanando aquellos errores, asumieron la responsabilidad de desarrollar una nueva etapa en el proceso institucional argentino, destinada a reencanzar a la Nación hacia la convivencia democrática y consolidar definitivamente el imperio de ésta. Esta responsabilidad, que no se ha abandonado ni puede abandonarse, se traduce en el ejercicio por las Fuerzas Armadas, de una función de vigilancia sobre dicho proceso político-institucional. Tal función de vigilancia tiene un significado bien preciso: las Fuerzas Armadas han tomado sobre sí la responsabilidad de prevenir todo peligro totalitario, de defender la democracia. Cumpliendo esta función han desempeñado y deben desempeñar un papel decisivo en la lucha contra todo tipo de subversión, así como incluso en la vigilancia del plano gubernativo, a fin de evitar cualquier eventual desviación o infiltración. La función de vigilancia o de custodia se manifiesta principalmente a través de dos facultades: la de sugerir y la de presionar.

- a) La facultad de sugerir: aunque es amplia en extensión, es limitada en intensidad. Como protagonistas inevitables de la lucha contra la subversión totalitaria, las Fuerzas Armadas pueden sugerir remedios, medidas de gobierno, leyes, etc., que faciliten su tarea y mejoren las perspectivas del régimen democrático. El Poder Ejecutivo reconoció recientemente esta facultad como prácticamente ilimitada

alcanzar su autodestrucción. Esto es simple, porque en dicho Estado, contrariamente de lo que prevalece hoy que en el siglo pasado elaboraron su armazón teórico, no todos los ciudadanos son democráticos; los hay también totalitarios, que pretenden apropiarse en los beneficios de la libertad para asignar a ese Estado democrático, por todos los medios posibles. La autodestrucción de éste, también por todos los medios posibles (y cuando resulta necesario por la fuerza armada) es no sólo un derecho sino también un deber imperativo. Tal autodestrucción, por todos los medios necesarios y posibles, aunque técnicamente similar a la que implica el Estado totalitario no significa en lo más mínimo sustituir al Estado democrático y al Estado totalitario. Lo que constituye a aquél es su propia naturaleza y estructura, y no la forma en que se defiende contra sus enemigos internos (que, en realidad, hoy en día se identifican con el exterior). Al fin y al cabo, no hay dudas de que el juego de caballos... sólo cabe entre caballeros.

²² Un insignie militar argentino dijo al respecto: "...En el '33 las fuerzas armadas fueron inducidas a cometer acciones políticas... Y se nos castigó. En el '43 las fuerzas armadas intentamos corregir el trabajo error del '33, y fuimos inducidas también a cometer acciones políticas... Y se nos castigó. La víctima única y permanente fue el pueblo; y las fuerzas armadas, ingenuamente, las victimarias. En el '55 hablamos aprendido la dura lección, y cada a cada entonces con la ciudadanía democrática salimos a luchar por los valores permanentes de la nacionalidad sin otra fórmula en nuestras almas que la de dar oportunidad al pueblo para vivir dentro del derecho, la ley, la libertad y la democracia". (De la alocución de despedida a las Fuerzas Armadas, dirigida por el entonces Presidente Provisional de la Nación, Genl. Pío E. Anzorru, el 29 de abril de 1955 en la Pta. San Martín de la ciudad de Buenos Aires; diario "La Nación", Buenos Aires, 29 de abril de 1955, pág. 1).

(en cuanto a su objeto) y la definió como un derecho y un deber de las Fuerzas Armadas.⁸⁷

- b) La facultad de presionar: siendo, naturalmente, de extensión muy restringida, sólo se supone viable cuando el peligro totalitario es más o menos grave o inminente. En ese caso las Fuerzas Armadas, provenga dicho peligro ya sea de la oposición o del gobierno (infiltración extremista, inercia, etc.) pasan de nuevo al primer plano institucional: como base efectiva, "poder de reserva", del sistema democrático, ellas pueden legítimamente presionar al Gobierno y, en último término, resistir. Esta facultad de presionar es, en realidad, una versión actualizada de la antigua teoría de la resistencia a la opresión, pero de carácter preventivo y no curativo, dado que la opresión se presenta como amenaza y no como realidad.

Estas facultades, como elementos de la función de vigilancia, contribuyen a precisar el lugar exacto y permanente de nuestras Fuerzas Armadas en la estructura del poder, en carácter de garantes del orden democrático que establece la Constitución. La función de vigilancia de ningún modo representa una indebida intervención de los militares en la política; es una función que, hallándose por encima del quehacer político, hace a la defensa de los principios mismos de la nacionalidad. Y señalamos que al ejercerla, las Fuerzas Armadas no hacen más que cumplir, estrictamente, con el mandato del art. 21 de la Constitución Nacional, que les confiere la misión de defender a la Patria y a la Constitución.

Queremos, finalmente, puntualizar una distinción importante. Una cosa es sostener —como lo hacemos— que las Fuerzas Armadas están al servicio de la democracia, como garantía y apoyo de ésta. Pero ello por cierto, no significa, —a pesar de que muchas veces se ha caído en esa confusión— que las Fuerzas Armadas sean democráticas. Semejante afirmación es un peligroso contra-sentido. La institución militar, en su organización interna es, y debe ser, eminentemente autocrática; en ella impera la jerarquía y no la igualdad.⁸⁸ Consideramos, en cambio, muy plausible que los militares, en cuanto ciudadanos, sean democráticos, por su

⁸⁷ Así consta en la sesión tapigráfica de la reunión celebrada el 14 de octubre de 1963 en la Casa Rosada, por el Presidente de la Nación Dr. Arturo Frondizi con los más altos jefes militares. (Diario "La Nación", Buenos Aires, 15 de octubre de 1963, pág. 1).

⁸⁸ El Genl. RARRAMAZÍN cita un artículo aparecido en 1925 en una revista militar norteamericana, el que expresa este problema con los siguientes términos: "Porque nadie debe creer que nunca puede haber tal cosa como un ejército democrático. Las dos palabras son diametralmente opuestas. O está bien o está mal en el cual el mando debe ser ejercido —mando arbitrario, si fuera necesario— o está bien una organización que puede ser democrática en grados variables, pero que es cualquier cosa menos un ejército" (op. cit., pág. 130).

formación y convicciones personales; eso consolida su posición de militares al servicio de la democracia. Pero no convierte, bajo ningún concepto, a la institución armada en democrática; tal cosa sólo implicaría el caos y la anarquía.

Al concluir esta parte del trabajo, consideramos de interés recordar las claras palabras con que Balsa se refirió al Ejército argentino: "Sin ser precisamente militarista, profeso por el ejército, por nuestro ejército, un hondo y sincero sentimiento de respeto. Lo atribuyo, entre otros motivos, a mi educación jurídica y al concepto que tengo de la jerarquía como condición necesaria en todo orden institucional"... "Considero, además, que la organización del ejército y su régimen jurídico justificaría hasta la institución de la enseñanza del derecho militar en la Universidad, es decir, en las Facultades de Derecho".⁴²

III. LOS PODERES MILITARES DEL PRESIDENTE DE LA NACION Y DEL CONGRESO

En vista de la particular importancia de las fuerzas armadas, la Const. Nac. ha establecido preceptos especiales referentes a su funcionamiento, atribuyendo poderes militares al Presidente y al Congreso Nacional.⁴³

A) Atribuciones del Presidente:

- a) Art. 85, inc. 15: "Es comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nación."
- b) Art. 85, inc. 16: "Provee los empleos militares de la Nación; con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores del Ejército y la Armada, y por sí solo en el campo de batalla."
- c) Art. 85, inc. 17: "Dispone de las fuerzas militares marítimas y terrestres, y corre con su organización y distribución, según las necesidades de la Nación."
- d) Art. 21: dictar decretos relativos a la organización del servicio militar.

B) Atribuciones del Congreso:

- a) Art. 67, inc. 23: "Fijar las fuerzas de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y de guerra, y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos."

⁴² Balsa: monograf. cit., págs. 53.

⁴³ Se entiende por poderes militares "el conjunto de atribuciones —deberes y derechos— con respecto a las fuerzas armadas, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y cuyo ejercicio la Constitución ha confiado de modo exclusivo al Congreso y al Presidente de la República." (Rosario: op. cit., pág. 31).

- b) Art. 67, inc. 24: autorizar la reunión de las milicias provinciales y disponer su organización, armamento y disciplina, así como la administración y gobierno de las que estuvieran empleadas al servicio de la Nación.
- c) Art. 67, inc. 25: "Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él."
- d) Art. 44: "A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas."
- d) Art. 21: dictar leyes relativas a la organización del servicio militar.

Cabe señalar que estos poderes militares no deben confundirse con los poderes de guerra, es decir, con las facultades conferidas por la Constitución al Congreso (art. 67, incs. 21 y 22) y al Presidente (art. 86, inc. 16) para declarar la guerra y concertar la paz.

Los poderes militares han sido delegados por completo a la Nación. Según el art. 108 (8ª cláusula) de la Const. Nac., las provincias no pueden "armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al Gobierno Federal".

Es conocida la clasificación que de los poderes militares hace Rizzo Domínguez, en poderes de mando y poderes de organización.⁴⁵ Nuestras disposiciones constitucionales, prácticamente idénticas en esto a las de los Estados Unidos, pueden entonces sistematizarse del siguiente modo:

A) Poderes de mando:

- a) Comandar las fuerzas militares (art. 86, inc. 16).
- b) Disponer de las mismas (art. 86, inc. 17).
- c) Distribuir las (art. 86, inc. 17).

Todo estos poderes corresponden exclusivamente al Presidente de la Nación.

B) Poderes de organización:

- a) Proveer los empleos militares (art. 88, inc. 14).
- b) Correr con la organización de las fuerzas (artículo 88, inciso 17).
- c) Dictar decretos para organizar el servicio militar (art. 21).
- d) Fijar la fuerza de la línea de tierra y de mar
- e) Reformar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos alדות (art. 87, inc. 23).
- f) Establecer normas para la organización de las milicias provinciales (art. 87, inc. 24).
- g) Sancionar leyes para organizar el servicio militar (art. 21).

Estos poderes corresponden al Presidente.

Estos poderes corresponden al Congreso Nacional.

⁴⁵ Rizzo Domínguez, *Cuando: La Justicia Militar*, Buenos Aires, 1938, T. I, pág. 24 y ss.

Según lo expuesto, la Const. Nac. ha conferido poderes de organización militar pero no los ha deslindado netamente. Rísso Domínguez, tratando de encontrar una interpretación precisa de estas disposiciones, sostiene que al Congreso corresponde sancionar leyes que sean necesarias para poner en ejercicio dichos poderes.⁴² De acuerdo con ello agrega que, dentro de los poderes militares del Congreso está comprendido todo lo que signifique establecer las reglas fundamentales destinadas a hacer efectiva la organización de las fuerzas armadas, mientras que los poderes militares del Presidente implican la facultad de reglamentar dichas normas, así como aplicarlas; esto, como uno de los tantos atributos del mando, que es de su resorte exclusivo como Comandante en Jefe.⁴³

El Presidente de la Nación ejerce sus poderes militares mediante los decretos que dicta, y por intermedio de los ministerios militares, que constituyen su órgano legal; y sucesivamente por los Comandantes en Jefe de cada una de las Armas y los demás oficiales que son sus agentes de mando militar.

La actual ley de Ministerios 14.439 ha organizado, "en jurisdicción" (art. 17) de los ocho Ministerios establecidos en cumplimiento del art. 87 de la Const. Nac., Secretarías de Estado cuyos titulares poseen jerarquía ministerial y gran parte de las atribuciones y deberes que la misma ley determina para los Ministros Secretarios de Estado (art. 18).

En la esfera militar la ley ha creado el Ministerio de Defensa Nacional, cuya función particular es, en síntesis, la coordinación general de todas las actividades relativas a la defensa nacional y de las de carácter militar que excedan el marco de la acción de cada una de las fuerzas armadas individualmente consideradas, así como también la coordinación de las tres Secretarías de Estado que funcionan en su "jurisdicción": de Guerra, de Marina y de Aeronáutica, y el despacho de los asuntos que corresponden a éstas (art. 13). Al referirse a cada una de dichas Secretarías (arts. 23, 26 y 27, respectivamente), la ley establece, a través de extensas enumeraciones, que a sus titulares compete —entre otras cosas— "lo concerniente a los actos del Presidente de la Nación que se refieren al ejercicio de sus atribuciones constitucionales relacionadas con el ejército (la armada o la aeronáutica, según el caso) (inc. 1°); "la dirección superior, organización, preparación y empleo del ejército" (la armada o la aeronáutica, según el caso) (inc. 2°); "la administración, gobierno, justicia y disciplina del ejército" (la armada o la aeronáutica, según el caso) (inc. 4°). Los Secretarios de Marina y Aeronáutica son, además, los representantes del Estado en el mar y en el espacio aéreo, respectivamente.

⁴² Rísso Domínguez: *op. cit.*, pág. 94.

⁴³ Rísso Domínguez: *op. y loc. cit.*

mente, a los fines de la navegación y defensa (arts. 26 y 27, incs. 1º in fine). Es decir que la ley ha otorgado los atributos de orden y mando a los Secretaríos de Guerra, Marina y Aeronáutica, reservando para el Ministerio de Defensa, aparte del refrendo constitucional de los decretos originados en las tres Secretarías mencionadas, funciones de carácter exclusivamente administrativo.

IV. ORGANIZACION DEL PERSONAL MILITAR

La ley 14.777 establece el régimen normativo orgánico del personal de las Fuerzas Armadas. Comprende 110 artículos, divididos en 8 títulos y éstos a su vez en capítulos, y 4 anexos. Haremos una breve sistematización de algunas de sus disposiciones más importantes.

- a) Composición de las Fuerzas Armadas de la Nación: ellas son, exclusivamente, el Ejército, la Armada Nacional y la Aeronáutica militar (art. 1). El personal que las integra se clasifica en cuadro permanente y cuadro de la reserva.
- b) Cuadro permanente: está constituido por el personal que voluntariamente se encuentra incorporado al ejército, armada o aeronáutica; y se halla en actividad (art. 2). (Ej. oficiales de carrera).
- c) Cuadro de la reserva: está constituido por el personal que se utiliza para completar, cuando así se dispone, los efectivos permanentes del ejército, armada o aeronáutica, y comprende las siguientes categorías:
 - A) Reserva incorporada: personal que se encuentra obligatoriamente incorporado para prestar servicios militares. (Ej. Soldados conscriptos).
 - B) Reserva fuera de servicio: personal que:
 - 1) Precedente del cuadro permanente por retiro o por baja, conserva su aptitud para el servicio militar. (Ej. oficiales retirados);
 - 2) Habiendo recibido instrucción militar, conserva su aptitud para dicho servicio y se encuentra en situación de fuera de servicio. (Ej. soldados conscriptos que han cumplido el servicio);
 - 3) Sin haber recibido instrucción militar, es destinado a este cuadro de la reserva por leyes de la Nación. (Ej. civiles en virtud de la ley 13.294). (Art. 3).
- d) Estado militar: es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas (art. 5). Tiene estado militar el personal de las fuerzas armadas que integra su

cuadro permanente y su reserva incorporada y el que, proveniente de su cuadro permanente, se encuentra en situación de retiro (art. 8). La ley enumera detalladamente los deberes y derechos que impone el estado militar para el personal en actividad (arts. 7 y 8), así como las limitaciones y extensiones con que tales deberes y derechos rige para el personal en situación de retiro (art. 8°). El estado militar se pierde por baja y, además, para el personal de la reserva incorporada, por pase a situación de fuera de servicio, salvo que en este caso mantenga la situación de retirado (art. 10).

- e) **Grado:** es la denominación de cada uno de los escalones de la jerarquía militar (art. 5), según los anexos 1 y 2.
Jerarquía: es el orden existente entre los grados (art. 5).
- f) **Actividad:** es la situación en la cual el personal militar tiene la obligación de desempeñar funciones dentro de los ministerios militares o cubrir los destinos que prevean las disposiciones legales y reglamentarias (art. 5).
- g) **Retiro:** es la situación en la cual cesan para el personal militar —sin perder su grado ni estado militar— las obligaciones propias de la situación en actividad, salvo en ciertos casos previstos en la misma ley y en su reglamentación (art. 5).
- h) **Superioridad militar:** es la que tiene un militar con respecto a otro por razones de cargo, de jerarquía o de antigüedad. La ley define y analiza, en sucesivos incisos, estas tres categorías de superioridad (art. 12).
- i) **Baja:** implica la pérdida del estado militar, y se produce en virtud de causales especiales previstas en la ley (art. 20), la que luego estatuye el régimen de la reincorporación (arts. 22 a 26).
- j) **Agrupamientos:** el personal es agrupado:
 - A) De acuerdo con la escala jerárquica, en superior, subalterno y de alumnos;
 - B) De acuerdo con las funciones específicas que debe desempeñar, en cuerpos, armas y/o escalafones, con las denominaciones que determine la reglamentación de la ley (arts. 15 y 16).
- k) **Personal militar en actividad:** la ley le destina su título II, refiriéndose, en sucesivos capítulos, a las fuentes de reclutamiento de los cuadros, a las situaciones de revista (servicio efectivo, disponibilidad o pasiva), al sistema de ascensos (que se producen anualmente) y a las normas generales sobre haberes.
- l) **Personal militar en retiro:** la ley le dedica el título III, en cinco capítulos que tratan de generalidades, retiro voluntario, retiro obligatorio, cómputo de servicios y haber de retiro. Al establecer (art. 81) que "el retiro es defini-

tivo, cierra el ascenso y produce vacante en el grado y agrupaciones a que pertenece el causante en actividad. El personal retirado sólo podrá volver a la actividad en caso de convocatoria" suprime la irregular categoría de "retiro activo" que existió durante la vigencia de la ley 13.995.

- m) Pensionistas de personal militar: la ley se refiere a ellos en el Título IV, estableciendo qué personal tiene familiares con derecho a pensión militar (art. 81) y qué familiares tienen derecho a tal pensión (art. 82); el orden de preferencia y el ejercicio de este derecho, la liquidación de haberes, etc. (arts. 83 a 94). El último de estos preceptos determina la posibilidad del haber de pensión, que se adecuará anualmente a los aumentos o disminuciones que sufran los sueldos correspondientes al grado en que la pensión fué calculada.
- n) Tribunales de honor: todo el personal superior que tiene derecho al uso del uniforme y al título del grado se halla sujeto a la jurisdicción de los tribunales de honor, creados y reglamentados por el P. E. (art. 95).⁴⁴
- ñ) Disposiciones transitorias: son las contenidas en el Título VI. Entre ellas cabe mencionar el mantenimiento en vigor del art. 145 de la ley 13.995, que deja subsistentes las normas de la ley 12.913 sobre el servicio militar, así como también el hecho de facultarse al P. E. a continuar aplicando las reglamentaciones de la derogada ley 13.995, hasta tanto se dicten las nuevas.

V. EL DERECHO PENAL MILITAR

1. Sustantividad.

El cumplimiento de las finalidades propias de las fuerzas armadas (mantenimiento del orden jurídico) exige, como es lógico, la concurrencia de adecuados medios de realización; para que éstos resulten eficaces, dos factores deben hallarse ineludiblemente presentes: un elemento psicológico o amónico, la disciplina, y un elemento material, la eficiencia del servicio.⁴⁵ La protección de estos valores y la de los vinculados con las finalidades mismas de las instituciones militares (es decir, la protección del conjunto de bienes jurídicos de entidad militar) trae aparejada la existencia de un sistema represivo especial, cuyo centro de gravedad no es —como a veces suele afirmarse— el sujeto activo militar, sino precisamente el bien jurídico militar tutelado. Este ordenamiento represivo de los actos que lesionan bienes jurídicos de índole mi-

⁴⁴ En el cap. V, relativo a la jurisdicción militar, nos referiremos a los tribunales de honor.

⁴⁵ V. COLOMBO: op. cit., pág. 7.

litar, aunque tiene su base en el derecho penal común y mantiene con él una indudable interdependencia, es considerado una rama autónoma del Derecho Penal. Ello lo determina la especialidad de su materia así como la diversidad de naturaleza de las infracciones esencialmente militares y comunes, cuyas correspondientes sanciones, a su vez también difieren.⁴²

2. Clasificación.

Las normas penales militares pueden ser clasificadas en dos categorías generales: las que tienen su campo de acción en tiempo de paz y las que se hallan potencialmente presentes en tiempo de paz pero que sólo entran a actuar en tiempo de guerra (son, por así decirlo, normas de reserva). De aquí surge el principio denominado "adaptabilidad de la legislación militar a las exigencias de la situación"⁴³, es decir, a la necesidad contingente que es, en definitiva, (en tiempo de guerra) el fundamento de la ley marcial y de su medio de expresión, el bando.

3. Las infracciones "esencialmente" militares.

Evidentemente, resulta muy importante precisar cuáles son las infracciones esencialmente militares (también denominadas por algunos "objetivamente", "puramente", "meramente", "especificamente" militares), por cuanto ellas forman el núcleo constitutivo del derecho penal militar y son la razón de ser de su autonomía. Para definir la infracción esencialmente militar, se pueden seguir dos caminos⁴⁴:

- a) Definición legal y formal: es la más sencilla y consiste en considerar como tal infracción el contenido de la ley; es de-

⁴² V. BELLAS: *loc. cit.*, pág. 341. Para un análisis completo del tema, remitimos al *cit.* libro de COLOMBO, págs. 2-28. Este autor observa cómo la mencionada diversidad trasciende incluso a la pena: el art. 285 C.J.M. establece, en su último apartado, que no se sancionan las penas cuando concurren delitos específicamente militares con delitos comunes; mientras que a su vez el C. P. determina en el art. 69 que los delitos militares no se tendrán en cuenta a los efectos de la concurrencia. Véase así que las infracciones militares y comunes hasta pueden quedar aisladas en compartimentos estancos impenetrables. En la doctrina italiana, FERRAS MIZZO (*cit.* por COLOMBO, pág. 22) afirma: "El conjunto de normas jurídicas penales militares constituye el derecho penal militar, que se diferencia del derecho penal común no desde el punto de vista formal de la formulación del precepto y de la sanción, sino desde el punto de vista del contenido particular del precepto al que se hace corresponder un tipo de sanción penal que es precisamente la sanción penal militar". Aún desde el punto de vista formal se ve también la autonomía del derecho penal militar; su proceso de codificación independiente, ya anteriormente mencionado, se remonta a la Orden Militar española de 1789, a la que sigue —entre las principales— la ley federal de Justicia Penal para las tropas de la Confederación, Prusia (1851); el Código militar para el ejército de tierra, Francia (1851), y de la Marina (1858), etc. Sobre la autonomía ver también VILLAGAS BARRUTUENAGA, *Exposición: Justicia Militar*, en *Boletín del Centro Naval*, Buenos Aires, 1928, t. XLXVI.

⁴³ COLOMBO: *op. cit.*, pág. 28.

⁴⁴ COLOMBO: *op. cit.*, pág. 122.

cir, que si el Código de Justicia Militar establece que son infracciones esencialmente militares las que él configura, no hay dudas de que en derecho positivo esas son las infracciones a que nos referimos. (Al respecto, el C.J.M., en su art. 108, dispone que tienen el carácter de delitos y faltas esencialmente militares "todas las infracciones que por afectar la existencia de la institución militar, tan sólo las leyes militares prevén y sancionan").

- b) Definición sustancial: es necesario recurrir a ella, puesto que si la noción de infracción esencialmente militar no significa otra cosa que infracción militar por su esencia, en doctrina es forzoso investigar y tratar de aclarar en qué consiste, precisamente, dicha esencia. De lo contrario no podría determinarse cuándo el legislador ha acertado en la selección y ubicación de las figuras, ya sea en el C.J.M. o en el C.P. El planteo —del que ya hemos adelantado algunos aspectos— en principio es sencillo: hay infracciones que afectan la existencia de la institución militar porque lesionan intereses que constituyen sus presupuestos, y otras que no los afectan. Desde este punto de vista sustancial, las primeras son las infracciones esencialmente militares, cualquiera sea la ley que las reprima, mientras que las segundas no lo serían aunque las configurara el C. J. M. Por lo tanto, la esencia de la infracción militar se halla en el bien jurídico tutelado; de ahí que se la haya definido como "todo acto que lesiona un bien o un interés directamente vinculado a la existencia de las instituciones armadas o a su disciplina o a sus fines y medios de realización, conminado con una sanción por la ley o los reglamentos".⁴²

En nuestro caso, la definición sustancial y la definición formal pueden coincidir, pues invirtiendo los términos de la última tenemos que "son delitos y faltas esencialmente militares los que tan sólo las leyes militares prevén y sancionan, porque afectan la existencia de la institución militar". Esta coincidencia se produce siempre que el legislador haya acertado en la elección de los actos que ha incriminado en el C.J.M. y en el C.P.; pero aunque equivocadamente previera el C.P. alguna de estas figuras, dicha ubicación no cambiaría la naturaleza de la misma.

La cuestión adquiere cierta complejidad si observamos que también puede suceder que un bien jurídico militar constituya simultáneamente un bien jurídico común, sin prevalecer en importancia ninguna de ambas valoraciones; en tal caso la descripción de la figura en el C.J.M. implica la existencia de una infracción militarizada (ej. art. 770: militar que calumnia o injuria a otro del mismo grado), (categoría doctrinariamente distinta de las esencialmente militares, pero cuya terminología no es utilizada por el

⁴² Colusso: op. cit., pág. 328.

C.J.M., que las subsume en éstas), fundada en que al ordenamiento castrense le ha parecido insuficiente la descripción de la figura efectuada por el ordenamiento común o inadecuada la sanción. En cambio si la concurrencia de un bien jurídico militar y común no se produce en una situación de equilibrio valorativo, sino que el interés militar prevalece sobre el común, la infracción entra en la categoría de las esencialmente militares. Finalmente, en caso de que el bien jurídico protegido no sea de entidad militar, el derecho penal militar o no se ocupa en absoluto de él, o si lo hace es sólo para prever circunstancias que hacen a la individualización de la sanción.

Como hemos visto, la caracterización de la infracción esencialmente militar es netamente objetiva, con prescindencia de la condición del sujeto activo (militar o no). Hay, claro está, infracciones esencialmente militares que sólo pueden ser cometidas por militares (ej. desertión), pero las hay también que sólo pueden serlo por civiles (ej. vías de hecho contra personal militar en servicio, art. 648). La condición (militar o no) del sujeto activo puede —eso sí— ser factor determinante de jurisdicción, pero siempre según la naturaleza de la infracción cometida. Es menester destacar que el problema de la jurisdicción militar no debe ser confundido con el que aquí hemos tratado; a él nos referiremos en especial en el próximo capítulo.

4. "Delitos" y "faltas" militares.

El ordenamiento represivo militar, contenido en el Tratado Tercero del Código de Justicia Militar, tipifica las infracciones en forma integral, es decir, tanto las que configuran delitos como las que constituyen faltas (éstas son, en rigor, las más frecuentes, y las sanciones que a ellas corresponden pueden ser graves). El C.J.M. define:

- a) el delito militar en el art. 508: "Constituye delito militar toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y demás leyes militares y que no se encuentra comprendida entre las faltas de disciplina; y, además, todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten en tiempo de guerra";
- b) la falta militar en el art. 509: "Constituye falta de disciplina toda violación de los deberes militares que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el art. 549".

Sistemáticamente, podemos concretar la diferencia entre delito esencialmente militar y falta esencialmente militar desde los siguientes puntos de vista ⁶⁰:

⁶⁰ Ocasano: op. cit., pág. 134.

- a) material: radica en la intensidad de la lesión a un interés militar;
- b) formal: en la clase de sanción conminada (para el delito: pena; para la falta: sanción disciplinaria);
- c) de la fuente: el delito sólo puede ser configurado y penado por ley (salvo el caso excepcional de los bandos, en tiempo de guerra); la falta puede ser configurada y sancionada por los reglamentos (decretos del P. E.).

Cabe aclarar que hay ciertas situaciones en que determinado acto, según sus circunstancias o modalidades, puede constituir falta o ser un delito (ej. art. 842).

5. Cuadro general de las infracciones militares.

El C.J.M., en su ya mencionado Tratado Tercero, se refiere a la penalidad, dividido en dos Libros: el primero Infracciones y penas en general (arts. 308 a 620) (hace las veces de "Parte General" de un Código Penal común), y el segundo Infracciones militares en particular (arts. 621 a 871) (corresponde a la "Parte Especial" de un Código Penal común).

Según el bien jurídico militar tutelado y teniendo en cuenta la metodología del Código, podemos presentar el siguiente cuadro sintético de las infracciones militares²¹:

- a) Delitos contra la lealtad a la Nación: traición; instigación a cometer actos hostiles contra ella; espionaje y revelación de secretos militares concernientes a la defensa nacional; hechos que afectan las relaciones internacionales de la Nación.
- b) Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional: rebelión; actividades contra el régimen constitucional.
- c) Delitos contra la disciplina: vías de hecho contra el superior; irrespetuosidad; insubordinación; insultos a centinelas, salvaguardias o consignas; desobediencia; motin; sublevación; actividades políticas o subversivas.
- d) Delitos en el desempeño de cargos: abuso de autoridad; usurpación de mando; prevaricato; denegación y retardo de justicia; cohecho.
- e) Delitos contra el servicio: abandono de servicio; abandono del destino o residencia; desertión; infracciones de los deberes del centinela y violación de consignas; infraccio-

²¹ Tenemos en cuenta también el cuadro de Cozzetta, Juan E. (Código de Justicia Militar, Buenos Aires, 1953, pág. 21), aunque nos apartamos de él. Por otra parte, corresponde aclarar que en vista de que múltiples hechos pueden constituir falta o delito, según las circunstancias y modalidades, utilizamos los sustitutos delitos contra... genéricos y no específicamente (es decir, en el sentido de "infracciones").

nes en el mando o mal servicio; infidelidad en el servicio; falsedades.

- f) Delitos contra el honor militar.
- g) Delitos especiales: infracciones especiales de la marina y la aeronáutica; infracciones cometidas por personal civil de buques o aeronaves mercantes; mutilaciones y sustracciones al servicio; evasión de presos y de prisioneros; delitos cometidos por prisioneros de guerra.
- h) Delitos contra la propiedad: exacciones ilegales; disposición indebida de objetos y prendas militares; daño, incendio y otros estragos.
- i) Delitos contra la administración militar: omisiones; defraudación; malversación; falsedades.
- j) Delitos comunes: norma general de remisión al C. P.; enumeración de circunstancias agravantes de los delitos de hurto y robo.

6. Sanciones militares.

Una de las importantes consecuencias que emanan de la diferencia de naturaleza de las infracciones esencialmente militares y comunes es la de la adecuación de la sanción. Basta analizar las sanciones penales militares para apreciar que ellas son especiales por su contenido, por sus efectos, por su modalidad de ejecución y hasta por su nomenclatura. Pero esta especialidad no debe hacer caer en el lamentable error de considerarlas prevalentemente intimidatorias y ejemplarizadoras, crueles o excesivamente severas. Su severidad, aunque mayor que la de las sanciones del derecho penal común, es proporcionada; y su función es netamente preventiva, sin perjuicio que el carácter ejemplar de la imposición y ejecución de algunas de ellas pueda también actuar como factor de prevención.

a) penas (art. 528 C.J.M.):

- 1) muerte
- 2) reclusión
- 3) prisión mayor
- 4) prisión menor
- 5) degradación

b) sanciones disciplinarias (art. 549 C.J.M.):

- 1) destitución
- 2) suspensión de empleo
- 3) arresto
- 4) suspensión de mando
- 5) apercibimiento
- 6) confinamiento
- 7) exclusión del servicio

- 8) remoción de clase
- 9) suspensión de suboficiales y clases
- 10) recargo de servicio
- 11) calabozo
- 12) fajinas

Como vemos, estas sanciones son, en su gran mayoría, pecuniarias. De ahí surge la consecuencia de que muchas de ellas sólo pueden ser aplicadas a militares, ya sea por su propio contenido o por cuanto las infracciones que ellas reprimen sólo pueden ser cometidas por militares. Para los casos de los delitos esencialmente militares que pueden ser cometidos por civiles, y en los que, por el carácter del procesado, no se puede imponer sanción militar, el C.J.M. establece que ésta será reemplazada de la siguiente manera: 1° la degradación militar impuesta como pena principal, por la de prisión hasta 4 años, y la inhabilitación absoluta y perpetua en todos los casos; 2° la destitución y el confinamiento, por prisión hasta dos años (art. 386). También se utiliza el sistema del reemplazo de la pena en el caso inverso, es decir, cuando un militar comete un delito común de jurisdicción militar, que se halla reprimido (según el C.P.) con multa; ésta entonces se substituye por el arresto militar (art. 387); (en los demás casos se impone la pena que corresponde según el C. P. o la ley especial violada).

VI. LA JURISDICCION MILITAR

1. Naturaleza jurídica.

Es cosa universalmente reconocida la existencia de tribunales especiales destinados a juzgar las infracciones de carácter militar⁸²; ellos son los órganos de la llamada "jurisdicción militar". Profundas controversias surgen al tratar de determinar —en nuestro régimen institucional— la naturaleza jurídica de ésta. Se han sustentado al respecto dos teorías: por un lado la que ve en ella una mera jurisdicción administrativa disciplinaria, dependiente del Presidente de la Nación; por el otro, la que la considera como una jurisdicción administrativa autónoma, separada de la administración activa. Trataremos de reseñar brevemente ambas posiciones.

- A) Jurisdicción administrativa disciplinaria: el principal expositor ha sido Rizzo Domínguez.⁸³ Su construcción tiene por premisa el factor disciplina, base de toda institución armada. El encargado de mantener la disciplina en una fuerza es el que ejerce el mando de la misma; luego, la justicia militar —constituida por los medios que la ley provee al que manda para mantener esa disciplina— es una

⁸² La especialidad de las infracciones militares impone la necesidad de tribunales especializados: sólo éstos pueden apreciar adecuadamente las particulares modalidades de tales infracciones. De ahí que, dentro del ámbito que técnicamente les corresponde, se justifican plenamente.

⁸³ Rizzo Domínguez: op. cit., págs. 21-22.

función inherente a ese mando, o sea —en nuestro caso— uno de los poderes implícitos del mando que ejerce el Presidente de la Nación. Pero el mando, lógicamente, no es arbitrario; su ejercicio es reglamentado por el Congreso de acuerdo con facultades que le son propias. Esta reglamentación del mando, en cuanto a la función de justicia inherente al mismo, ha sido dictada por el Congreso mediante el C.J.M.; y como una función tan compleja no puede materialmente ser llevada por una sola persona, la ley ha creado, para hacer efectivo el poder disciplinario del Comandante en Jefe de las fuerzas armadas, una serie de organismos llamados Consejos de Guerra o Tribunales Militares, que constituyen una jurisdicción administrativa disciplinaria subordinada a aquél, y por cuya delegación actúan.⁴⁴

De esto surgen importantes consecuencias: el derecho penal militar viene a ser, en realidad, un puro derecho disciplinario; el Presidente de la Nación queda investido de una amplia facultad de fiscalización sobre las decisiones de los tribunales militares —subalternos suyos en el orden jerárquico de la administración— correspondiéndole no sólo el ordenar la ejecución de las sentencias que pronuncian aquellos sino también su eventual modificación. Huelga decir que lo expuesto no implica contradecir el art. 85 de la Const. Nac. (en cuanto éste establece que "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas") pues los tribunales militares no forman parte del Poder Judicial ni desempeñan funciones judiciales; son agentes del P. E. y desempeñan una función jurisdiccional administrativa interna. Finalmente, surge de lo que antecede que para esta teoría es impropia la denominación de "Justicia Militar", así como la de "Código de Justicia Militar" (que debería intitularse "Código de disciplina militar").

B) Jurisdicción administrativa autónoma⁴⁵: sostiene esta tesis —entre otros— Biala.⁴⁶ Reconociendo ante todo que los tribunales militares no forman parte del Poder Judicial de la Nación alérgase que no por ello la jurisdicción

⁴⁴ Cabe agregar que para Hesse Deschreves las fuerzas armadas constituyen un servicio público, incluido en la administración general del país y sujeto a los principios generales de la jurisdicción administrativa (op. cit., pág. 87 y sig.).

⁴⁵ Esta denominación no se utiliza por los autores de la tesis en cuestión, pero como no aparece ninguna en especial (aunque mencionan varias sin especificarlas técnicamente), nos inclinamos hasta ahora por entender que es la que mejor se adecúa a su doctrina.

⁴⁶ BIALA: *loc. cit.*, pág. 244 y sig. Al parecer también OLIVERO, que critica severamente la construcción de Hesse Deschreves (op. cit., págs. 89-97).

militar ha de atribuirse al Presidente de la República. En este sentido, Bielsa afirma que la potestad disciplinaria militar (faltas) no es comprensiva de la justicia militar (delitos), pues en la esfera de la jurisdicción militar entran delitos que comprometen no solamente a la institución armada en sí, sino también el orden jurídico-político, por lo que dicha jurisdicción debe tener los atributos de un poder jurisdiccional de "sustantividad judicial" y, por consiguiente, ella debe estar separada de la administración activa.⁸⁷ En este orden de ideas, la jurisdicción militar se puede comparar con la jurisdicción contencioso-administrativa, que en varios países, pese a no formar parte del poder judicial, es autónoma respecto del Jefe de la Administración Pública, no hallándose sus fallos sujetos a la revisión de éste. Según Bielsa "en la justicia militar el Presidente no puede, en buenos principios, rever fallos de los tribunales militares, en cuanto se trata de una jurisdicción "penal", y no meramente "disciplinaria"⁸⁸, y "la justicia militar no se funda en el principio de la jerarquía administrativa".⁸⁹ Esto debe interpretarse sin perjuicio, claro está, de la potestad administrativa disciplinaria del Presidente respecto de las faltas disciplinarias, que el mismo C.J.M. establece (art. 130).

Bielsa sostiene que "la justicia militar debe su origen al precepto del art. 87, inc. 23 de la C. N. que autoriza al Congreso para fijar la fuerza de línea de tierra y de mar, y para formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos. En el ejercicio de esas atribuciones el Poder Legislativo procede con amplia libertad de acción, y ha podido así establecer normas excepcionales justificadas por la necesidad de colocar al ejército y la armada en una situación diferente de las demás partes del mecanismo gubernamental, ya por su composición, ya por las reglas que deben gobernarlo, de modo de contenerlo ante la sociedad desarmada, dándole, al mismo tiempo, la unidad de acción que la ejecución de las órdenes requiera."⁹⁰

Ambas teorías presentan dudas. La segunda parece más acorde con las disposiciones de C.J.M., en cuanto éste distingue claramente entre la jurisdicción y competencia de los tribunales militares (Título VI, del Libro I, Tratado Tercero) y competencia ejecutiva (Título VIII del mismo Libro)⁹¹; o en cuanto distingue la acción penal, cuyo impulso procesal se inicia por acusación fiscal (arts. 53 y 54), de la acción disciplinaria que pone en juego todo superior. Asimismo, se ha considerado problemático

⁸⁷ Bielsa: trat. cit., pág. 346.

⁸⁸ Bielsa: trat. cit., pág. 347.

⁸⁹ Bielsa: trat. cit., pág. 348.

⁹⁰ Bielsa: trat. cit., pág. 348, nota 60.

admitir que los tribunales militares, como meros agentes del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (según la primera teoría) puedan disputar en un plano de igualdad cuestiones de competencia con tribunales "de otra jurisdicción" (art. 150 C.J.M.), las que decide la Corte Suprema (art. 151).²² Pero otra disposición del C.J.M. parece, sin embargo, oponerse a la teoría "autonomista", al establecer el art. 18 que el más alto tribunal militar, el Consejo Supremo "depende del Ministerio de Defensa Nacional", o sea del P. E. A pesar de lo cual, es necesario tener presente que el Presidente de la Nación, al ordenar cumplir las sentencias de los Consejos de Guerra, no puede —en los casos de delitos— modificar a su arbitrio la decisión del tribunal, salvo indultar al condenado o conmutar la pena (art. 469), facultades éstas que son similares a las que la Const. Nac. le atribuye respecto de los delitos de jurisdicción federal (art. 88, inc. 8°), y que ni en uno ni en otro caso tienen relación alguna con poderes de mando.

2. *Ámbito.*

La jurisdicción militar no constituye un fuero personal (prohibido por la Const. Nac., art. 16) sino un fuero real, de "causas", cuya competencia se determina *ratione materiae*, es decir, según la naturaleza de la infracción. Complementariamente, el C.J.M. estatuye también reglas *ratione personae*, pero en este sentido, respecto de la cualidad del delincuente sólo se tiene en cuenta su función militar.²³

Concretamente, el ámbito de la jurisdicción militar (art. 109 C.J.M.) es el siguiente:

- A) Los tribunales militares juzgan las infracciones esencialmente militares:
 - a) En todos los casos, cuando ellas son cometidas por un militar que se halla en situación de actividad;
 - b) En todos los casos, cuando ellas son cometidas por un militar que se halla en situación de retiro pero vistiendo uniforme o desempeñando puestos de actividad.
 - c) En todos los casos, cuando ellas son cometidas por personas obligadas a prestar el servicio de defensa nacional, desde el momento en que son convocadas;
 - d) Sólo en los casos especiales previstos en los apartados c), d) y e) del inciso 5° del art. 109 C.J.M., cuando ellas

²² El Título VIII C.J.M. contiene un solo artículo, el 150, que prescribe "Corresponde, en todo tiempo, al Presidente de la Nación y a sus agentes de mando militar, la aplicación de acuerdo con las disposiciones de este Código y los reglamentos, de las sanciones disciplinarias enumeradas en el Tratado III de aquí".

²³ *Concursos*: *op. cit.*, pág. 24-27. Desde este punto de vista, los dictámenes y fallos de la Corte Suprema que cita Hasso Donat Cattin en apoyo de su tesis, se refieren sólo a la potestad disciplinaria respecto de las faltas, cuestión que no se discute.

²⁴ *V. Sáenz*: *op. cit.*, pág. 241-2.

son cometidas por un militar en situación de retiro, sin vestir uniforme o sin desempeñar puestos de actividad;

c) Sólo en los casos especiales previstos por el inc. 7º, 1ª parte, del art. 109 C.J.M., cuando son cometidos por civiles.

B) Los tribunales militares juzgan las infracciones comunes, exclusivamente cuando las comete un militar y sólo en las hipótesis siguientes:

a) En actos del servicio militar;

b) En lugar sujeto exclusivamente a la autoridad militar;

c) Durante los desembarcos o permanencia en territorio extranjero (siempre que no haya sido juzgado por las autoridades de dicho territorio);

d) En desempeño de un servicio dispuesto por los superiores militares, a requerimiento de las autoridades civiles o en auxilio de ellas.

El cuadro que hemos trazado se refiere, naturalmente, al tiempo de paz, que es cuando se produce el juego normal entre la jurisdicción militar y la común; en tiempo de guerra, la jurisdicción militar puede llegar a absorber total o parcialmente la común.²⁴

3. Organismos que la ejercen.

Los organismos que en tiempo de paz ejercen la jurisdicción militar son los siguientes:

a) *Jueces de instrucción*: existen uno o varios en el Comando de cada una de las Divisiones que forman una Región Militar. Sus funciones consisten en instruir el sumario (primera etapa del proceso penal militar) en base al hecho descrito en la información preventiva que ha elaborado antes el jefe de la unidad o repartición a que pertenece el procesado. El sumario, luego de las correspondientes tramitaciones, concluye por sobreseimiento o elevación de la causa a plenario.

b) *Consejos de Guerra Permanentes*: son creados por el Presidente de la Nación, quien fija su competencia territorial. Son de dos órdenes:

1) Para jefes y oficiales subalternos;

2) Para suboficiales, clases y tropa.

Se hallan compuestos por un presidente y seis vocales, todos ellos nombrados por el Presidente de la Nación, que duran cuatro años en el cargo, aunque los vocales se renuevan por mitades cada dos años. Se halla a cargo de estos Consejos la sustanciación del plenario y la decisión, en única instancia, de todas las causas que les son elevadas. Contra sus sentencias no cabe apelación ante el Consejo Supremo, salvo los recursos especiales que luego mencionaremos.

²⁴ V. Ocasio, op. cit., pág. 113.

c) **Consejos de Guerra Especiales:** pertenecen a la categoría de los tribunales especiales de tiempo de guerra, pero el Presidente de la Nación puede autorizar su organización en tiempo de paz en los casos excepcionales previstos en el art. 43 C.J.M.:

- 1) En las unidades en maniobras, en navegación, o alejadas de su base o asiento;
- 2) En toda fuerza estacionada en las fronteras de la República o destacadas a más de dos días de camino del asiento de los tribunales permanentes;
- 3) En los casos del art. 502 (traición, sublevación, motín, saqueos, vías de hecho contra superiores, ataque a guardias, asesinato de centinelas) cuando la distancia del lugar en que el hecho se ha producido no permita la intervención de un consejo de guerra permanente, sin perjudicar la rapidez del juicio.

d) **Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas:** su jurisdicción se extiende a todo el territorio de la Nación y se compone de nueve miembros, que son designados por el Presidente de la República y duran seis años en sus cargos. La presidencia corresponde al vocal combatiente o de comando superior en grado, y en igualdad de grado, al más antiguo.

Las funciones principales del Consejo Supremo son las siguientes:

- 1) Juzgar, en única instancia, a los oficiales superiores y, por las infracciones que hubieran cometido en el desempeño de sus cargos, a los miembros de los consejos de guerra y a los funcionarios letrados de la justicia militar;
- 2) Conocer las causas falladas por los consejos de guerra en los casos de recursos de infracción de la ley y de revisión. Estos dos recursos son los únicos que hay contra las sentencias de los Consejos de Guerra. El de infracción de la ley se da contra las sentencias definitivas en dos casos: 1° Cuando se ha infringido la ley en la sentencia (errónea calificación legal del hecho probado o de sus circunstancias, no aplicación de la pena señalada o indebida aplicación de la misma), y 2° cuando hay quebrantamiento de las formas (omisión de formalidades procesales o nulidades). El de revisión se da contra las sentencias firmes en supuestos similares a los del recurso de revisión en la justicia criminal común.
- 3) Decidir las cuestiones de competencia entre los tribunales militares y los conflictos de atribuciones entre funcionarios de la justicia militar.
- 4) Dictar sus reglamentos internos y la de los consejos de guerra permanentes.

Contra las sentencias definitivas del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, una vez ordenadas cumplir por el Presidente de la Nación, sólo cabe el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, cuando el mismo es procedente, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 4055, art. 6°).

El procedimiento que en tiempo de paz rige para los juicios militares ante los organismos que hemos enumerado, es el establecido en el C.J.M., Tratado Segundo, Libro II (Procedimiento Ordinario en tiempo de paz). Excepcionalmente se aplican las disposiciones de la Sección II (Juicio Sumario en tiempo de paz) del Libro III (Procedimientos Extraordinarios). En tiempo de guerra se emplea en lo posible el mismo procedimiento, o de lo contrario el sumario prescripto en la Sección I del Libro III (Procedimiento en tiempo de guerra). Sin perjuicio, lógicamente, de la vigencia en todos los casos, de las Normas Generales del Libro I de dicho Tratado Segundo.

En tiempo de guerra funcionan, en cuanto lo permiten las necesidades de la guerra, los mismos tribunales permanentes de tiempo de paz; pero la jurisdicción militar se ejerce, además:

- a) En las fuerzas de operaciones:
 - 1° Por los comandantes en jefe;
 - 2° Por los jefes de fuerzas, cuando operan independientemente o se encuentran incomunicadas;
 - 3° Por los consejos de guerra especiales;
 - 4° Por los comisarios de policía de las fuerzas armadas;
- b) En las plazas de guerra, puestos militares, bases aéreas y lugares fortificados:
 - 1° Por los gobernadores o jefes respectivos;
 - 2° Por los consejos de guerra especiales, a menos que en el lugar funcione un consejo de guerra permanente;
 - 3° Por los comisarios de policía de las fuerzas armadas.

Por otra parte, en tiempo de guerra competen a los comandantes en jefe de fuerzas militares de operaciones, y a los gobernadores de plazas fuertes, puestos militares, jefes de buques, aeronaves o destacamentos aislados o incomunicados, respecto de las fuerzas a sus órdenes, las facultades disciplinarias del Presidente de la Nación, así como también las facultades de éstos relativas a la ejecución de las sentencias.

4. La jurisdicción de honor.

El acto que lesiona un bien jurídico de entidad militar, si es grave, configura un delito; si su gravedad es menor, una falta. Cuando el bien protegido es el honor, el legislador ha incriminado diversos actos atentatorios contra él en el C.J.M. (Título VI del Libro II, Tratado Tercero); y ha dejado otros como contenido de una jurisdicción especial, la jurisdicción de honor.

Como ya lo hemos visto, la creación de los tribunales de honor y la reglamentación de su organización y funcionamiento (que es permanente) se halla a cargo del P. E. (Ley 14.777, art. 95). Este dictó, a tal efecto, el decreto 8322 del 12 de Marzo de 1953⁴⁰, poniendo en vigencia el Reglamento de los Tribunales de Honor de las Fuerzas Armadas.

Dicho reglamento, dividido en 11 Títulos, prescribe en su art. 2° que "Los Tribunales de honor tienen por objeto juzgar a los autores de hechos que presuntamente lesionan el honor. Si a la vez constituyen delito o falta disciplinaria, se expedirá en primer término la jurisdicción correspondiente, efectuado lo cual el Ministerio (Secretaría Militar) determinará si incumbe o no conocer en el asunto a los tribunales de honor".

Los tribunales que ejercen la jurisdicción de honor son los siguientes:

- a) Tribunales superiores de honor (juzgan en única instancia a los oficiales superiores y entienden en grado de apelación de las decisiones de los tribunales inferiores);
- b) Tribunales ordinarios de honor (juzgan en primera instancia a los jefes y oficiales subalternos);
- c) Tribunales especiales de honor (juzgan a los oficiales retirados, en determinados casos);
- d) Comisiones de honor.

Respecto a la naturaleza de los hechos que entran en el ámbito de la jurisdicción de honor, el art. 23 del Reglamento establece que ésta "comprende todos los actos u omisiones imputables a oficiales que, al lesionar su propio honor o el de sus camaradas, resultan contrarios a las tradiciones de las instituciones armadas".

El procedimiento, que es oral y actuado (además, según el art. 44 todas las actuaciones son de carácter "urgente"), presenta algunas características interesantes: todo oficial tiene el deber de prevenir al camarada, dentro de las 24 horas, de cualquier rumor o versión que a éste afecte (art. 27); por otra parte, todo oficial que tome conocimiento de un hecho que estime lesivo al honor de un militar, debe comunicarlo a su propio jefe y al jefe del afectado (art. 28). También existe la obligación de someter a juicio el propio honor y la conducta de quienes lo han afectado (art. 29). El juicio concluye con algunas de las siguientes resoluciones: absolución, amonestación por falta leve, amonestación por falta grave, descalificación por falta gravísima (art. 56). Luego del dictamen del Tribunal de Honor, el P. E. puede, cuando así convenga al decoro de la jerarquía, privar del goce del título del grado y uso del uniforme al oficial descalificado (Ley 14.777, art. 96).

⁴⁰ Este decreto, cronológicamente anterior a la Ley 14.777, fue dictado reglamentando una disposición similar al actual art. 95, de la entonces vigente Ley 13.898.

TRANSFORMACIONES POLITICAS EN LOS SIGLOS XIV Y XV

Por
ANTONIO M. VILLANUEVA

- I.—INTRODUCCION.
- II.—CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PANORAMA EUROPEO PREVIO A LOS SIGLOS XIV y XV. EL PENSAMIENTO POLITICO MEDIEVAL.
- III.—CAUSAS QUE PREDISPONEN A LA TRANSFORMACION POLITICA DE LOS SIGLOS XIV y XV.
 - a) Las Universidades (el estudio del derecho).
 - b) La literatura y las nuevas doctrinas filosóficas.
 - c) El desarrollo de la burguesía.
 - d) Las guerras.
- IV.—TRANSFORMACIONES POLITICAS EN LOS SIGLOS XIV y XV.
 - Francia e Inglaterra.
 - España.
 - El Imperio Romano-Germánico.
 - Italia.
 - Conclusiones.
- V.—EVOLUCION DEL PENSAMIENTO POLITICO A TRAVES DE LAS TRANSFORMACIONES DE LOS SIGLOS XIV y XV.

I.—INTRODUCCIÓN.

El movimiento que produce en los pueblos cambios en sus formas de vida pública y en sus relaciones entre sí, difícilmente tiene origen espontáneo, antes bien es el proceso —generalmente largo— en que culminan problemas económicos, sociales, políticos, religiosos, etc.

Estos procesos, que obedecen a múltiples y complejos motivos, se suceden ininterrumpidamente a través de la historia y van transformando el pensamiento de los hombres, a la vez que regulan de distintas maneras la vida de éstos en la sociedad.

Este devenir histórico, empero, y a pesar de su continuidad, dista mucho de presentarse homogéneo en el sentido temporal, aunque puede rastrearse una constante histórica innegable: múl-

típicas causas gravitan durante lapsos generalmente extensos, a veces siglos, antes de desembocar en cambios políticos o sociales notables; pues aunque a veces hechos de esta naturaleza, que obedecen a un factor de violencia para su realización, parezcan ser inmediatos al mismo, se han ido gestando durante períodos relativamente largos de una manera latente.

Así pues, para conocer las grandes transformaciones políticas que se suceden en los siglos XIV y XV, es necesario tener en cuenta —por lo menos— un panorama del primer período de la baja Edad Media, para comprender las causas que originan los cambios que se producen en el segundo período.

II. — CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PANORAMA EUROPEO PREVIO A LOS SIGLOS XIV Y XV. EL PENSAMIENTO POLÍTICO MEDIEVAL.

La Europa cristiana medieval estuvo unida por poderosos vínculos de cultura, creencias y costumbres. Tuvo absoluta unidad religiosa y hasta lingüística por medio del latín, que fue el idioma litúrgico, el de la gente culta y el único empleado en la expresión literaria. Podemos delimitar dos épocas bien diferenciadas en la baja Edad Media: la primera que abarca desde el siglo XI al XIII, y la segunda que comprende los siglos XIV y XV.

Primeramente Europa evolucionó hacia el particularismo político, siendo el feudalismo la máxima expresión de ese sistema. Durante los siglos IX y X nuevos pueblos se lanzaron al asalto de la Europa carolingia, ya desmembrada por el Tratado de Verdún (843), de la misma manera que siglos antes lo hicieron los germanos y hunos con el Imperio Romano. Pero estas invasiones, a diferencia de las del siglo V que fueron verdaderas migraciones de pueblos que buscaban tierras nuevas donde establecerse, eran más bien incursiones de bandas rapaces atraídas por la oportunidad del pillaje y el saqueo. Estos invasores, que como los normandos, eran bárbaros y paganos, valientes guerreros y muy hábiles y audaces marinos, desorganizaron profundamente la Europa carolingia y agravaron la crisis producida por el desmembramiento del Imperio; provocaron el desorden y la inseguridad de la vida y contribuyeron así al surgimiento del feudalismo, pues en esta época caótica los reyes no fueron capaces de defender eficazmente sus estados.

El hecho sustancial de este período es la evidencia general de la ineficacia del poder central de la monarquía, extendida sobre vastos estados territoriales a los que no podía proporcionar seguridad frente a las innumerables amenazas locales; surge entonces el orden cristiano-feudal que se constituyó con pleno vigor, como

...un sistema ajeno a la realidad económica, social y política del momento.

El feudalismo, que políticamente fué una forma de gobierno basada en la propiedad de la tierra, destruyó la unidad del Estado, disgregándolo en una serie de pequeñas soberanías locales, unidas sólo por el lazo del vasallaje. Este orden frena entonces el vínculo de los pueblos, la cultura y la economía, porque toda la vida del feudo gira alrededor de la estrecha órbita del castillo del señor, eje principal y poderoso que mantiene el sistema con rutinario equilibrio. Pero aunque el régimen feudal restó fuerza y funciones a la monarquía, el título real mantuvo cierto prestigio moral, pues el rey era el señor de más rango en el escalafón feudal, señor de todos los señores y vasallo de ninguno.

Esta sociedad feudal, constituida originariamente por tres clases bien características y bien diferenciadas entre sí, se mantuvo casi estática en su organización, impidiendo el desenvolvimiento vital de los pueblos. Fué causa esencial para ello el hecho de que se sostuvieran inmutables las costumbres y posibilidades de las clases sociales: los poderosos nobles educados y ocupados en las actividades guerreras únicamente; los no menos poderosos clérigos —única clase letrada y por consiguiente la más indicada para iniciar cualquier movimiento esclarecedor— dedicados casi exclusivamente al estudio de la teología y a las cuestiones de la Iglesia; y por último los villanos, sumidos en los trabajos de la tierra, sin poder, sin cultura y sin posibilidades de conseguir ni una ni otra cosa. Con estas clases bien delimitadas se conformó primariamente esta sociedad —donde la tierra fué la base de las relaciones sociales— hasta que comenzó a surgir y adquirió cada vez mayor importancia, otra clase social constituida por los habitantes de las ciudades o burgos, dedicada al comercio y a la industria, que adquirió riquezas en dinero y fue un poderoso factor en la transformación económica, social y política de Europa.

La unidad de la religión cristiana, la difusión de la misma y el desarrollo de la Iglesia constituyen las influencias fundamentales en el pensamiento político de la Edad Media, que es esencialmente apolítica. Los problemas religiosos absorben las preocupaciones del tiempo, y cuando aparece la especulación política, ésta se dedica sobre todo al examen de las relaciones entre la potestad eclesiástica y la autoridad secular.

Las teorías políticas en la Edad Media se apoyan en ideas que gozaron del asentimiento general; se creyó —como en la antigua Roma— en el ideal de la unidad política. Se admitió la idea de que debía existir en Europa una Iglesia y un Estado y que la autoridad de cada uno de ellos tenía que vincularse en un poder único; que la Iglesia y el Estado debían confundirse en un solo organismo, y que Dios constituía la fuente suprema de autoridad. Se consideró

a la ley como la expresión directa de la voluntad divina y al sacerdocio como la autoridad gubernamental más importante. Estado e Iglesia constituirían una sola sociedad que gobernaría al mundo, sociedad que se desarrollaría en una perfecta armonía, interviniendo cada poder (temporal y espiritual) en sus asuntos propios y peculiares, sin inmiscuirse en la órbita del otro.

La Iglesia sostenía que la autoridad sagrada de los sacerdotes era de mayor responsabilidad que la de los reyes, pues éstos debían responder ante el poder divino de Dios. Los gobernantes sostenían que la sociedad política es divina por su origen —los reyes— y que sólo eran responsables directos ante Dios. Afirmaban que el fin fundamental del Estado era ético, o sea el sostenimiento de la justicia y el derecho, y sostenían que los reyes gobiernan por voluntad divina, en cuanto cumplen los designios del Creador, realizando la justicia y el derecho.

El predominio cultural del clero y la íntima conexión existente entre la Iglesia y el poder civil, hicieron que se confundieran el poder espiritual de la Iglesia y el poder temporal del Estado. Cuando se realizó la alianza entre la Iglesia y el Estado en tiempo de Carlomagno y más tarde en la época del establecimiento del Santo Imperio Romano-Germánico bajo Otón I, no se fijó la separación de los poderes del emperador y del Papa, se pensó que gobernarían juntos y de manera armónica, dentro de una Iglesia-Estado universal.

Pero el crecimiento de la riqueza de la Iglesia, especialmente en sus dominios territoriales, hizo necesaria la intervención de los dignatarios eclesiásticos en los asuntos de la política y, como consecuencia de este hecho, surgió la tentación entre los hombres que regían la Iglesia de extender su actividad a los negocios de orden secular. Además los mismos poderes políticos que habían logrado sojuzgar a otros bajo su control, solicitaban del poder espiritual su apoyo para alcanzar la supremacía universal. Estos hechos contribuían a alimentar las pretensiones del Papado para mantener esa supremacía, que fue sostenida por grandes papas como Gregorio VII, Inocencio III y Bonifacio VIII, y por teólogos como Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII. La pretensión de llevar a la práctica esta teoría, produjo conflictos inevitables entre papas y emperadores, planteándose el primero de ellos en el siglo XI con motivo de las investiduras. Aún en el siglo XIV va a prolongarse esta tendencia, para decaer definitivamente tras arduas disputas.

III. — CAUSAS QUE PREDISPONEN A LA TRANSFORMACIÓN POLÍTICA DE LOS SIGLOS XIV Y XV.

Muchos son los factores que coadyudan directa o indirectamente, para modificar la estructura política de Europa durante los

siglos XIV y XV. Entre las causas más notables podemos citar:

a) *Las Universidades* (el estudio del derecho).

Es evidente que la transformación intelectual lleva aparejadas transformaciones políticas y sociales. Raymond Gettel en su "Historia de las Ideas Políticas" sostiene que "la naturaleza del pensamiento político depende del estado del desenvolvimiento intelectual". Por ello importa tener en cuenta el acaecimiento intelectual que se produce en Europa en los siglos XIII y XIII, estimulado por el contacto con las civilizaciones bizantina y musulmana que resultó de las cruzadas. El intenso afán de estudiar superó entonces las reducidas posibilidades que brindaban las escuelas existentes y así surgen las universidades (*universitas*), corporación de maestros y estudiantes que, aunque las hubo anteriores (como la de Bolonia, que data del siglo XI) sólo eran aisladas. Pero lo que interesa saber en realidad es que en estas corporaciones, aparte del estudio clásico del *trivium* y *cuadrivium*, se enseñó especialmente teología, medicina y leyes. Algunas dejaron de lado la teología, para enseñar derecho canónico, derecho civil y medicina; otras las hubo que se dedicaron al estudio del derecho exclusivamente (canónico y civil), y es importante tener en cuenta que estos estudios los realizaron con criterio científico, dejando de lado el dogmatismo que hasta entonces había caracterizado la enseñanza. El estudio del derecho adquirió especial importancia en estas universidades medievales, y en particular el derecho romano que tuvo singular trascendencia, por cuanto ejerció gran influencia en la transformación de las ideas políticas, estimulando el poder de los reyes. Las leyes de Justiniano que subrayaban nítidamente la autoridad del monarca, afirmando que el emperador era la ley viva y la fuente de todo poder, servirán más tarde de base a los "legistas" para justificar el avance del poder real a expensas de los señores feudales.

En cuanto al estudio del derecho es fundamental también tener presente en esta época, las "Partidas" de Alfonso El Sabio (siglo XIII), obra ecléctica de enorme valor científico y literario. El trabajo de Alfonso X fue más de dirección que de realización personal, cosa que hubiera sido imposible dada la amplia envergadura de su múltiple producción, lo que supone la colaboración de muchos juristas de la época, y el mismo rey manifiesta ese deseo, como bien lo señala Valbuena Prat en su "Historia de la Literatura Española" cuando expresa: "Para contribuir al esclarecimiento del derecho, Alfonso quiere ser ayudado de las personas más competentes y, a ser posible, de diferentes nacionalidades, ensanchando de esa forma el área de las posibilidades locales. Así, al tratar de la forma de modificar las leyes, advierte que el monarca debe proceder de acuerdo con «hombres entendidos e sabido-

"ros de derechos, agregándose este significativo detalle: «esto lo «faga con los más... que podiere haber e de más tierras»".

Las materias jurídicas de este completo código —que se agrupan en siete partes—, contienen normas tan avanzadas para esa época como lo es la tolerancia de los cultos, que la Iglesia no admitía; aunque en realidad en Europa ello no constituyó problema; sólo la parte de España lo tenía por los musulmanes y los hebreos.

Este código tiene dos singularidades, primero que no fue coercitivo; no obstante ejerció gran influencia en los siglos posteriores sobre la evolución del derecho castellano; y segundo que, apartándose de la lengua oficial y culta de la época, el latín, fue redactado en lengua castellana, lo que evidencia la valoración del idioma propio y le da un sentido "nacional".

Su fuente de inspiración proviene del derecho canónico y de las costumbres locales de Castilla, pero sobre todo del derecho romano; basado en las leyes romanas de Justiniano y coincidiendo con los "legistas" establecía como principio fundamental de la vida política, que el monarca era la autoridad suprema del reino.

El derecho romano fue una consecuencia de la centralización del Estado, e implicaba el absolutismo legislativo del emperador. De esta manera el apoyo más fuerte y decisivo de las pretensiones imperiales brotó con el renacimiento del estudio del derecho romano, que en la última etapa del siglo XI ya se había puesto de actualidad en la Universidad de Bolonia.

Con estos estudios se abrió un extenso panorama a la vida intelectual del hombre, limitado casi exclusivamente, con anterioridad, al campo de la teología; y así los hombres comenzaron a reflexionar sobre los derechos políticos y civiles.

b) La literatura y las nuevas doctrinas filosóficas.

Paralelamente con el desarrollo de las Universidades, surge una nueva actividad literaria y filosófica, que en la alta Edad Media fue escasa y consistió sobre todo en comentarios religiosos, himnos sagrados, crónicas y relatos. Hacia fines del siglo XIII y en especial en el siglo XIV, el pensamiento ascético, monástico y teológico que caracterizaba a la antigua Edad Media va a entrar en un período de crisis, conjuntamente con la desmoralización eclesiológica del siglo XIV que presenta una iglesia relajada y sometida a la política en la corte de Aviñón.

Pero el siglo XIII ya es una época de pleno choque entre la corriente ascética de la Edad Media anterior y el triunfo de la vida que culminará en el gran Renacimiento. La brecha que abren las Cruzadas en Oriente y la actividad económica que se origina en consecuencia, acercan al mundo occidental nuevas ideas y nuevas

costumbres antes ignoradas. El saber y el saber de la naturaleza especialmente, hace adquirir a ésta una significación que antes no había tenido; y este valor atribuido a la naturaleza (y a la naturaleza del hombre) se va a manifestar en la corriente vitalista a través de diversos autores como Boccaccio y el Arcipreste de Hita.

Dante es la culminación de las características medievales y en él la existencia supraterrena es todavía un motivo esencial; pero Boccaccio va a exaltar en cambio la alegría de vivir, dándole más importancia a la vida terrena; de la misma manera que el Arcipreste de Hita en su "Libro del Buen Amor" va a exaltar el goce de la vida, la sensualidad, los placeres; y el conflicto entre moral teórica y realidad alcanza formas más a ras de tierra, hasta el punto de que el Arcipreste va a tener —entre tantos— el amor de una monja.

Hasta ese entonces la Edad Media cristiana se había identificado con el espíritu de renunciamiento a lo terreno; la vida es el "valle de lágrimas" que debe dejarse con alegría ante la verdadera existencia que se abre con la muerte, así hasta los siglos XI y XII domina el motivo de la serenidad, de la alegría ante la muerte, efecto de la fe, de la confianza cristiana. Pero el naturalismo, el vitalismo, van a despertar el amor, la sensualidad, la alegría de vivir y el terror a la muerte; es la lucha del espíritu medieval con el renacentista.

La posición psicológica ante la idea de la muerte varía entonces fundamentalmente; la danza de la Muerte corresponde a un tema de fin de Edad Media. Su género sintetiza la lucha de valores y el contraste entre dos concepciones de la vida, la de la primera Edad Media y la modificación de su espíritu en los siglos del primer Renacimiento. La expresión del dolor ante el morir es una forma de sátira social, igualatoria, democrática, que une los papas y emperadores con los labriegos y mendigos; todos los invitados al terrible baile se lamentan y quieren evitar la presencia de la Muerte. Esto va a repercutir en todo el pueblo, haciéndole perder el espíritu conformista que lo había caracterizado hasta entonces y que le permitía llevar resignado hasta la más miserable existencia, en el consueño de ganar la "verdadera vida" de ultratumba. Pero el vitalismo naturalista va a romper con esa concepción antigua, provocando la necesidad del mejoramiento social para lograr el pleno goce de la vida terrena.

La literatura política tiene con Dante la exposición más lógica y sistemática de la teoría que va en apoyo del Imperio; su obra "De Monarchia" es un escrito gibelino dirigido contra el partido de los güelfos, que abogaban por el Papa. Como muchos pensadores medievales, Dante creía que el hombre debía vivir bajo un gobierno universal, fuese del Papa o del emperador, pero que era preferible la autoridad del imperio en los negocios seculares y en este

sentido sostenía que el Papa no tiene derecho a ejercer su autoridad en la esfera del poder del emperador. Aparte de la claridad con que expone la teoría del Imperio medieval, el principal interés del trabajo de Dante se encuentra en la concepción de la paz, como necesidad vital de la época. Las querrelas entre los pequeños principados y las turbulencias internas de las ciudades italianas habían llegado a crear una situación insostenible para el desarrollo del comercio que exigía ciertas garantías de seguridad.

Otro de los tratados políticos más importantes y originales de la Edad Media es el libro "Defensor Pacis", de Marsilio, que fue escrito hacia principios del siglo XIV. Marsilio, que fue rector de la famosa Universidad de París, conjuntamente con Occam desarrollan sus doctrinas dentro de los límites de la Universidad, sufren la excomunión y forman parte del grupo de franciscanos que se agruparon en torno al débil e ilustrado emperador germánico Luis de Baviera.

Ni Marsilio ni Occam abrazaron abiertamente la causa del imperio, más bien abogaron por la consolidación de la autoridad dentro del Estado, que tiene que vivir independientemente y, en cierto modo, en un plano superior a la misma Iglesia. Marsilio sostenió por ello que los pueblos que hablaban distintas lenguas tenían que formar, también, distintos Estados; propiciando la paz interna en el seno de cada Estado, pero no así la paz entre las comunidades políticas, cuyas guerras, según él, constituían una sabia provisión de la naturaleza.

La tendencia filosófica también sufre un cambio notable, pues la escolástica que tuvo su máximo esplendor en el siglo XIII con Santo Tomás de Aquino, es rechazada por la escuela empírica de Bacon, que proclama la fuente última del conocimiento en la experiencia, única vía para llegar a la verdad. La tendencia al razonamiento sobre las proposiciones contenidas en los textos que originó el formalismo verbalista de Occam y la escuela combinatoria de Luis, que como la de Bacon tuvo un carácter empirista, contribuyeron a debilitar la posición tan arraigada hasta entonces de los escolásticos.

c) El desarrollo de la burguesía.

En los siglos XII, XIII y XIV también se produce otro fenómeno notable: el gran desarrollo del comercio y con él, el crecimiento del poder burgués. Inciden fundamentalmente para ello las guerras seculares entre el cristianismo y el Islam, conocidas con el nombre de Cruzadas; éstas fueron un poderoso estímulo del comercio con Oriente, abriendo el Mediterráneo para las flotas de Europa y facilitando la expansión mercantil de Génova y Venecia que llegaron a tener activa intervención en los asuntos orientales.

La vinculación con las comarcas del este del Mediterráneo y por su intermedio con las más remotas regiones del Asia, vigorizó la actividad comercial e industrial de la Europa de occidente y contribuyó al enriquecimiento de la burguesía y al progreso de las ciudades. El uso creciente de la moneda (que durante siglos, sin perder, había permanecido casi estática ante la economía doméstica feudal) y el enriquecimiento de las clases mercantiles, disminuyeron la importancia de la tierra como la única fuente de bienestar, provocando un rudo golpe a la posición privilegiada y preponderante del clero y la nobleza territorial, dentro del Estado.

Pero las necesidades y las tendencias de esa incipiente y ya poderosa burguesía, eran incompatibles con la organización tradicional de la Europa occidental; estaban en pugna con el conjunto de intereses materiales de los latifundistas y con los intereses espirituales de la Iglesia, que sentía aversión por el comercio. Se explica que a quienes beneficiaba el estado de las cosas imperantes se esforzaran en defenderlo, no sólo porque garantizaba sus intereses, sino porque además les parecía indispensable para la conservación del orden social.

Frente a esta sociedad, la burguesía no adopta una actitud abiertamente hostil, lo único que trata es de conquistar su lugar y de satisfacer sus necesidades más indispensables. Entre éstas, la más apremiante es la necesidad de libertad, pues sin ella no es posible hacer contratos, disponer de sus bienes, trasladarse de un lugar a otro y no es posible, en consecuencia, el comercio. Aunque conviene aclarar que reclama tal libertad únicamente por las ventajas que le confiere; nada más ajeno al espíritu de los burgueses que el considerarla como un derecho natural, es tan sólo un derecho útil. Pero de cualquier manera, y por la necesidad de favorecer el desarrollo de sus actividades, la burguesía irá obteniendo numerosas concesiones, como la que se remonta al siglo XI, que consistió en la creación de una especie de derecho mercantil resumido en un conjunto de usos surgidos de la práctica, especie de derecho consuetudinario internacional que los mercaderes aplicaban entre ellos en sus transacciones; pero como este derecho carecía de sanción legal, era imposible invocarlo ante las jurisdicciones existentes. Por eso los mercaderes se pusieron de acuerdo para elegir entre ellos árbitros que tuvieran la competencia necesaria para resolver sus litigios y tal vez en ello se originan las cortes, que el derecho inglés designa con la expresión de "cortes de los pies polvorientos", por alusión a los pies de los mercaderes cubiertos con el polvo de los caminos.

Al poco tiempo esa jurisdicción ocasional se convierte en jurisdicción permanente, reconocida por el poder público; y así en Italia, Francia, Alemania e Inglaterra, las villas obtienen la autonomía judicial —con regidores locales reclutados entre los bur-

gneses— independiente del derecho consuetudinario territorial. A esta autonomía judicial corresponde la autonomía administrativa, logrando establecer así las burguesías, por su sola iniciativa, la organización municipal; estos municipios obtuvieron sus conquistas en forma pacífica y a través de paulatinas concesiones hechas por los príncipes, pero a veces debieron sublevarse para obtener sus conquistas, sobre todo contra los príncipes eclesiásticos que en su mayoría opusieron resistencia al movimiento municipal.

Pero de grado o por fuerza, las villas y ciudades fueron adquiriendo las constituciones municipales que imponían el género de vida de sus habitantes. Todos los que residían en el interior de la muralla urbana, con la única excepción del clero, participaban en los privilegios de la burguesía. Lo que caracterizaba a ésta, es que constituía en medio del resto de la población una clase privilegiada; es necesario tener en cuenta que la burguesía se convirtió rápidamente de clase oprimida en clase opresora. El burgués se sustruía al derecho común y como el clérigo o el noble, se ubicaba en un estado particular, que más tarde se designó con el nombre de estado llano.

El poder de la burguesía se va a perfilar más ampliamente aún, al participar con el clero y la nobleza en la vida política del Estado. En Inglaterra tiene origen una de las primeras manifestaciones bajo la dinastía de los plantageneta, en el reinado de Juan sin Tierra, y debido a los abusos persistentes a que se libró este rey por hacerse de dinero y a sus arbitrariedades de todo orden, que descontentaron a las clases sociales del reino. Entonces, en 1215, se produce la reacción contra Juan sin Tierra, cuando los barones de Inglaterra, unidos con el clero y apoyados en los elementos burgueses, se levantan contra el rey y le obligan a firmar el documento de las libertades fundamentales del reino o Magna Carta. Y cuando Enrique III, hijo y sucesor de Juan sin Tierra, viola repetidas veces la Magna Carta provocando el descontento del pueblo y de los barones, se produce otra sublevación que obliga al rey a firmar los "Estatutos de Oxford" (1258) por los que se comprometía a gobernar de acuerdo con un consejo de grandes barones. Pero el incumplimiento de lo prometido, provoca una nueva reacción que desemboca en una guerra civil en la que el rey es derrotado; entonces se convoca a una gran asamblea de todo el reino en la cual intervienen no sólo los barones y el clero, sino también dos caballeros por cada condado y dos burgueses por cada ciudad. Este fue el Primer Parlamento (1265), que primitivamente fue órgano de consulta y de controlador fiscal.

En Francia surge también —pero de distinta manera, pues es convocado por el rey— un órgano similar, en el que tienen representación los burgueses: son los Estados Generales que se reúnen por primera vez en 1302. Y en Aragón y Castilla se originan en

el siglo XIII "las Cortes", de igual característica que los Estados Generales de Francia y que el Parlamento Inglés. Estas asambleas, reunidas para obtener la aprobación de impuestos o para pulsar la opinión del pueblo en circunstancias importantes, comprobaban ya la existencia de una comunidad de intereses entre todos los habitantes del reino y la superación de los antiguos localismos feudales, y reflejan el progreso de la burguesía, que interviene al lado de las clases privilegiadas de señores y de clérigos, discutiendo intereses comunes.

Esta burguesía así constituida, deseosa de paz y de seguridad que le permita el libre desenvolvimiento de su actividad económica, va a apoyar a los reyes en su tarea de centralizar su autoridad a expensas de los señores feudales, cuyas luchas eran un factor constante de desorden e intranquilidad.

d) *Las guerras.*

Otro factor importante que va a incidir en el fortalecimiento de la monarquía son las guerras que mantienen señores feudales entre sí, o las que sostienen los reyes contra otro reino. El uso de la pólvora —introducida en Europa en el siglo XIV— que tornó ineficaz la armadura de los caballeros e hizo que perdiera fuerza la caballería feudal; y la contribución de los señores feudales con sus tropas y su persona en las guerras, donde incluso a veces morían, son otra causa del debilitamiento feudal, en beneficio de los reyes, que se organizan en monarquías nacionales. Porque los grandes imperios que reunieron bajo su cetro territorios heterogéneos, que diferían entre sí por raza, tradición, costumbres y lenguaje, tuvieron mucha menos posibilidad de mantener su unidad que aquellos pueblos cuyas afinidades y origen común representaban ya por sí solos un principio de unidad.

Así el Santo Imperio Romano-Germánico siempre fue débil y hubo de desmembrarse después de largas luchas sostenidas por las ciudades italianas contra el emperador Federico I, al cual vencieron completamente en el año 1176 las milicias burguesas en la batalla de Legnano; el emperador se reconcilió entonces con el Papa y debió reconocer a las ciudades italianas el goce de sus viejas libertades. Más tarde, con la muerte de Federico II (1250) —preludio del gran interregno alemán— se extingue la dinastía de los Staufen y la separación de Italia y Alemania queda consumada.

IV. — TRANSFORMACIONES POLÍTICAS EN LOS SIGLOS XIV Y XV.

A estas causas ya citadas que preceden las transformaciones de los siglos XIV y XV, ocurren otras que se suceden durante el transcurso mismo de dichos siglos y que van a conformar los cambios fundamentales de las instituciones de la época.

Este período de los siglos XIV y XV se caracteriza por la decadencia del feudalismo, el desarrollo de las monarquías nacionales, la debilidad histórica del Papado y la reunión de los grandes concilios de la Iglesia. Ya no es posible sostener por más tiempo las ideas medievales de la unidad y la universalidad de un Estado-Iglesia. Decece la importancia del clero al perder el pontificado su enorme influencia política y disminuye el poder de la nobleza feudal, al mismo tiempo que aumenta el poder de los reyes y el vigor político del pueblo comienza a manifestarse.

Es un período de plena transición política en que las tendencias generales de la Edad Media se encuentran en un estado de decadencia y decrepitud, y un nuevo espíritu crítico apoyado en la historia, destruye lentamente los mitos y dogmas escolásticos de la Edad Media. Las teorías políticas divorciadas en otro tiempo de la realidad, entran entonces en estrecha relación con los hechos que hacen a la vida política de los pueblos.

Sin embargo, las transformaciones no son uniformes en toda Europa, pues mientras decae el Imperio Romano-Germánico, Francia, Inglaterra y España se organizan sólidamente bajo la dirección de sus monarcas y se perfilan como las grandes fuerzas políticas de la Europa moderna. Alemania apenas quedó unida bajo débiles emperadores e Italia se disgregó en una serie de repúblicas y ciudades independientes.

IV. — TRANSFORMACIONES POLÍTICAS EN LOS SIGLOS XIV Y XV.

Francia e Inglaterra.

A fines del siglo XIII Francia había entrado netamente en el carril de la monarquía. La continuidad de descendencia masculina en la familia de los Capetos les permitió transformar en hereditaria la dignidad real, que fuera en un comienzo electiva; para ello fueron asociando al gobierno a los hijos en vida de los padres, y ahí la herencia del poder fue establecida por costumbre antes de ser aceptada como ley. Felipe IV, el Hermoso (1285-1314), nieto de San Luis, fue acabado representante de la fuerza monárquica y hábil político, que eligió sus colaboradores principalmente entre los burgueses expertos en el conocimiento de las leyes romanas; estos conocedores del derecho romano que fueron llamados "legistas", sostuvieron los principios políticos del derecho romano de Justiniano que definían al rey como la "ley viva" y destacaban el carácter absoluto de la autoridad real.

Felipe el Hermoso dotó de recursos a la monarquía mediante la asamblea de los "Estados Generales"; a la vez que daba a sus integrantes cierta intervención política en los asuntos del reino, lograba el apoyo popular para el fortalecimiento de la realeza.

Las controversias doctrinales del siglo XIV van a contribuir más aún a ese fortalecimiento en desmedro del prestigio de la Iglesia; las disputas entre la Iglesia y el Estado a comienzos de dicho siglo, se concentran en torno a la oposición que sostiene el Papa Bonifacio VIII contra Felipe el Hermoso, como consecuencia de la imposición de tributos al clero por parte de la monarquía. El Papa intenta, sin éxito, extender la supremacía eclesiástica, olvidándose del crecimiento de los Estados nacionales y del apoyo popular que sostenía el poder de los reyes. La circunstancia de que la controversia entre el Papa y el monarca francés se concretara en un problema de tributación, netamente secular, fortificó la opinión de los partidarios del poder real.

Esta discusión condujo al extremo de tratar de la naturaleza del derecho de propiedad, en cuya controversia el partido eclesiástico sostuvo que la propiedad suprema de todos los bienes temporales radica en la Iglesia, estando sometida, por consiguiente, a la jurisdicción del Papa. Los partidarios del monarca objetaron que, a diferencia de la propiedad entre los laicos, que es individual por naturaleza, la propiedad de los clérigos pertenece a la Iglesia, considerada como una corporación, y el Papa no es un propietario sino un mero administrador de los bienes de la Iglesia. Paralelamente, se hizo un estudio jurídico de la propiedad en correspondencia con la jurisdicción, y se invocó con éxito, la competencia jurisdiccional del monarca francés en los límites de su territorio, sobre las propiedades de la Iglesia.

Los legistas sostuvieron además, que la fuente suprema de la autoridad eclesiástica se encuentra en los concilios generales de la Iglesia, y que estas asambleas pueden destituir al Papa; tesis similar a la que va a sostener luego el Concilio de Constanza para terminar con el cisma de Occidente.

La excomunión de Felipe por el Papa, culmina con el atentado de Anagni (1308), y el "cautiverio de Aviñón" (1309), que perjudicó la libre acción de los pontífices y favoreció la influencia de la monarquía francesa.

Pero el desenvolvimiento de dicha monarquía se va a ver truncado pasajeramente, por un nuevo período de luchas contra los ingleses que repercutió profundamente sobre la vida de ambos países: "La guerra de los Cien Años" (1337-1453). Este largo conflicto que se desarrolló en forma intermitente y con diversos resultados, surge en 1338 al extinguirse la línea directa de los Capetos, sube entonces al trono por aplicación de la "ley sálica" Felipe de Valois, e inicia en 1337 las hostilidades contra los ingleses reclamando el ducado de Guyena.

Esta guerra contribuyó, en última instancia, a fortalecer la monarquía tanto en Francia como en Inglaterra. En Francia el rey debió organizar un ejército permanente y para financiar los

gastos los Estados Generales aprobaron la percepción de un impuesto anual directo; de esa manera, con ejército permanente y recursos permanentes, se acentuó el poder monárquico.

Sin embargo, por curiosa contradicción, la monarquía —enemiga política del feudalismo— engendró a su vez poderosos feudos, por la costumbre de los reyes de dar a sus hijos menores extensos dominios, contribuyendo al surgimiento de nuevos grandes señores de estirpe real. Pero Luis XI (1461-1483), sucesor de Carlos VII vencedor de los ingleses, impuso su autoridad a estos grandes señores feudales apoderándose de sus dominios, y su figura aparece en la historia de Francia como la del monarca que culminó la unificación del país.

Con la conquista de Inglaterra por el duque de Normandía (1066), se inicia un período en el cual los sucesores de éste, van a someter el país de Gales y parte de Irlanda, quedando sólo Escocia como reino independiente en las Islas Británicas.

A fines del siglo XIII, Inglaterra avanza hacia la consolidación de la monarquía; surge el idioma inglés como idioma nacional, dejándose de lado el francés; y el Parlamento surgido de la asamblea del año 1265 se convierte —como los Estados Generales de Francia— en el órgano de relación entre los reyes y el pueblo, pues en él se hallaban representadas todas las clases sociales (entendiéndose por "todas", nobleza, clero y estado llano). Esta asamblea nació en sus comienzos, al igual que los Estados Generales, como un simple órgano de consulta y de control fiscal. Pero a diferencia de éstos que perdieron importancia a partir del siglo XV, cuando el rey de Francia no tuvo que depender de ellos para la obtención de recursos por contar con un impuesto anual directo, el Parlamento inglés limitó cada vez más el poder de los reyes en la época moderna y creó un nuevo tipo de gobierno por el cual el Parlamento es el que verdaderamente gobierna en nombre de la nación. Probablemente en 1341 dicho Parlamento se

"dividió en dos cámaras: la 'Señores' y la 'Comunes'; la primera formada por los grandes barones y prelados del reino, que al margen de toda elección, eran considerados por derecho propio miembros del Parlamento; la segunda formada por los representantes elegidos por las ciudades y condados.

A principios del siglo XIV Inglaterra constituía ya un poderoso reino de Europa y la guerra secular contra Francia produjo las mismas consecuencias que en ésta; la fortificación de la monarquía, a expensas de los feudales que se debilitaron con sus contribuciones. Pero además Inglaterra tuvo que atravesar una crisis que desembocó en una guerra civil, producida por facciones nobiliarias pretendientes al trono: "la guerra de las Dos Rosas" (1453-1485), que originó la dinastía de los Tudor. Esta guerra tuvo importantes consecuencias, pues la nobleza decayó fuertemente,

muriendo muchos de sus miembros en la guerra, lo cual favoreció a la reyección que al adueñarse de las tierras de los nobles desaparecidos, aumentó sensiblemente su riqueza y su poder. Hacia fines del siglo XV, los Tádor ricos y poderosos, resumían la consolidación definitiva de la monarquía inglesa.

España.

También como en Inglaterra y Francia, en el siglo XIII surgen en Aragón y Castilla "las Cortes", en que intervienen los representantes de las ciudades junto con la nobleza y el clero. Pero en Aragón los nobles unidos con la burguesía, promueven una situación similar a la ocurrida en Inglaterra en 1215, y obtienen del rey Pedro III una serie de prerrogativas concedidas por el "Privilegio General" de 1283. En medio de estas luchas surgió también una original magistratura llamada el "Justicazgo Mayor de Aragón" que tenía por cometido esencial vigilar el cumplimiento de los Fueros o Leyes, e impedir que los reyes eludieran sus disposiciones. Pero no obstante estas luchas contra los reyes, es en España donde se acentúa más la centralización política y mejor se consolida el poder monárquico, preparándose para el advenimiento del absolutismo.

Si en Francia e Inglaterra la guerra de los Cien Años fue una de las principales causas que contribuyó a fortalecer la monarquía, en España la lucha contra los musulmanes no lo fué menos; pero además fue decisiva para la unidad española y la consolidación de la autoridad monárquica, el matrimonio del príncipe de Aragón con la princesa de Castilla (1469), que unieron los dos más importantes reinos de la península ibérica.

De los cinco reinos que existían en el siglo XII en la península (Aragón, Navarra, Castilla, Portugal y el reino musulmán de Granada), dos quedaron unidos por el matrimonio aludido; el reino musulmán fue conquistado a fines del siglo XV (1492), y con el pequeño reino de Navarra sucedió lo propio a principio del siglo XVI (1512) de manera que a fines del siglo XV y a principios del siglo XVI la unidad española quedó identificada bajo una fuerte monarquía —la de los Reyes Católicos—, y sólo subsistió el reino de Portugal como estado independiente.

En el mismo año en que se rendían los musulmanes de Granada, Cristóbal Colón descubre América y abre un nuevo continente a la actividad conquistadora de España. Por otra parte los Reyes Católicos concibieron la penetración de la reconquista, y así comenzaron la ocupación de las tierras africanas que enfrentaban Gibraltar. También por Europa la expansión se orientó a través del Mediterráneo hacia Italia del sur, donde desde el siglo XIII ya se habían establecido los aragoneses al conquistar el reino de las

Dos Sicilias. Pero en Italia, España debió chocar con las pretensiones de Francia, lo cual provocó a fines del siglo XV, largas guerras. De esta forma a principio de la Edad Moderna, España se perfila en Europa como una de las más grandes potencias continentales.

El Imperio Romano-Germánico.

La evolución política del Imperio después del gran interregno, fue inversa a la efectuada en los estados de occidente: Francia, Inglaterra y España, pues mientras éstos evolucionaron del particularismo territorial y feudal a la unidad nacional y monárquica, en el Imperio se debilitó el poder central desintegrándose en una gran cantidad de ducados, margraviatos, ciudades libres, etc., apenas unidos bajo la sombra del poder de los emperadores, que vieron mermar cada vez más sus funciones y fueron incapaces de mantener la cohesión del Imperio, perdiendo así hasta la propia unidad política. El Imperio perdió también la dominación de Italia, quedando reducido a su base territorial estrictamente germánica.

La dignidad imperial que siempre había sido electiva, pero cuyas condiciones y forma de elección estaban fijadas sólo por la costumbre, se reglamentó por la Bula de Oro de 1356, eligiéndose siete príncipes electores (tres eclesiásticos y cuatro laicos) que fueron reconocidos como de superior categoría a todos los otros miembros del Imperio y completamente independientes frente al emperador. Pero ello no modificó para nada la autoridad de los emperadores que en los siglos XIV y XV fue sumamente débil, pues no podían adoptar válidamente ninguna resolución que afectara a los estados del Imperio, sin que fuera consentida por "la Dieta", organismo que integraban tres asambleas compuestas por los príncipes electores, los demás señores del Imperio, y las ciudades, sin cuyo consentimiento nada podía resolver el emperador que, coartado así en su actividad, careció de todo poder.

Esa debilidad tuvo como consecuencia la separación de los Cantones Suizos, que formaron una confederación independiente, reconocida oficialmente por el Imperio en 1488.

De esta manera el Imperio, más que una monarquía, fue una federación anárquica de principados y repúblicas, presididas por un emperador.

Italia.

Durante los siglos XI a XIII, Italia estuvo dividida en dos partes: la del norte que era dependencia imperial y la del sur que constituía un reinado separado, el de las Dos Sicilias. La caída de

los Staufen (1250) emancipó de hecho a la Italia del norte, donde surgieron una serie de repúblicas mercantiles.

Pero esas ciudades que lucharon incansablemente por su independencia y que hasta a veces se unieron para defender de modo más eficaz sus libertades, ante la desaparición del peligro imperial germánico, se sumieron en una anarquía política que terminó por engendrar la tiranía. No supieron organizar, ni las relaciones pacíficas entre ellas, ni tampoco la tranquilidad política interna de cada una, y las disputas por la posesión de un territorio o por la adquisición de la hegemonía, las enfrentaron en guerras constantes y luchas de facciones, que terminaron por agotarias favoreciendo el advenimiento de los tiranos.

De esta forma, Italia presenta características muy distintas a los demás Estados Europeos, pues no puede consolidar su unidad territorial por el carácter de sus repúblicas y de los pequeños señóricos, y en especial de la Iglesia por la política de los Papas, opuestos decididamente a la unificación para conservar la jurisdicción de sus propios Estados.

El advenimiento de los tiranos se produjo, generalmente, por obra de la fuerza militar, de la que se sirvieron los jefes de los fuertes ejércitos mercenarios (condottieri) para llegar al poder y tiranizar a las mismas repúblicas que les habían pagado para que las defendieran; tal como sucedió en Milán en la que se adueñó del poder Francisco Sforza.

Diferente es el origen de la tiranía de Florencia, en que los Médicis utilizaron la fuerza de la riqueza para adueñarse del gobierno. La vida política florentina se caracterizó por su agitación; primero en el siglo XIII con las luchas entre güelfos y gibelinos, a las que también se sumó el Papa prestando su apoyo al partido de los güelfos, porque éstos no habían reconocido el poder imperial en Italia; y luego en las querrelas interminables entre las corporaciones ricas (artes mayores) de tendencias aristocráticas y las corporaciones pobres (artes menores) de tendencias democráticas.

En cambio en Venecia el curso de la evolución política fue distinto, pues allí se organizó un sólido gobierno aristocrático que habría de durar hasta el siglo XVIII. El gobierno veneciano estuvo en un principio (siglo XI) en manos de un magistrado "Dux", pero la aristocracia le fue arrebatando paulatinamente sus funciones hasta convertirlo en un funcionario decorativo, de cuyas manos había escapado todo poder político. Dicha aristocracia asimismo impidió al pueblo toda intervención en el gobierno y formó una serie de consejos, entre los que se destacaba el "Senado", cuyo reclutamiento fue enteramente aristocrático.

Pero en general la convivencia de nobles y burgueses en las ciudades, hizo que la burguesía rica apenas se diferenciara de la nobleza y cuando los "condottieri" se convirtieron en príncipes y

dejaron de ser requisitos del trono no sólo la cuna y el linaje, sino la propia legitimidad de nacimiento, pudo creerse que el concepto de la nobleza se había desvanecido.

Los siglos XIV y XV en Italia, se distinguen desde el punto de vista político por su envilecimiento, llenos de sombras, donde se llega al poder por la fuerza de las armas, del dinero, por el asesinato (el envenenamiento era medio), en fin, por cualquier medio, que en última instancia si lograba el objetivo, siempre era lícito. Maquiavelo es fiel expresión de este período —fin del siglo XV— a través de "El Príncipe", donde señala, dejando de lado todo escrúpulo moralista y apartándose de la escolástica ya en decadencia, las reglas que debe observar el gobernante para conservar el poder, buscando ejemplos empíricos que ha de imitar el político para alcanzar el fin que se propone. La crueldad y la mala fe características de la política italiana del siglo XV, se recomiendan con la mayor indiferencia para el logro del afán que se persigue. En su categórica expresión "el fin justifica los medios" puede resumirse bien, una parte de las ideas maquiavélicas. Maquiavelo estableció la subordinación de los principios éticos al bienestar público y a las necesidades del Estado y en sus aspiraciones hacia la unidad de Italia, se opuso al Papado por parecerle uno de los mayores obstáculos para ella. También se opuso a la idea del derecho natural y ubicó en su lugar, la concepción de la ley como una norma positiva, creada por el soberano y amparada por la fuerza física.

Las ciudades italianas que no alcanzaron a constituir políticamente un estado, formaron sin embargo un conglomerado homogéneo, gobernado en sus partes por tiranos locales y en su conjunto por sus mismas costumbres, su forma de vida, su iglesia, su lenguaje, y por la rica burguesía, muy desarrollada y poderosa a fines del siglo XV. Dichas ciudades, en consecuencia, aunque fueron libres y no tenían lazos políticos ni jurídicos entre sí, estaban ligadas por una actividad común: el comercio; por un sistema social y político: el burgués; por un vínculo natural: la raza; y por un vínculo geográfico: el territorio; y el desarrollo de sus riquezas y el espíritu individualista, van a crear el clima propicio a la expresión brillante del pensamiento y del arte, que originó la gran transformación intelectual y artística que ha de alcanzar su máximo esplendor en el Renacimiento.

Las tiranías de los siglos XIV y XV en Italia son además, la culminación en la Edad Media de la feroz revolución burguesa que comenzó con el crecimiento de las ciudades y los burgos, y que se fue agrandando en la medida que se multiplicó el comercio, hasta desembocar en la poderosa dictadura burguesa que en esa época tuvo su máxima expresión en la Italia del siglo XV.

Conclusión.

Repasando en rápida hojeda las transformaciones políticas en los siglos XIV y XV, podemos decir que, en Inglaterra, Francia y España se consolida la monarquía, estableciéndose un poder real unitario y fuerte. En Italia no se logra la unidad monárquica y se impone en cambio la tiranía burguesa a través de repúblicas independientes que guardan ciertos paralelos sociales y políticos. Y en Alemania se establece apenas una monarquía unitaria sumamente débil, que más bien es un conjunto de estados independientes bajo la sombra de un emperador, una especie de prolongación de un "feudalismo atenuado".

V. — EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO POLÍTICO A TRAVÉS DE LAS TRANSFORMACIONES DE LOS SIGLOS XIV Y XV.

El punto cardinal del pensamiento político en la Edad Media está determinado por la relación entre la potestad eclesiástica y la secular. Todo gira en torno de si el poder de Dios se delegaba por igual en el emperador y en el Papa —representantes del poder temporal y del poder espiritual— o si por el contrario el vicario de Dios recibía la totalidad del poder y delegaba el poder temporal en el emperador, tesis que sostenía el Papado. Así la tendencia general hasta el siglo XIII fue plantear una teoría sobre la supremacía de la Iglesia y el Papa en el mundo político. Pero el cautiverio de Aviñón en el siglo XIV que hace decrecer la influencia del Papado, y el gran cisma de Occidente que origina el movimiento conciliar del siglo XIV, modifican totalmente el pensamiento político de la época.

Para concluir con el cisma, el concilio de Constanza (1414-1417) debe deponer a los papas de Pisa y de Aviñón y se ve en la necesidad de declarar la supremacía de los concilios sobre los papas; a dicho decreto se le ha considerado como el documento oficial más revolucionario en la historia del mundo porque señala el momento cumbre en que la teoría medieval de la concepción romana de una autoridad única, de ordenación divina, es reemplazada por una asamblea representativa basada en el elemento popular. Esa doctrina fue sustentada luego por algunos dignatarios eclesiásticos, que trataron de hacerla ratificar en el nuevo concilio de Basilea (1431-1437) sin éxito; de conseguirlo hubiera importado el quebranto de la autoridad pontificia que, no obstante, con estas luchas vio debilitada su fuerza y perdió su enorme influencia política.

Nicolás de Cusa defendió en la época del concilio de Basilea ideas radicales y democráticas, quizá demasiado radicales y revo-

lucionarias para la realidad política de la época. Consideraba el concilio o asamblea representativa como el órgano central de la Iglesia y el Estado, radicando la fuerza de su autoridad en el consentimiento de todo el pueblo. Al sostener que todos los hombres son libres e iguales por naturaleza, hablaba el origen de la autoridad y de la ley en el mismo pueblo.

Las teorías políticas de la Edad Media generalmente permanecieron desvinculadas de la realidad, y recién en el siglo XV el pensamiento político evoluciona con Maquiavelo pícamamente ajustado a la realidad histórica y del momento.

Paralelamente con el desarrollo de las monarquías nacionales, los juristas sostuvieron la doctrina de que la autoridad de los gobernantes procede de una delegación del pueblo y que el poder supremo de la Iglesia reside en el conjunto de creyentes. Pero con el desarrollo de dichas monarquías nacionales se personificó al Estado con el gobernante. No obstante la doctrina de la corporación elaborada por los juristas, aunque se aplicó principalmente a los pequeños grupos sociales como concilios, universidades, etc., tuvo por fundamento el reconocimiento legal del conjunto de individuos, e hizo posible la definición posterior de soberanía, como atributo a cualidad del pueblo en el Estado, sin acudir a la persona del monarca. Y a esta doctrina se añade la concepción de la personalidad de las corporaciones —formulada por primera vez en esta época—, que en unión de la teoría conciliar de la representación, sirven para establecer una distinción clara entre Estado y gobierno, entre la fuente suprema de autoridad y los órganos en los cuales descansa la autoridad, por medio de una delegación.

Los juristas del siglo XV llegaron a proponer una distinción clara entre jurisdicción y propiedad, protegiendo los derechos del titular de la propiedad privada contra el detentador de la autoridad política. Esta doctrina en pugna con la teoría feudal, según la cual el monarca es el propietario eminente del territorio del Estado, produjo una absoluta separación entre la posesión territorial y la autoridad del gobernante; y contribuyó a trasladar la fuente suprema del poder soberano de la persona del monarca, al conjunto del pueblo —en el Estado— considerado como una unidad.

De esta forma en los siglos XIV y XV —aunque pertenecen según la división histórica y convencional a la Edad Media— se dan los primeros pasos hacia la modernidad; es evidente que estos siglos constituyen una etapa de transición, en la que perduran muchos caracteres de la Edad Media en contacto con otros nuevos que insinúa ya la llamada época moderna. Y así el pensamiento político de estos dos siglos —mil años detenido— florece con los juristas del Renacimiento, que al defender temporalmente el poder

y la fuerza de los monarcas, introducen en sus escritos numerosos conceptos cuyas consecuencias son verdaderamente democráticas.

Gettel dice que la democracia moderna tiene una deuda con las controversias teológicas del siglo XV.

BIBLIOGRAFIA

- BUSCHMANN, JACOBO: *La Cultura del Renacimiento en Italia*. Ed. Joaquín Jil S. A., Barcelona, 1946.
- FRANCO, JOHN M.: *Historia de la Economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1958.
- GETTEL, RAYMUND G.: *Historia de las Ideas Políticas*. Ed. Labor S. A., Barcelona, 1937.
- MACIUVELLI, NICOLÁS: *El Príncipe*. Ed. Espasa-Calpe. Bs. As., 1946.
- FRANCO, JOHN: *Historia económica y social de la Edad Media*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1955.
- ROMERO, JOSÉ LUIS: *La Cultura Occidental*. Ed. Columbia. Bs. As., 1953.
- SANJAY, ANTONIO ESTEBAN: *Introducción a la Teoría del Estado*. Ed. Difusión. Bs. As., 1931.
- VALBUENA PRAT, ANTON: *Historia de la Literatura Española*. Ed. Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1950. Tomo I.

TEXTOS

1

NORMAS DE ETICA PROFESIONAL Y NORMAS DE ETICA JUDICIAL SANCIONADAS POR LA AMERICAN BAR ASSOCIATION*

II. — NORMAS DE ETICA JUDICIAL

Los cánones de ética judicial que hoy se publican, traducidos al castellano, han sido sancionados por la American Bar Association. Puede sorprender, a quienes no se encuentren familiarizados con las prácticas asociativas de los abogados norteamericanos, el hecho de que las normas de conducta profesional de los jueces, hayan sido establecidas por la misma asociación que aprobara las correspondientes a los abogados.

Es que, en verdad, la American Bar Association, a diferencia de nuestros Colegios de Abogados, tiene un carácter representativo más amplio, y la esfera normal de sus intereses, excede del que habitualmente se reconoce a nuestras asociaciones de abogados.

Todo ello traduce la estrecha colaboración y el íntimo contacto existente entre el Foro y el Tribunal. Ambos cooperan en las Escuelas de Derecho, las que se transforman así en un terreno común para el análisis de problemas jurídicos, y la solución práctica de las dificultades que presenta la administración de justicia. Además, existe una relación directa e inmediata entre abogados y jueces, cuyas respectivas funciones se implican y se supeditan mutuamente. De ahí la conveniencia de armonizar esfuerzos, y de fijar cánones de conducta que, satisfaciendo el interés general, sean un motivo de recíproca comprensión y beneficio.

La lectura de las normas que hoy se publican, acreditan la similitud de algunos problemas que aquejan una sana administración de justicia en nuestro país y en los Estados Unidos. Las respuestas a los interrogantes que la situación suscita y a las paradojas que la definen parecen ser tan satisfactorias aquí como pueden serlo en aquel país. Otras, responden a las peculiaridades del Common Law o a las tradiciones políticas norteamericanas, sin paralelismo en las nuestras. La más llamativa, sin duda, se

* Las normas de Ética Profesional se publican en *LECTIONES Y EN-SAYOS* N.º 18.

refiere a la designación de los jueces mediante el procedimiento electoral.

Por último, cabría señalar que algunas de los cánones vigentes, parecieran invadir materia procesal, reservada a la legislación. Es que en la administración correcta de la justicia, cuenta esencialmente el comportamiento del juez, y el deslinde entre lo que es formalismo normativo y conducta decorosa debida por el magistrado, es difícil de efectuar.

Más importante, para una adecuada administración de justicia, es una conducta honesta, eficiente e imparcial de los jueces, que la bondad abstracta de principios generales. Estos carecen de realidad, a menos que sean sabios y lealmente aplicados. Y lealtad y sabiduría son cualidades específicas de los hombres.

Juzgar el Derecho de un país, es, en importante medida, juzgar el comportamiento de los jueces en la decisión de las controversias de su competencia.

Estos cánones de ética, tienden a definir con mayor claridad, la ruta del honesto comportamiento judicial.

Juho Cuero Rúa

Traducción realizada, para Lecciones
y Ensayos, por Pablo A. Norvath.

Prólogo *

Además de las Normas de Conducta Profesional de los Abogados que han sido formuladas y adoptadas, la American Bar Association, teniendo presente que el carácter y la conducta del juez nunca debe ser objeto de indiferencia, y que los standards de ética proclamados tienden a convertirse en hábitos de vida, juzga deseable exponer sus puntos de vista referentes a los principios que deben gobernar la actuación personal de los miembros de la magistratura en el desempeño de sus tareas. Por consiguiente, la Asociación adopta las siguientes normas, el espíritu de las cuales es sugerido como una conveniente guía y advertencia para los jueces, y como una indicación de lo que el pueblo tiene derecho a esperar de ellos.

1. Relaciones de la magistratura.

La asunción del cargo de juez crea en quienes lo asumen deberes personales con referencia a sus relaciones con el Estado y sus habitantes, a los litigantes, los principios del derecho, los profesionales que actúan ante su tribunal, y los testigos, jurados y el personal subalterno que le asiste en la ejecución de sus funciones.

2. El interés público.

Los tribunales existen para promover la justicia, y de este modo servir al interés público. Su administración debe ser rápida y cuidadosa. Todo juez debe estar permanentemente alerta en sus fallos y en la conducción de los asuntos del tribunal, hasta donde le sea posible, para hacerlo útil a los litigantes y a la comunidad. Debe evitar el caer inconscientemente en la actitud mental de pensar que los litigantes están hechos para los tribunales en vez de que los tribunales lo están para los litigantes.

* Las Normas de Ética Judicial fueron adoptadas por la American Bar Association en su 37ª reunión anual, realizada en Filadelfia en 1924, siendo completadas y modificadas en diversas oportunidades desde 1929 hasta 1933. El texto completo y actualizado es el que aquí se publica. (Nota del traductor).

3. Obligaciones constitucionales.

Es deber de todos los jueces en los Estados Unidos sostener la Constitución federal y la del Estado cuyos leyes ellos administran; al hacerlo, deben observar y aplicar sin temores las limitaciones y garantías fundamentales.

4. Evitar hechos impropios.

La conducta oficial del juez debe estar libre de toda impropiedad y apariencia de impropiedad; debe evitar infringir la ley; y su conducta personal, no sólo en el tribunal y en el cumplimiento de sus deberes judiciales, sino también en su vida diaria, debe ser irreprochable.

5. Conducta esencial.

El juez debe ser sobrio, atento, paciente, imparcial y, dado que él está para administrar la ley y aplicarla a los hechos, debe ser estudioso de los principios del derecho y diligente en tratar de averiguar los hechos.

6. Esmero.

El juez debe exhibir un esmero y una dedicación proporcionados a los deberes que le han sido impuestos.

7. Promptitud.

El juez debe ser rápido en el cumplimiento de sus deberes judiciales, reconociendo que el tiempo de los litigantes, jurados y abogados es valioso y que una habitual falta de puntualidad de su parte justifica el descontento con la administración de los asuntos del tribunal.

8. Organización del tribunal.

El juez debe organizar el tribunal teniendo en vista el rápido y conveniente despacho de sus asuntos y no debe tolerar abusos y negligencia por parte de los empleados y otros dependientes, quienes, a causa de su amistosa compañía con ellos, a veces se hallan inclinados a contar demasiado con su bien inspirada conformidad.

Es deseable también, donde el sistema judicial lo permite, que coopere con otros jueces del mismo tribunal, y en otros tribunales, como miembros de un solo sistema judicial, para promover una más satisfactoria administración de justicia.

9. Consideración hacia los jurados y otros.

El juez debe ser considerado hacia los jurados, testigos y otros en su comparecencia ante el tribunal.

10. Cortesía y decoro.

El juez debe ser atento con los abogados, especialmente con los que son jóvenes e inexpertos, y también hacia toda otra persona que comparezca o conectada con la administración de justicia en el tribunal.

Debe también requerir y, hasta donde su poder se extienda, imponer la vigencia de decoro y cortesía por parte de los empleados, funcionarios del tribunal y abogados, ante el tribunal y los jurados, testigos, litigantes y otros que tengan asuntos en el tribunal.

11. Conducta de los abogados contraria a las reglas de la profesión.

El juez, en su oportunidad, debe criticar y corregir la conducta de los abogados contraria a las reglas de la profesión, que llame su atención; y si el comentario adverso no es correctivo suficiente, debe enviar de inmediato el asunto a las correspondientes autoridades de investigación y disciplina.

12. Funcionarios de la justicia y su retribución.

Los fideicomisarios, administradores judiciales, "masters", interventores, guardadores y otras personas designadas por el juez para ayudar en la administración de justicia deben tener la más estricta probidad e imparcialidad y deben ser seleccionados teniendo en vista únicamente su carácter e idoneidad. La facultad de efectuar tales designaciones no debe ser ejercida por él para su ventaja personal o partidaria. No debe permitir que sus nombramientos sean controlados por terceros. Debe también evitar el nepotismo y el indebido favoritismo en sus designaciones.

Mientras que no debe vacilar en fijar o aprobar sumas justas, él debe ser la más escrupulosa en conceder o aprobar retribución por los servicios o cargos derivados de tales designaciones, para evitar concesiones excesivas, sean o no objetadas o recurridas. El no puede eximirse de esta responsabilidad por el consentimiento del abogado.

13. Parentesco o influencia.

El juez no debe actuar en un litigio donde un pariente cercano es parte; él no debe tolerar una conducta que justifique la impresión de que cualquier persona puede impropiamente influenciarlo o gozar indebidamente de su favor, o que él es afectado por el parentesco, rango, posición o influencia de cualquier litigante u otra persona.

14. Independencia.

El juez no debe dejarse dominar por pedidos de parientes, el clamor público o consideraciones de popularidad personal o notoriedad, ni ser sensible a las críticas injustas.

15. Interferencia en la conducción del juicio.

El juez puede intervenir propiamente en un juicio para acelerarlo y evitar pérdidas innecesarias de tiempo o para aclarar alguna cuestión oscura, pero debe tener presente que su indebidá interferencia, impaciencia o participación en el examen de testigos, o una actitud severa de su parte hacia los testigos, especialmente aquellos que están excitados o asustados por las circunstancias inusitadas de un proceso, puede tender a impedir la correcta alegación del caso, o la averiguación de la verdad.

La conversación entre el juez y el abogado en el tribunal es a menudo necesaria, pero el juez debe ser cuidadoso en evitar controversias que pueden oscurecer los fundamentos del litigio y llevar a una decisión injusta. Al dirigirse al abogado, litigantes, o testigos, debe evitar una manera o tono polémicos.

Debe evitar interrupciones al abogado en sus alegatos, excepto para aclarar su pensamiento acerca de sus asertos y no debe tentarse a un innecesario despliegue de erudición o a un juicio prematuro.

16. Peticiones sin citación de la contraparte.

El juez debe desalentar procedimientos inusitados para la emisión de mandamientos judiciales y autos de intervención judicial en que la orden pueda obrar en detrimento de partes sueltas; él debe actuar en consecuencia de tales peticiones sin citación de la contraparte sólo donde la necesidad de una acción rápida surge claramente; si esto se demuestra, entonces debe procurar en contrarrestar el efecto de la ausencia del abogado contrario con un escrupuloso interrogatorio e investigación de los hechos y de los principios de la ley en los cuales la petición se basa, otorgando auxilio únicamente cuando consta plenamente que la ley lo permite y la emergencia lo exige. Debe recordar que un mandamiento es una limitación de la libertad de acción del demandado y no debe otorgarlo ligera o inadvertidamente. Quien solicita tal medida tiene a su cargo la prueba de su necesidad y esta carga se incrementa cuando media la ausencia de la parte cuya libertad de acción, aunque sólo temporariamente, se busca restringir.

17. Comunicaciones sin participación de la contraparte.

El juez no debe permitir entrevistas privadas, alegatos o conversaciones destinados a influir su actuación judicial, en los cuales no se hallen representados ante él intereses que con eso se verán afectados, excepto en los casos que la ley prevé peticiones sin citación de la contraparte.

Aunque las condiciones bajo las cuales los memoriales deben ser recibidos son generalmente materia de la legislación local o

de la práctica, él no debe permitir que el contenido de dichos escritos sean ocultos del abogado contrario. Ordinariamente todas las comunicaciones del abogado al juez, dirigidas o calculadas para influir su actuación, deben ser conocidas por el abogado de la contraparte.

18. Demoras.

La demora en la administración de justicia es una causa común de queja; los abogados son frecuentemente responsables de este retraso. El juez, sin ser arbitrario o sin apresurar las audiencias irrazonable o injustamente cuando éstas aún no se hallan preparadas, en detrimento de las partes, bien puede procurar de constreñir al abogado a una correcta apreciación de sus deberes hacia el interés público, hacia sus propios clientes, y hacia la parte contraria y su abogado, de manera de compelerlo a la diligencia debida en el despacho de sus asuntos ante el tribunal.

19. Fundamentos de las sentencias.

En la resolución de casos controvertidos, el juez debe indicar las razones de su acción en un dictamen demostrativo de que él no ha desatendido o pasado por alto las obligaciones serias del abogado. De este modo demuestra su plena comprensión del caso, evita la sospecha de una decisión arbitraria, promueve la confianza en su integridad intelectual y puede contribuir con un precedente útil para el progreso del derecho.

Es deseable que las Cámaras de Apelaciones, al revocar sentencias y devolver los casos para su juzgamiento, indiquen sus puntos de vista en cuestiones de derecho disputadas entre ellos y que surgen necesariamente de la controversia, para que en los nuevos procedimientos el abogado se encuentre en condiciones de evitar la repetición de puntos de vista erróneos en derecho, sin que queden dudas pendientes por la omisión del tribunal en decidir tales cuestiones.

Pero es tal la cantidad de sentencias publicadas y tan rápidamente se incrementan que al redactar sentencias que han de ser publicadas los jueces deben tomar ese factor en consideración, y abreviarlas de conformidad, sin apartarse sustancialmente de los principios arriba establecidos.

Es de gran importancia que los jueces que constituyen un tribunal de última instancia se esfuerzen y autolimiten para llegar a soluciones concordantes, acentuando así la influencia de la decisión judicial. Un juez no debe ceder a su orgullo o valorar más su reputación individual que la del tribunal al que debe ser leal. Excepto en caso de diferencias concientes de opinión en cuestiones de principio, las opiniones disidentes deben evitarse en los tribunales de última instancia.

20. Influencia de los fallos en el desarrollo del Derecho.

El juez debe tener presente que su deber es la aplicación del Derecho a los casos particulares, que el nuestro es el gobierno de la ley y no el de los hombres, y que él viola su deber como servidor de la justicia bajo tal sistema, si pretende hacer lo que él personalmente considera como verdadera justicia en un caso particular y pasa por alto el Derecho, sabiendo que le es obligatorio. Semejante acto puede concretarse en un precedente judicial que altere principios aceptados y puede tener consecuencias perjudiciales más allá de la misma controversia. El debe desempeñar su función con la debida consideración a la integridad del sistema jurídico mismo, recordando que no es depositario de un poder arbitrario, sino un juez bajo el mandato de la ley.

21. Idiosincrasia y veleidades.

La justicia no debe ser moldeada por la idiosincrasia individual de aquellos que la administran. El juez debe adoptar el método de juzgar usual y esperado y no buscar el ser extremado o peculiar en sus fallos, o espectacular o sensacional en la conducción del tribunal. Aunque dotado de la facultad de dictar sentencias, indulgentes o severas, no debe constrañir a las personas traídas ante él a someterse a algún acto humillante o castigo de su propio designio, no prescripto por la ley, porque él cree que el mismo tendrá una benéfica influencia correctiva.

Al sentenciar debe procurar adecuarse a un razonable standard de punición y no buscar la popularidad o publicidad, ya sea por severidad excepcional o lenidad indebida.

22. Revisión.

Para que un litigante pueda asegurarse el pleno beneficio del derecho de revisión acordado por la ley, los jueces de primera instancia deben conceder escrupulosamente a la parte perdedora la oportunidad de alegar los puntos objetados en primera instancia exactamente como se ofrecieron, presentaron y decidieron, mediante un escrito general de excepciones o de otra manera; cualquier descuido del juez en cuanto a esto merece especial condena, porque el mal ocasionado puede ser irremediable.

23. Legislación.

El juez tiene una oportunidad excepcional para observar el funcionamiento de las leyes, especialmente las relativas al procedimiento, y establecer si ellas tienden a obstruir la justa resolución de las controversias; y puede contribuir bien al interés público aconsejando a los que tienen facultades para ello, el remediar los defectos de procedimiento que resultan de su observación y experiencia.

24. Obligaciones incompatibles.

El juez no debe aceptar deberes incompatibles; ni adquirir obligaciones, pecuniarias u otras, que en cualquier forma interfieran o parezcan interferir con su dedicación al rápido y correcto desempeño de sus funciones judiciales.

25. Promoción de negocios y pedidos de caridad.

El juez debe evitar el dar base a cualquier sospecha razonable de que está utilizando el poder o el prestigio de su función para persuadir o coaccionar a terceros o contribuir, ya sea al éxito de actividades comerciales privadas, o de caridad. El no debe, por lo tanto, entrar en dichas negociaciones privadas, o seguir tal clase de conducta que justifique semejante sospecha, ni usar el poder de su cargo o la influencia de su nombre para promover intereses comerciales u otros; no debe solicitar para fines de caridad ni adquirir relación comercial alguna que, según el curso normal de los hechos razonablemente previstos, pueda colocar su interés personal en conflicto con el imparcial desempeño de sus funciones oficiales.

26. Inversiones personales y relaciones.

El juez debe abstenerse de efectuar inversiones personales en empresas susceptibles de verse envueltas en algún litigio ante el tribunal; y, después de su incorporación al tribunal, no debe retener tales inversiones previamente realizadas, más que el tiempo suficiente que le permita disponer de ellas sin serio menoscabo. Es deseable que, hasta donde sea razonablemente posible, se abstenga de toda vinculación que normalmente tendiese a despertar la sospecha de que la misma distorsiona o predispone su juicio, o estorba su imparcialidad en el desempeño de sus deberes judiciales.

El no debe utilizar la información que le llega en su carácter de juez para especular; y disminuye la confianza pública en su integridad y en la rectitud de su decisión judicial, si en cualquier momento se convierte en un inversor que juega a las diferencias.

27. Albacegos y fideicomisos.

Aunque un juez no se encuentra inhabilitado para desempeñar albacegos o fideicomisos, no debe aceptar o continuar ejerciendo cualquier cargo fideicomisario u otro, si la posesión de él interfiriera o pareciera interferir con el correcto cumplimiento de sus deberes judiciales, o si los intereses comerciales de dichos representados requirieran invertir en empresas que pueden llegar a comparecer ante él judicialmente, o verse involucradas en problemas jurídicos que han de ser decididos por él.

28. Política partidaria.

Aunque está autorizado a sostener sus puntos de vista personales en cuestiones políticas, y no se le exige renunciar a sus derechos u opiniones como ciudadano, es inevitable que la sospecha de ser desviado por inclinaciones políticas ataquará al juez que se convierte en activo promotor de los intereses de un partido político contra otro. El debe abstenerse de pronunciar discursos políticos, hacer o solicitar pagos de cuotas o contribuciones para fondos partidarios, apoyar públicamente a los candidatos para cargos políticos y participar en convenciones partidarias.

No debe tampoco aceptar ni retener un puesto en comité partidario alguno ni actuar como dirigente partidario, ni comprometerse generalmente en actividades partidarias.

Ello no obstante, en los casos en que los jueces, para ser tales, deben ser propuestos y elegidos como candidatos de un partido político, nada de lo aquí expuesto impedirá al juez asistir o hablar en mítines políticos o hacer contribuciones a los fondos de la campaña del partido que lo ha postulado candidato y busca su elección o reelección.

29. Interés personal.

El juez debe abstenerse de llevar a cabo o tomar parte en cualquier acto judicial en el cual se encuentren implicados sus intereses personales. Si tiene un litigio personal ante el tribunal del cual es juez, no necesita renunciar a su cargo por este motivo, pero debe, por supuesto, abstenerse de cualquier acto procesal en tal controversia.

30. Candidatura para el cargo.

El candidato para la función judicial no debe hacer⁶ tolerar que otros hagan por él, promesas de conducta en el cargo que apelen a la codicia o los prejuicios de quien los nombre o del electorado; no debe anunciar por adelantado sus conclusiones legales sobre cuestiones discutidas para asegurarse el apoyo de una clase, y no debe hacer nada mientras es candidato para crear la impresión de que si es elegido, desempeñará su cargo con prejuicios, parcialidad o discriminaciones incorrectas.

Mientras posee el cargo judicial no debe convertirse en candidato activo, ya sea en las elecciones primarias de un partido en una elección general, para cargo alguno que no sea el judicial. Si un juez decidiera postular su candidatura para cualquier función no judicial, él debe renunciar para que no se pueda decir que está usando el poder o el prestigio de su posición judicial para promover su propia candidatura o el éxito de su partido.

Si un juez se convierte en candidato para cualquier cargo judicial, debe abstenerse de toda conducta que pueda contribuir a despertar sospechas razonables de que está usando el poder o el prestigio de su posición judicial para promover su candidatura o el triunfo de su partido.

No debe permitir que otros hagan, en favor de su candidatura, cosa alguna que condujera razonablemente a semejante sospecha.

31. Ejercicio de la abogacía.

En muchos Estados, el ejercicio de la abogacía está prohibido para el titular de un cargo judicial. En los tribunales superiores de jurisdicción general, ello no debe jamás permitirse. En los tribunales inferiores de algunos Estados, ello se permite porque el condado o la municipalidad no pueden pagar una retribución adecuada para un juez competente. En tales casos, el que ejerce la profesión se halla en una posición muy delicada y debe ser escrupulosamente cuidadoso para evitar una conducta profesional por la cual utilice o parezca utilizar su posición judicial para promover su éxito profesional.

No debe ejercer ante el tribunal en el cual él es juez, aun cuando esté presidido por otro juez, o aparecer él por sí mismo en cualquier controversia.

Si le está prohibido ejercer la abogacía debe abstenerse de aceptar cualquier trabajo profesional mientras ocupa el cargo.

Puede apropiadamente actuar como árbitro, o pronunciar conferencias, o enseñar Derecho, o escribir acerca del mismo, y aceptar por esto retribución si tal modo de obrar no interfiere con el debido desempeño de sus deberes judiciales, y no se halla prohibido por alguna disposición expresa de la ley.

32. Regalos y favores.

El juez no debe aceptar ningún obsequio o favor de los litigantes, o de los abogados que ejercen ante él, o de otros cuyos intereses probablemente le serán sometidos para su juzgamiento.

33. Relaciones sociales.

No es necesario para el correcto desempeño del deber judicial que el juez viva retirado o aislado; es deseable que, hasta donde una razonable atención a la realización de su trabajo lo permita, él continúe participando en la vida social, y que no se desinterese en concurrir a las reuniones de los miembros del foro. El debe, no obstante, en los litigios pendientes ante él o previsibles, ser especialmente cuidadoso en evitar toda acción que pueda razonablemente propender a despertar la sospecha de que sus relaciones sociales o de negocios, o amistades, constituyen un elemento que influye en su conducta judicial.

34. Resumen de la obligación judicial.

En toda circunstancia su conducta debe ser irreprochable. Debe ser consciente, estudioso, cabal, cortés, paciente, puntual, justo, imparcial, impertérrito al clamor público, desatento al elogio público, e indiferente a las influencias privadas, políticas o partidistas; debe administrar justicia de acuerdo a la ley, y tratar sus designaciones como un fideicomiso público; no debe permitir que asuntos extraños o sus intereses privados interfieran con el puntual y correcto cumplimiento de sus deberes judiciales, ni debe administrar su cargo con el propósito de promover sus ambiciones personales o incrementar su popularidad.

35. Publicidad incorrecta en las actuaciones del tribunal.

El proceso en el tribunal debe ser conducido con la adecuada dignidad y decoro. La toma de fotografías en la sala de audiencias, durante las sesiones del tribunal o en los intervalos entre las sesiones, y la transmisión radial o televisada de los actos judiciales, lesionan la esencial dignidad del procedimiento, distraen a los testigos al dar su testimonio, disminuyen al tribunal, y provocan falsas representaciones en la mente pública a su respecto, y no deben ser permitidas.

Debe entenderse, no obstante, que esta restricción no se aplica a la radiodifusión o televisión, ni a la reproducción del tribunal, de aquellas partes de los procesos de naturalización (otras que la interrogación de los solicitantes) que son proyectadas y llevadas a cabo exclusivamente como una ceremonia destinada a demostrar públicamente, en una forma impresionante, la substancial dignidad y la seriedad de la naturalización.

36. Conducción de los procedimientos.

Los procesos deben ser conducidos como para que reflejen la importancia y seriedad de la indagación para descubrir la verdad.

El juramento debe ser tomado a los testigos en una forma calculada para impresionarlos con la trascendencia y solemnidad de su promesa de atenerse a la verdad. Cada testigo debe jurar separada y efectivamente en el estrado del tribunal, y debe exigirse al secretario que haga un registro formal de la toma del juramento, incluyendo el nombre del testigo.

ESCRITOS JUDICIALES



RECURSO EXTRAORDINARIO PARA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL

Por
LEOPOLDO SCHIFFRIN

EXCMA. CÁMARA: ¹

N. N., por mi propio derecho, en el juicio caratulado "N. N. c/ Empresa de Ferrocarriles del Estado Argentino", con domicilio constituido en la calle, n°, a V. E. digo:

I. — Dado que la sentencia dictada por V. E. a fs. . . . ha rechazado los agravios que sustentara contra la decisión de primera instancia, vengo a interponer por ante esa Cámara el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48, cuya procedencia en este pleito paso a demostrar: ²

(*) El recurso extraordinario es uno de los mecanismos jurídicos más delgados, complejos y peor conocidos de nuestra ordenamiento jurídico. El objeto de la presentación de este modo de impugnación es dar a conocer el aspecto más íntimo del recurso. Quiso consultar la obra ya citada de Imaz y Rey sobre la materia podrá ver que este remedio tiene requisitos substanciales de difícil comprensión para quien no posea una idea bastante completa del derecho constitucional hispanoamericano, fuente inspiradora del nuestro. No corresponde aquí decir nada sobre esto, salvo algunas referencias indispensables para comprender las cuestiones de agerencia exterior del recurso.

(1) El recurso se interpone para ante la Corte Suprema de Justicia, ante el mismo tribunal que ha dictado la sentencia definitiva de la causa. Si el recurso se es concedido puede ir directamente en queja ante la Corte Suprema. La sentencia será definitiva ya porque no existen recursos contra ella, ya porque no se hayan usado a tiempo. No basta para la procedencia del remedio que la sentencia sea definitiva, es preciso, además, que haya sido dictada por el tribunal superior de la causa, es decir, por el de más alta jerarquía a que se podía acceder por vía de recursos ordinarios. Si se han dejado de usar esos recursos, la sentencia será definitiva, pero no dictada por el tribunal superior, y en consecuencia, el recurso será improcedente.

En este caso se supone haber llegado a una cámara federal porque el fuero federal es el que tiene competencia para conocer de la materia propuesta más adelantada. El señado que debe emplearse es el de la instancia en que el recurso se interpone. Aquí sería de ese peso, el propio de los tribunales nacionales de segunda instancia.

(2) Es preciso fundar el recurso de una manera tal que se sea lejana permitida decir sobre su viabilidad. Esta es una categoría clásica de economía procesal en la que toca a recursos excepcionales, destinada a permitir el rápido rechazo de las apelaciones improcedentes.

II. — Nada mejor, a tal propósito, que efectuar un sucinto relato de los hechos de la causa.³

Comenzaré recordando que el de ... de 18... entablé demanda contra la Empresa Nacional de Ferrocarriles, a raíz del extravío de mi equipaje durante su transporte en el furgón del tren de la línea en que me trasladaba desde hacia, circunstancias éstas perfectamente acreditadas en el juicio, y reconocidas, además, por la acciónada.

Al instaurar dicha demanda, manifesté que la empresa ferroviaria, a pesar de reconocer el hecho del extravío, ofrecía tan solo una indemnización de dos mil pesos, esto es, mil pesos por cada valija desaparecida. En tanto, mi estimación del daño rayaba en los diez mil pesos.

La empresa fundaba su actitud en lo dispuesto por el art. 173, inc. 1.º del Reglamento General de Ferrocarriles.

Dicha norma establece: "Tratándose de un equipaje, cuyo valor no ha sido declarado, la empresa pagará por su pérdida una indemnización que en ningún caso podrá exceder de \$ 1.000 moneda nacional".

A su vez, la norma reglamentada por la disposición transcrita, el art. 39 de la ley 2873, estatuye: "Las empresas deberán entregar a cada pasajero, inmediatamente después de llegar a su destino, todos los bultos que formasen su equipaje. En caso de extravío o deterioro de ellos, la indemnización se hará efectiva con arreglo a la tarifa de avalúos que se haya fijado en el reglamento respectivo, según la naturaleza y calidad de los bultos".

En el mencionado escrito de demanda advertí que existía absoluta incompatibilidad entre esas normas, y que por lo tanto sólo debía aplicarse la de superior jerarquía.⁴

(3) En Fallos: 155, 170, la Corte Suprema ha dicho, respecto de la forma de fundar el recurso, que se requiere: "... mención del derecho federal desconocido, citando precisamente el texto que lo sustenta; demostración de su relación directa con la materia del litigio, con relato sucinto de la causa si el efecto hace necesario".

(4) Aquí se menciona la cuestión federal, o sea, se explica cuál es el problema jurídico esencialmente a disposiciones de derecho federal (la Constitución, las leyes federales y sus reglamentos, etc.), que se discute en la causa. A la cuestión federal se le suele denominar en la práctica forma "causa federal". Sin cuestión federal se puede haber recurso extraordinario, pero éste tiene justamente por objeto salvaguardar la primacía del derecho federal.

Una cuestión igual a la aquí propuesta se llevó a la Corte, como se indica en el texto, en el caso de Fallos: 211, 230, por apelación de la empresa ferroviaria. Hicimos supuesto que un pasajero le trajoja mercancías al tribunal, cosa que bien podría suceder. Ignoramos si al presente se estará ventilando el problema en algún estrado.

(5) El problema de índole federal puede suscitarse alrededor del alcance de normas de igual jerarquía, o sobre la compatibilidad de normas de distinta jerarquía. Presentamos el segundo caso, suponiendo que el tribunal se hubiera pronunciado a favor de la compatibilidad de las normas invocadas, basándose en una determinada interpretación de la inferior.

Porque, en efecto, no puede entenderse que el art. 179, inc. 1°, citado, contenga una tarifa que tome en cuenta la naturaleza y calidad de los bultos, o siquiera algún tipo de tarifa, pues sólo establece el límite máximo de responsabilidad en caso de extravío si el valor no ha sido declarado.

Resulta patente, pues, que por vía reglamentaria se ha introducido una limitación en la responsabilidad del ferrocarril que la ley respectiva no autoriza efectuar de tal manera, sino sólo a través de las prescripciones de una tarifa con discriminaciones adecuadas, sistema más justo, sin duda.

Postulé, fundándome en esa razón, la invalidez del art. 179, inc. 1° del Reglamento General de Ferrocarriles, por importar éste un exceso del poder reglamentario, violatorio del art. 86, inc. 2° de la Constitución Nacional.

Tenía en contra de mi pretensión el precedente de Fallos: 211,1300 (cuya doctrina fue aplicada también en Fallos: 230,730),⁶ en que la decisión de la Suprema Corte sobre un asunto exactamente igual resultó contraria a los pronunciamientos de primera y segunda instancia, que habían declarado la inconstitucionalidad del art. 179, inc. 1°, mencionado, y a lo aconsejado por el Procurador General en ese mismo sentido.⁷

Manifesté, al respecto, que tal pronunciamiento carece de una fundamentación sólida, porque en definitiva considera que discriminar entre equipaje con valor declarado y valor no declarado es ya formar una tarifa, e invoca como precedente en su apoyo una expresión incidental de la decisión del caso de Fallos: 200, 156 (una cuestión de competencia).

A tan débil argumentación se oponen las excelentes razones esgrimidas por los jueces inferiores y el Procurador General en el mismo caso, razones que he tratado extensamente en oportunidades sobrado repetidas como para volver a insistir sobre ellas en esta ocasión.⁸

Al contestar la demanda el representante de la empresa ferroviaria expresó que como la constitucionalidad de la norma impugnada había sido declarada por la Corte Suprema de Justicia en el caso referido, aquella se allanaba sólo a pagar su suma de dos mil pesos, en lugar de la de diez mil pesos reclamada.

La cuestión federal quedó, pues, planteada en la demanda, primera ocasión que se me brindaba para hacerlo, con lo cual su

(6) Se refiere a la colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia, que avanza del año 1880, y al presente tiene 247 volúmenes publicados. Los citos se hacen habitualmente de la manera indicada en el texto; la primera cifra corresponde al tomo y la segunda a la página desde comienza el caso.

(7) Aunque no hay reglas legales que lo dispongan, la Corte Suprema corre vista al Procurador General de casi todos los expedientes que llegan hasta ella.

(8) Pero, en general, no es posible sentirse al plantearse de la cuestión federal hecho en otra oportunidad.

correcta introducción al juicio, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta incuestionable.⁹

Luego mantuve mi planteamiento al alegar y al expresar agravios ante V. E.¹⁰

Concluida la causa para definitiva, el juez sentenció en contra de mis pretensiones, invocando la mencionada jurisprudencia del tribunal Supremo.

Al expresar agravios manifesté a V. E. que el a-quo había decidido en contra del derecho¹¹ por mí invocado, fundándolo en normas federales cuya inteligencia se había cuestionado en el juicio.

V. E. ha confirmado la sentencia apelada por iguales razones a las que la fundan, con lo cual se ha configurado el supuesto del inc. 3° del art. 14 de la ley 48.¹²

La decisión de V. E. recae sobre una materia regida por el derecho federal, y no cabría aplicar al presente caso otras normas que las invocadas.¹³

(9) Generalmente se habla de reserva oportuna del caso federal. Mejor es decir planteo oportuno de la cuestión federal. Plantear una cuestión federal es efectuar reserva del derecho a recurrir a la Corte Suprema, como muchos parecen entender, sino existir un debate en materia de derecho federal. Para la alegación de las normas pertinentes debe hacerse en la primera oportunidad en que resulte previsible la posibilidad de la aparición del problema en la causa, cosa que ordinariamente ha de ocurrir al demandar o al contestar la demanda. El planteamiento de la cuestión federal que aparece como una reflexión tardía —con estos términos clásicos— vale decir como el producto de una rebuena, que hace sospechar de la buena fe con que se efectúa un alegación, es inapertosa, y determina el rechazo del recurso.

(10) No basta plantear la cuestión, es preciso mantenerse en pie. Si, p. ej., propongo la invalidez del art. 178, el tribunal lo hubiera aplicado sin resolver previamente ese punto, y al expresar agravios se hubiera discutido la manera de llevar a cabo tal aplicación, dejando de lado lo referente a su validez, ese comportamiento frente a una práctica descuida del planteamiento realizado.

(11) Como se ve, el tribunal ha considerado y resuelto —no podía en este caso obrar de otra manera— la cuestión federal, pero ello no es suficiente para la procedencia del recurso; basta que el apelante haya propuesto oportunamente y mantenido dicha cuestión. Si el procesamiento contra el cual se deduce el recurso extraordinario consistiera y resolviera la cuestión planteada, el remedio federal proceda cualquiera haya sido la ocasión en que aquella se planteó.

Es preciso, también, que exista resolución contraria a las pretensiones sustentadas, pues de otra manera se carecería de interés para apelar.

(12) Dicho artículo determina, como es sabido, los casos de procedencia del recurso extraordinario.

(13) Es preciso siempre apertar el problema de la retención directa e inmediata que debe existir entre la cuestión federal y la materia del pleito (cuestión resuelta por el art. 14 de la ley 48). En este su caso muy complejo, atinente, el tribunal sólo ha considerado y resuelto una cuestión federal, mas en el cual se puede presentar el problema studido, que resultó en proposita cuando la litis en que se habían alegado razones de derecho federal se resuelve invocando disposiciones de derecho común, o de derecho común y federal al mismo tiempo.

El recurso ha sido interpuesto dentro del término de cinco días que fija la ley, y, entiendo, con la debida fundamentación.¹⁴

Creo haber demostrado que el caso reúne todos los extremos necesarios para la apertura de la instancia de excepción, y en mérito a ello, solicito a V. E. conceda la apelación interpuesta.

ES JUSTICIA.

(14) El término es de cinco días (art. 208 de la ley 50). El término se suspende por la interposición de otros recursos extraordinarios, como el de inaplicabilidad de la ley de la Provincia de Buenos Aires. En tal caso sólo deducimos el remedio federal en tiempo y pedir en reserva en secretaría hasta la resolución del otro recurso.

Para quien dese ver sentencias de la Corte referentes a lo expuesto, nos parece conveniente indicar el libro de Irujo y Rey "El recurso extraordinario" (Buenos Aires, 1942), en la parte destinada al estudio de los recursos formales del recurso extraordinario, p. 281 y sigs.

1

UNIVERSITARIAS



ESTADÍSTICA DE EXAMENES Y CURSOS
Total año 1960

EXAMENES ORALES

FIGURAS AÑO	Jan.	Aug.	Febr.	Seb.	Dic.	Ene.	Abr.	Jun.
Derecho Penal P								
Dr. Juan Silva Riestra	1522	774	778	62	96	126	228	243
Dr. Enrique Ramos Mejía ...	548	269	229	5	10	40	89	118
Dr. Sebastián Soler	225	126	149	12	13	24	45	48
Dra. A. González Millán y M. O. Iturbe	179	88	93	3	6	21	37	32
	2684	1257	1250	82	125	221	397	441
Introducción al Derecho								
Dr. Ramo F. Kretzman	882	212	629	8	62	119	223	268
Dr. Ricardo Zorraquín Beck .	289	145	214	4	12	24	37	87
Dra. M. Balduino y F. Torres Lacroix	214	129	184	10	22	45	70	46
Dr. Moisés Niles	266	92	173	9	25	48	28	49
Dr. Horacio Solari	82	32	51	2	7	14	15	12
Dr. Genaro Carró	129	32	196	4	12	17	26	38
Dr. Julio C. Cueto Rúa	24	19	8	2	2	1	1	1
	2127	801	1266	29	144	262	409	442
Derecho Político								
Dr. Rodolfo Martínez	2426	1485	961	26	87	204	263	377
Dr. A. Romero Carranza	286	129	178	9	22	21	66	60
Dr. Carlos S. Fayt	69	19	32	6	7	5	8	6
	2981	1633	1169	41	116	230	331	443
Derecho Romano								
Dr. Miguel Susini	1126	624	798	26	120	177	224	123
Dr. Carlos E. Ambroisani ...	245	229	118	5	11	17	40	42
	1471	853	916	31	131	194	264	165
Derecho Civil P								
Dr. José F. Bidau (*)	1942	712	826	8	24	70	266	422
Dr. M. Sánchez de Bustamante	1112	826	577	3	31	66	148	129
Dr. Nicolás Halperín	711	462	246	5	15	26	52	128
Dr. José M. López Olacirguai.	660	462	128	2	6	12	74	126
Dr. Abel M. Freitas	823	412	469	4	26	67	104	222
	4854	2878	2260	16	102	235	600	1207
Segundo Año								
Derecho Civil P								
Dr. Aquilín H. Guglielmo ..	622	261	822	6	22	60	87	82
Dr. Luis M. Hoffi Roggero ...	1277	269	1668	97	217	268	221	75
	1899	530	2490	103	239	328	308	157

(*) Cátedra a/c. Dra. J. Bustamante Altamir y A. Collazo. Res. 3022/60.

	<i>Jan.</i>	<i>Feb.</i>	<i>Mar.</i>	<i>Abr.</i>	<i>May.</i>	<i>Jun.</i>	<i>Jul.</i>	<i>Ag.</i>	<i>Oct.</i>	<i>Nov.</i>	<i>Dic.</i>
Derecho Constitucional I*											
Dr. Héctor P. Lanfranco	1737	958	931	11	60	168	232	223			
Dr. E. V. Linares Quintana ..	67	88	39	9	8	8	1	1			
	1804	1046	970	20	68	176	233	224			
Derecho Penal II*											
Dr. Ernesto J. Ure	1518	864	848	8	39	87	244	221			
Dr. José Pece	379	189	211	1	13	63	107	87			
Dr. Francisco F. Laplaza	387	197	189	1	11	21	97	86			
	1794	1250	1248	10	63	171	448	394			
Economía Política											
Dr. G. Williams Abaza	1553	829	713	30	75	128	197	259			
Dr. W. Beveraggi Allende	181	97	138	1	7	22	19	49			
	1737	926	851	31	82	150	216	308			
Derecho Internacional Público											
Dr. Lois A. Pedrotti Costa ..	1579	820	729	8	19	96	229	233			
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	369	184	166	9	19	19	39	78			
	1948	1004	895	17	38	115	268	311			
Tercer Año											
Derecho Civil III*											
Dr. José M. Saravia	1203	613	691	8	16	129	336	314			
Dr. Marco A. Kinsella	1003	504	458	11	13	89	185	182			
	2206	1117	1149	19	29	218	521	496			
Derecho Comercial P											
a/c. Dros. C. Savala Rodríguez y H. Fargosi (*)	318	459	468	8	38	73	141	139			
Dr. Carlos C. Malagarriga ..	359	179	189	8	16	36	71	59			
	1275	638	657	16	54	109	212	198			
Finanzas y Derecho Financiero											
Dr. Guillermo Abumada	489	368	421	8	48	132	181	114			
Derecho Constitucional III*											
Dr. Alberto G. Padilla	1690	869	791	16	142	283	315	138			
Dr. C. Sánchez Viamonte (**)	319	139	119	—	11	36	44	38			
	2009	1008	910	16	153	319	359	176			
Derecho Procesal P											
Dr. José C. Sartorio	919	378	357	8	47	117	333	189			
Dr. Mario A. Oderigo	638	325	304	8	26	73	69	169			
	1557	703	661	16	73	190	402	358			

(*) Marzo-Agosto. Cátedra a/c. Dr. Enrique A. Astivia.
(**) Cátedra a/c. Dr. E. V. Linares Quintana. Nos. 1937/50.

	Ins.	Ann.	Pr.	Sub.	Dia.	Des.	Apr.	Ins.
Cuatro año								
<i>Filosofía del Derecho</i>								
Dr. Ambrosio L. Cioja	698	152	698	62	61	62	127	2
Dr. Martín Ruiz Marcos	48	26	21	6	1	8	6	1
	746	178	719	68	62	70	133	3
<i>Derecho Civil IV°</i>								
Dr. Julio Dassen	1556	649	598	42	128	184	519	182
<i>Derecho Comercial IV°</i>								
Dr. Agustín M. Matienzo	1025	529	648	16	73	131	187	149
Dr. Ignacio Winicki	—	—	—	—	—	—	—	—
<i>Derecho Procesal IV°</i>								
Dr. Carlos A. Ayarragaray ..	968	381	585	46	117	129	163	120
Dr. Mauricio A. Ostolenghi ..	328	77	161	6	7	22	34	28
	1296	458	746	52	124	151	197	148
<i>Derecho Agrario y Mincero</i>								
Dr. Walter Jakob	1062	489	672	10	44	126	171	192
<i>Derecho Social</i>								
Dr. Manuel Pinto	746	351	394	6	53	75	122	141
Dra. A. Machers y E. Fernández Giannotti	226	129	196	—	26	54	79	43
	972	480	590	6	79	129	191	184
Quinto año								
<i>Derecho Civil V°</i>								
Dr. José F. Botas	1289	641	728	15	99	126	208	229
Dr. E. Díaz de Gujardo	—	—	—	—	—	—	—	—
<i>Derecho de la Navegación</i>								
Dr. Rodolfo J. Chacón	1284	320	674	6	66	178	228	112
<i>Derecho Administrativo</i>								
Dr. Rafael Bista	1066	641	624	1	76	128	178	89
Dr. Manuel M. Díaz	7	2	6	1	1	1	2	—
	1073	643	630	2	77	129	178	89
<i>Derecho Internacional Privado</i>								
Dra. Margarita Argüas	1160	652	607	12	55	108	246	125

EXAMENES ESCRITOS

(Resolución N° 4403, del 25/9/60)

PRIMER AÑO	Jan.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.
Derecho Penal I*						
Dr. Juan Silva Rivera	14	9	5	—	—	5
Dr. Enrique Ramos Mejía	4	1	7	—	1	5
Dr. Sebastián Soler	4	—	4	1	1	1
Dña. A. González Millán y M. O. Iturbe	—	—	—	—	—	—
	24	10	14	1	1	11
Introducción al Derecho						
Dr. Remo F. Estelman	5	5	3	—	1	3
Dr. Ricardo Serravallo Becú ...	11	3	9	—	—	4
Dña. M. Belgrano y F. Torres Lacoste	—	—	—	—	—	—
Dr. Molinda Milve	3	—	3	—	—	1
Dr. Horacio Solari	1	1	—	—	—	—
Dr. Genaro Carró	3	1	1	—	—	1
Dr. Julio C. Castro Rúa	—	—	—	—	—	—
	24	9	16	—	1	9
Derecho Político						
Dr. Rodolfo Martínez	23	13	21	—	1	3
Dr. Ambrosio Romero Carranza	4	3	1	—	—	1
Dr. Carlos S. Payt	—	—	—	—	—	—
	27	16	22	—	1	4
Derecho Romano						
Dr. Miguel Saacini	27	3	24	1	—	3
Dr. Carlos E. Ambroncini	14	—	14	—	1	10
	41	3	38	1	1	13
Derecho Civil I*						
Dr. José F. Bidau (*)	27	14	23	—	1	3
Dr. M. Sánchez de Bustamante	21	7	24	—	1	3
Dr. Nicolás Halperin	6	—	6	—	—	1
Dr. José M. López Olaciraguá .	1	3	—	—	—	—
Dr. Abel M. Fiestas	3	4	4	—	1	1
	58	28	58	—	3	8
SEGUNDO AÑO						
Derecho Civil II*						
Dr. Aquiles H. Guaglianone ...	3	1	3	—	—	1
Dr. Luis M. Buffi Roggero ...	4	4	3	—	1	1
	7	5	6	—	1	2

(*) Cátedra a/c. Dros. J. Bustamante Alsina y A. Collazo. Res. 3829/60.

	Inst.	Ass.	Pr.	Sob.	Dia. Res.	Apr.	Res.
Derecho Constitucional P							
Dr. Héctor P. Larfranco	27	15	12	—	1	1	3
Dr. S. V. Linares Quintana ...	1	—	—	—	—	—	1
	28	15	12	—	1	1	3
Derecho Penal IP							
Dr. Ernesto J. Urru	7	4	3	—	—	—	1
Dr. José Fico	7	3	4	—	—	—	2
Dr. Francisco F. Laplaza	1	1	—	—	—	—	—
	15	8	7	—	—	—	3
Economía Política							
Dr. O. Williams Abaza	23	7	22	2	3	3	3
Dr. W. Beveraggi Allende	1	—	1	—	—	—	1
	24	7	23	2	3	3	4
Derecho Internacional Público							
Dr. Luis A. Podestá Costa ...	24	11	12	—	—	—	2
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1	3	—	—	—	—	—
	25	14	12	—	—	—	2
TÍTULO AÑO							
Derecho Civil III*							
Dr. José M. Saravia	23	12	13	—	—	—	13
Dr. Marco A. Rissola	13	3	1	—	—	—	1
	34	15	14	—	—	—	14
Derecho Comercial P							
s/n. Dña. C. Zavala Rodríguez y H. Fargasi	6	4	3	—	—	—	3
Dr. Carlos C. Malagarriga	5	1	4	—	—	—	4
	11	5	7	—	—	—	7
Finanzas y Derecho Financiero							
Dr. Guillermo Abumada	13	3	4	—	—	2	1
Derecho Constitucional IP							
Dr. Alberto G. Padilla	11	4	7	—	—	1	3
Dr. C. Sánchez Viamonte (*) ..	1	—	1	—	—	—	1
	12	4	8	—	—	1	4
Derecho Procesal P							
Dr. José Bartolomé	2	—	3	—	1	—	1
Dr. Mario A. Odrigo	4	1	3	—	—	—	3
	6	1	6	—	1	—	4

(*) Cátedra s/n. Dr. S. V. Linares Quintana. Res. 1907/83.

CUARTO AÑO	Jan.	Feb.	Mar.	Abr.	Mayo.	Jun.	Jul.	Agosto.	Sept.
Filosofía del Derecho									
Dr. Ambrosio L. Gioja	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Dr. Martín Ruiz Moreno	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Derecho Civil IV*									
Dr. Julio Dassen	3	3	4	—	—	—	—	1	3
Derecho Comercial IV*									
Dr. Agustín N. Matienzo	3	4	1	—	—	—	—	—	1
Dr. Ignacio Winiaksky	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Derecho Procesal IV*									
Dr. Carlos A. Aparraguiray ...	1	1	—	—	—	—	—	—	—
Dr. Mauricio A. Ottolenghi ...	3	3	3	—	—	—	—	1	3
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	7	4	3	—	—	—	—	1	3
Derecho Agrario y Minero									
Dr. Walter Jakob	13	7	10	—	—	—	3	4	7
Derecho Social									
Dr. Manuel Pinto	3	3	5	—	—	—	1	1	3
Dra. Armando Máchera y E. Fernández Gianotti	13	3	7	—	—	—	3	3	3
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	16	3	12	—	—	—	3	4	3
QUINTO AÑO									
Derecho Civil V*									
Dr. José F. Bidau	3	—	3	—	—	—	—	1	3
Dr. E. Díaz de Guíjarro	1	1	—	—	—	—	—	—	—
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	4	1	3	—	—	—	—	1	3
Derecho de la Navegación									
Dr. Rodolfo J. Cusillas	10	3	3	—	—	—	1	3	4
Derecho Administrativo									
Dr. Rafael Bolas	3	4	3	—	—	—	1	4	—
Dr. Manuel H. Díez	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Derecho Internacional Privado									
Dra. Margarita Argües	4	4	—	—	—	—	—	—	—

TOTAL DE EXAMENES ORALES

	<i>Insc.</i>	<i>Asp.</i>	<i>Pres.</i>	<i>Sub.</i>	<i>Dist.</i>	<i>Exa.</i>	<i>Apr.</i>	<i>Insuf.</i>
1er. año ...	18,916	7,057	6,869	221	492	1,169	2,145	2,602
2º año ...	9,915	4,134	4,781	165	472	1,050	1,730	1,362
3er. año ...	7,639	3,622	4,008	78	411	829	1,394	1,324
4º año ...	6,541	2,714	3,827	185	519	789	1,486	848
5º año ...	4,425	2,027	2,608	26	278	664	1,104	527
Total ..	41,437	19,554	22,093	684	2,312	673	7,869	6,655

TOTAL DE EXAMENES ESCRITOS

	<i>Insc.</i>	<i>Asp.</i>	<i>Pres.</i>	<i>Sub.</i>	<i>Dist.</i>	<i>Exa.</i>	<i>Apr.</i>	<i>Insuf.</i>
1er. año ...	212	64	148	2	8	12	44	87
2º año ...	113	64	89	2	4	10	16	27
3er. año ...	80	40	40	—	1	2	17	20
4º año ...	61	25	36	—	—	8	10	18
5º año ...	27	11	16	—	—	2	8	6
Total ..	493	204	239	4	8	34	95	158

CURSOS DE PROMOCION SIN EXAMEN

<i>Asignaturas</i>	<i>Jun.</i>	<i>Sept.</i>	<i>Dici.</i>	<i>Mar.</i>	<i>Abr.</i>	<i>Jun.</i>
PRIMER AÑO						
<i>Introducción al Derecho</i>						
Dra. M. Bolgrano y F. Torres Lacrossa	44	4	21	18	1	—
Dr. Genaro Carrió:						
Com. Dr. Alchourrón ..	46	4	11	12	18	1
Com. Dra. G. del Campo	49	4	9	14	18	4
Dr. Moisés Nilve	46	8	18	28	7	—
Dr. Horacio Solari	44	10	6	11	14	4
Dr. Julio Cueto Rúa	47	11	12	8	16	—
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	276	36	71	86	74	9
<i>Derecho Romano</i>						
Dr. Carlos E. Ambrosioni.	41	6	9	11	14	1
Dr. Miguel Suscini	48	2	20	7	16	3
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	89	8	29	18	30	4
<i>Derecho Civil Iº</i>						
Dr. Nicolás Halperín	18	—	3	6	4	6
Dr. Abel Fleitas:						
Com. Dr. Nieto Blanc .	26	—	4	11	6	6
Com. Dr. May Zubiria .	21	1	2	8	6	4
Dr. M. S. de Bustamante .	23	2	12	7	2	—
Dra. J. Bustamante Alsina y A. Collazo	24	4	4	12	4	—
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	111	7	26	44	21	14
<i>Derecho Penal Iº</i>						
Dra. A. González Millán y M. O. Iturbe	48	6	9	20	13	—
Dr. Juan Silva Riestra	66	6	12	21	14	13
Dr. Sebastián Solar:						
Com. Dr. Cabral	48	8	14	11	13	2
Com. Dr. Marquardt ...	49	6	8	10	13	7
Dr. E. Ramos Mejía	14	2	2	2	8	—
Com. Dr. Beiderman ...	16	4	3	1	7	—
Com. Dr. Lima Quintana	16	—	3	4	6	3
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	266	31	51	69	80	25

<i>Argentinense</i>	<i>Ins.</i>	<i>Sebr.</i>	<i>Diat.</i>	<i>Bus.</i>	<i>Apr.</i>	<i>Ins.</i>
Derecho Político						
Dr. Carlos S. Fayt:						
Com. Dr. Orlandi	48	7	16	21	4	—
Com. Dr. Calet	42	7	10	15	8	2
Com. Dr. Rubinstein ...	23	3	8	9	3	—
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	118	17	34	45	15	2
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
Total 1er. año	845	99	310	262	220	64

SEGUNDO AÑO

Economía Política

Dr. W. Beveraggi Allende	75	1	1	45	25	3
Com. Dr. Difrieri	64	—	3	22	39	—
Dr. O. Williams Alsaga ..	24	6	16	2	—	—
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	163	7	20	69	64	3

Derecho Constitucional IV

Dr. S. V. Linares Quintana:						
Com. Dr. Spota	41	5	9	7	20	—
Com. Dr. R. Galán	47	2	10	15	20	—
Com. Dr. Aguirre Lanari	20	7	4	9	—	—
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	108	14	23	31	40	—

Derecho Penal IV

Dr. Ernesto J. Ure:						
Com. Dr. Quiroga ...	42	5	12	13	12	—
Com. Dr. San Miguel ..	44	5	18	9	11	—
Dr. José Peco:						
Com. Dr. Alfonsín	49	15	23	10	—	—
Com. Dr. Sisco	50	14	20	11	5	—
Dr. Francisco P. Laplaza:						
Com. Dres. Pena y Aguirre Obarrio	98	—	14	18	65	1
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	283	41	87	61	98	1

<i>Asignaturas</i>	<i>Jan.</i>	<i>Febr.</i>	<i>Dici.</i>	<i>Ene.</i>	<i>Abr.</i>	<i>Ma.</i>
<i>Derecho Internacional Público</i>						
Dr. Isidoro Ruiz Moreno:						
Com. Dr. Ruda	21	3	14	3	—	1
<i>Derecho Civil II^a</i>						
Dr. Aquiles Guaglianone:						
Com. Dres. Bustamante Alaina y Schoo	21	2	9	2	8	—
Total 2^o año	42	67	153	166	205	5
TERCER AÑO						
<i>Derecho Procesal I^a</i>						
Dr. José C. Sartorio	48	3	4	15	26	—
Dr. Mario A. Oberigo:						
Com. Dr. Castro Videla ..	43	8	10	12	10	2
Com. Dr. Durrieu	42	9	18	15	—	—
	133	20	32	42	36	2
<i>Derecho Civil III^a</i>						
Dr. Marco A. Risolia	23	5	7	7	4	—
<i>Finanzas y Derecho Financiero</i>						
Dr. Guillermo Abumada:						
Com. Dr. G. Belsunce ..	48	—	9	22	16	1
Com. Dr. Wehbe	53	11	16	25	1	—
	101	11	25	47	17	1
<i>Derecho Constitucional II^a</i>						
Dr. Sánchez Viamonte (s/c. Dr. S. V. L. Quintana):						
Com. Dr. Aja Espil ..	33	5	11	9	8	—
<i>Derecho Comercial I^a</i>						
Dr. Carlos C. Malagurriga	28	4	5	11	7	1
Dr. Horacio Fargosi	50	11	10	14	15	—
Dr. C. Zavala Rodríguez ..	50	11	13	20	6	—
	128	26	28	45	28	1
Total Ter. año	418	67	103	151	93	4

<i>Asignaturas</i>	<i>Jan.</i>	<i>Febr.</i>	<i>Dici.</i>	<i>Mar.</i>	<i>Abr.</i>	<i>Jun.</i>
CUARTO AÑO						
<i>Derecho Civil IVº</i>						
Dr. Julio Dassen	77	18	25	18	13	6
<i>Derecho Comercial IVº</i>						
Dr. Agustín N. Matienzo .	50	18	13	10	9	—
<i>Derecho Procesal IVº</i>						
Dr. Carlos A. Ayarragaray	55	17	25	13	—	—
<i>Filosofía del Derecho</i>						
Dr. Martín Ruiz Moreno .	42	3	13	16	9	1
<i>Derecho Agrario y Minería</i>						
Dr. Walter Jakob	46	11	13	11	8	3
<i>Derecho Social</i>						
Dr. Manuel Pinto	75	6	25	29	14	1
Dres. A. Máchera y E. Fernández Gianotti	50	2	17	22	9	—
	<u>125</u>	<u>8</u>	<u>42</u>	<u>51</u>	<u>23</u>	<u>1</u>
Total 4º año	<u>396</u>	<u>75</u>	<u>131</u>	<u>117</u>	<u>62</u>	<u>10</u>
QUINTO AÑO						
<i>Derecho Civil Vº</i>						
Dr. Díaz de Guijarro:						
Com. Dres. López del Carril y May Zubiria ..	46	4	11	12	18	—
<i>Derecho de la Navegación</i>						
Dr. Rodolfo J. Clusellas:						
Com. Dr. Ray	44	3	8	22	11	—
Com. Dr. B. Moine	81	14	24	32	11	—
	<u>125</u>	<u>17</u>	<u>32</u>	<u>54</u>	<u>22</u>	<u>—</u>
<i>Derecho Administrativo</i>						
Dr. Manuel M. Díez:						
Com. Dr. Marienhoff ..	39	8	14	10	7	—
Com. Dr. Canasi	72	8	35	27	2	—
Dr. Rafael Bielas	47	2	22	23	—	—
Com. Dres. Fiorini y Gordillo	13	2	4	5	2	—
	<u>171</u>	<u>20</u>	<u>75</u>	<u>65</u>	<u>11</u>	<u>—</u>
Total 5º año	<u>341</u>	<u>41</u>	<u>118</u>	<u>131</u>	<u>51</u>	<u>—</u>
Total general	<u>2596</u>	<u>349</u>	<u>716</u>	<u>827</u>	<u>631</u>	<u>73</u>

CURSOS DE EXAMENES ESCRITOS PARCIALES

PRIMER AÑO

Introducción al Derecho

Dr. Horacio Solari	12	2	4	6	—	—
Dr. Remo Entelman:						
1er. cuatrimestre	78	—	14	64	—	—
2º cuatrimestre	326	9	82	235	—	—
	416	11	100	305	—	—

TERCER AÑO

Derecho Comercial Iº

Dres. C. Zavala Rodríguez y H. Fargosi	119	18	18	47	40	1
---	-----	----	----	----	----	---

Finanzas y Derecho Financiero

Dr. Guillermo Abumada ..	48	—	18	26	—	—
--------------------------	----	---	----	----	---	---

Derecho Constitucional Iº

a/c. Dr. S. V. L. Quintana	184	14	62	118	—	—
	346	27	88	190	40	1

CUARTO AÑO

Derecho Agrario y Minero

Dr. Walter Jakob:						
1ª Comisión	16	1	8	7	—	—
2ª Comisión	16	1	12	3	—	—

Derecho Comercial IIº

Dr. Ignacio Winisky:						
1er. cuatrimestre	50	2	19	28	1	—
2º cuatrimestre	88	—	19	19	—	—
	138	4	38	47	1	—

QUINTO AÑO

Derecho Civil Vº

Dr. E. Díaz de Guijarro ..	22	—	3	19	—	—
----------------------------	----	---	---	----	---	---

Derecho Administrativo

Dr. Manuel M. Díez	22	1	9	12	—	—
	44	1	12	31	—	—

Total general	927	43	269	683	41	1
---------------------	-----	----	-----	-----	----	---

LACORONIA Y ENRIQUETES agradece la colaboración de las encargadas de la Oficina de Estadística de la Facultad, señoras LUISA RAMOS y NINA E. CASAS.

ACTA N° 53 DEL CONSEJO DIRECTIVO

TEXTO DEL DEBATE REALIZADO EL 9/5/60 SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS "NUMEROS TOPES" (*)

Presentar:

Sr. Decano
Dr. Guillermo Abumada
Dr. Walter Beveraggi Allende
Dr. Julio Dassen
Dr. Manuel M. Doss
Dr. Ambrosio L. Gioja
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Marco A. Risella
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Roberto Postiglione
Dr. Mario Stanislavsky
Dr. Francisco E. Trusso
Dr. Enrique Vera Villalobos
Sr. Enrique Escigalupe
Sr. Herminio Casdal
Sr. Carlos A. Castilla
Sr. Horacio J. Sanguinetti

—En Buenos Aires, a los nueve días del mes de mayo de mil novecientos sesenta, siendo las diez horas se reúne el H. Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, presido por el señor Decano, doctor Francisco F. Laglaza, con la asistencia de los señores Consejeros que al margen se indica y la actuación del señor Oficial Mayor don Jorge B. Arana.

—El señor DECANO declara abierta la sesión extraordinaria, solicitando el uso de la palabra el consejero estudiantil señor Sanguinetti.

—Expone el señor SANGUINETTI: "Recordarán los señores Consejeros que la sesión pasada trataron un proyecto de reglamentación del número tope presentado como despacho de comisión por el doctor Ruiz Moreno. Conjuntamente, aparece un dictamen en mayoría semimilitarista del cual, incluso, cuando el doctor Postiglione pidió razón, nadie supo dar una de manera clara. Hoy le podemos dar una respuesta clara acerca del dictamen, que lleva fecha del 7 de marzo de 1960, firmado por los consejeros suplentes Scaletsky y Elizalde, que ya tuvo trámite en este Consejo. Figura a fs. 8 del orden del día del 3 de marzo y a fs. 16 del Acta N° 45 de este Consejo puede leerse el extenso debate a que dió origen y finalmente, la resolución que tomó el Consejo, por moción del doctor Ruiz Moreno, de volver el asunto a Comisión de Enseñanza; no hubo más despacho que este. Posteriormente, tal despacho fue extraído del expediente, del folio y lugar que le correspondía, y colocado al final del mismo. Esto provocó una confusión porque supuso que era un nuevo despacho de comisión. Por lo tanto, y por no ser así, y por sólo existir un despacho en minoría con sólo la firma del doctor Ruiz Moreno, es que mi delegación plantea la nulidad de lo resuelto por el Consejo el miércoles pasado."

—El doctor VERA VILLALOBOS manifiesta que ha sido citado para tratar un proyecto que habla de suspensión, no se puede suspender una resolución mala.

—Entiende el señor ESCIGALUPE que el hecho que aquí esté redactado como suspensión no significa que pueda convalidarse la nulidad de lo actuado en la sesión pasada.

—El señor SANGUINETTI afirma que prevía en la nulidad.

—El doctor GIOJA expresa que no puede decir nada al respecto: no conoce el expediente.

(*) LECCIONES Y ENSAYOS procede a la publicación de este texto por resolución del H. Consejo Directivo, del 30/11/60.

—Sugiere el señor SANGUINETTI la conveniencia de pasar a un cuarto intermedio de media hora para estudiar el expediente.

—El doctor RUIZ MORENO señala que cree acertada la manifestación del señor Sanguinetti en la exposición de los hechos. Fierma que en toda esta incidencia hay verdaderos errores, que van desde cargos que se hacen en todo sentido, con calificativas que no se va a utilizar, y también se va a limitar a la exposición objetiva de los hechos. Quiere advertir que esta cuestión del número tope no se surge en la Facultad: existe en varias cátedras desde hace mucho tiempo y nunca se ha cuestionado el sistema como se hace ahora. Por eso, cree honestamente que todo nace de un error, error que se origina, a su juicio, en una falta de conocimiento de la resolución del Consejo, por sobre todas las cosas. El asunto empezó el año pasado, cuando a pedido de los profesores de Derecho Político (doctores Martínez, Romero Carreras y Fayt) se dirigieron al señor Decano con fecha 22 de diciembre de 1959 pidiendo la implantación del número tope en sus cátedras. Esta solicitud tuvo un despacho que no se puede decir de mayoría o minoría, pero junto con el doctor Trusso firmó un despacho que dice:

"En atención a que este Consejo ha admitido el número tope en varias cátedras corresponde aplicar este procedimiento en las que se desempeñan los señores profesores peticionantes."

Fdo.: Ruiz Moreno-Trusso.

Este despacho lleva la fecha 7 de marzo de 1960. Cuando el problema entró a este Consejo el problema era el siguiente: además de la nota de los profesores de Derecho Político había una nota del 17 de marzo del doctor Fiorini, profesor de Derecho Administrativo, que se va a permitir leer porque es el mejor fundamento del sistema del número tope.

—A continuación, da lectura a la nota del doctor Fiorini.

Entraron al Consejo ambos despachos, uno contrario y otro invocando los antecedentes que existen en la Facultad; no se abrió juicio sino que les pareció elemental por un principio de igualdad. En esa ocasión, y lo dice aún que los delegados estudiantiles necesitan que él lo diga, ellos actuaron con toda competencia desde el punto de vista de ellos; no hubo sorpresa y se debatió ampliamente el punto, habiéndolo hecho los estudiantes con razones muy respetables. Dice todo esto para que los estudiantes que están escuchando le sepan: se batieron con toda la eficacia para la defensa de su tesis. Afirma que en esa sesión, que presidió el doctor Abunada, y como se hicieron algunos argumentos que tienen su justificativo evidentemente, propuso a modo de transacción una idea.

—Acto seguido, da lectura a su moción (Acta N° 45, pág. 26) que decía:

"El doctor Ruiz Moreno propone una fórmula de transacción; para ordenar el debate. El tenor de los alumnos es, a su juicio, infundado, y por eso, propondría que la inscripción en la cátedra que el alumno elige no se anule por el número tope y que sirva como derecho para el mes siguiente; esto es para el alumno que se inscribe después de estar colmado el número de tope."

—Señala que propuso esa sugerencia porque se decía que se desconocía a los alumnos la facultad de elección de cátedra, habiéndose de saber. Le parece lógico que si había dos cátedras se debía reconocer el derecho de elegir. Propuso esa sugerencia y uno de los delegados estudiantiles, el señor Elizalde, afirmó: "Esta solución es mejor que la anterior." Siguió la discusión y el doctor Guaglianone señaló que los alumnos tienen derecho a elegir la cátedra si se inscriben y siguen el curso en la misma.

Cuando se agotó el debate es el que se trató este problema, con toda la gama de argumentos jurídicos, precisamente para unificar ideas, y de acordar el procedimiento que tienen en este Consejo cuando hay discrepancia de volver los expedientes a comisión, el mismo pidió que se girara nuevamente a comisión. Volvió a comisión el expediente entendido, de acuerdo a la posición que se había adoptado, que había que preparar un despacho con-

forme a las ideas vertidas en este Consejo. Así fue que realizó ese dictamen, ya se resumen de las sugerencias que se habían hecho en el Consejo, donde en manera alguna se habló de cortes, de coartar el derecho de elección de cátedras, etc.. Lo único que él trató es de conciliar ese derecho de los alumnos de elegir la cátedra con el mismo derecho que tienen los profesores de no ser sometidos a una testera lista de que hablaba el doctor FERRER. Señala que en su caso, el número tope lo va a perjudicar porque la otra cátedra tiene más alumnos que la suya; en tal sentido, no la comprenden las generales de la ley. Ha explicado cronológicamente el proceso de este expediente de acuerdo al resultado de los debates de este Consejo. Señala que el despacho reconoce perfectamente bien el derecho a elegir cátedra; lo único que hace es solucionar esa situación por la discordancia entre la facultad de los alumnos de elegir cátedra y la de los profesores, de no estar sometidos a un régimen agotador. El proyecto consta de cuatro artículos. El artículo 1° no es nada nuevo: es el mismo principio que existe desde hace varios años en varias cátedras. Debe agregar que al pedido de los profesores de Derecho Político y Derecho Administrativo se ha concedido el pedido de los profesores de Derecho Constitucional.

Prácticamente, son todas las cátedras las que solicitan estar en la misma situación que sus colegas. En cuanto a la última frase del artículo, le parece que es la forma más simple que al queda residuo impartir la distribución la adjudique el señor Decano.

El artículo 2° consagra el derecho a elegir la cátedra y no se coarta de ninguna manera el derecho a elegir la misma.

El artículo 3° combinado con el anterior, no es más que la consagración de aquella sugerencia que él hizo en el Consejo y que recibió del señor Elizalde el comentario de que era algo mejor que lo anterior.

—Pregunta el doctor ANUMABA cuál sería el número tope.

—Responde el doctor GINJA que es el que resulte de la división.

—El doctor RUIZ MORENO sugiere el ejemplo de 400 alumnos inscriptos y dos cátedras (A y B). En la cátedra A se inscriben 180 alumnos y en la B 220. El número tope es 200 para cada cátedra y la lista se confecciona de la siguiente manera: los primeros 200 inscriptos en la cátedra B quedan en la misma y los otros 20 van a formar parte de la cátedra A. Pero si esos 20 alumnos no quieren dar con la cátedra A tienen derecho a no dar examen pero deben aceptar por las razones expuestas sobre el derecho de los profesores; esos 20 alumnos ya quedan inscriptos en el turno siguiente, en la mesa que ellos eligieron, de suerte que lo único que puede ocurrir es demorar unos cuantos días para dar examen.

—Ante algunas manifestaciones de la barra, advierte el señor DECANO que cualquier manifestación provocará el desahogo inmediato por la persuasión y, de ser necesario, aplicando las sanciones disciplinarias que correspondan. No hay que confundir paciencia con falta de energía o de medios para imponer las sanciones.

—Afirmo el doctor RUIZ MORENO que los murmullos no le molestan.

El señor Decano señala que, de todos modos, está obligado a mantener el decoro que corresponde a esta casa de estudios.

—Continúa el doctor RUIZ MORENO en el uso de la palabra, afirmando el artículo 4° recoge la sugerencia del doctor GUAGLIARONE, sobre los alumnos que han seguido el curso de un profesor determinado durante todo un año; estos alumnos tienen pleno derecho a dar examen con ese profesor.

—Pregunta el doctor ANUMABA cómo se justifica la asistencia al 70 % de las clases.

—El doctor RUIZ MORENO responde que ese es un procedimiento administrativo que le tiene que solucionar el Decano, en forma similar a lo que se hace en los cursos de promoción sin examen. Termina su exposición afirmando: "Como ven, señores, no hay en todo el proyecto la menor idea de

desconocer el derecho de elección. Lo único que existe es un régimen que puede significar una carga pero que contempla el derecho de los profesores. En cuanto a lo que se le ha dicho respecto de la diversidad de programas, la solución está, en el peor de los casos, en una carga, habiendo un medio administrativo de poder solucionar esto: que en la lista de exámenes, en lugar de hacerse el cálculo con 48 horas de anticipación, se saque la cifra del número tope 30 días antes, para que los alumnos tengan tiempo más que excesivo para poder elegir la cátedra. Con esto dejó aclarado el verdadero sentido de este despacho que tanta nerviosidad ha causado."

—Expresa el señor CANDAL que ya su compañero Sangrozzetti explicó lo referente a la unidad de la reglamentación del número tope, pero como el doctor Ruiz Moreno abrió juicio sobre su proyecto quiere hacerle algunas referencias al mismo. Cuando se implantó el número tope por primera vez en la época de la intervención del doctor Gioja, él lo justificaba porque decía que había cátedras que tenían más de 300 alumnos, y algunas hasta 600 alumnos por mes. Por ejemplo, en Derecho Administrativo, hay 450 alumnos por año o sea que son 48 alumnos por mes. Además, el doctor Díez, que tiene muy pocos alumnos, dicta cursos de promoción sin exámenes y de parciales escritos, que creen que son más beneficiosos que los exámenes mensuales. Es decir que el argumento de implantación del número tope basado en los 600 alumnos se ve disminuido en razón de existir solamente 48 alumnos por mes en esa materia. El problema surgió el año pasado con Derecho Político, cuando en el mes de diciembre el doctor Martínez tuvo 700 alumnos, mientras que el doctor Fayt solamente 10. Entonces, los delegados estudiantiles dijeron que tenía que haber alguna carga para que 700 alumnos se anotaran con el doctor Martínez y 10 sólo con el doctor Fayt. El argumento de fondo fue lo que movió al Consejo a remitir el problema nuevamente a comisión para realizar un estudio profundo del mismo. Afirma que el informe del doctor Ruiz Moreno no es suficientemente claro respecto del estudio que se ha hecho para llegar a una reglamentación; se implantó el número tope en todas las cátedras, o sea que en una cátedra donde haya 40 alumnos y en otra 20, 10 alumnos tendrán que pasar a la que tiene 20 para equiparar el número tope. Y cree que 40 alumnos no son suficiente motivo para implantar el número tope en esa cátedra. Por eso, quisiera hacer un estudio serio de las causas y motivos del número tope, pero en aquellas cátedras donde se necesita; por ejemplo, la cátedra de Derecho Político. Como han dicho en la última sesión, el problema es mucho más serio de como se lo ha tratado: implantando el número tope en todas las cátedras no se soluciona ningún problema sino que se está ocultando el problema de fondo. La delegación reformista dejó sentada en este Consejo que debe tener un estudio particular, especial y profundo sobre los números tope. Se ha demostrado recién que el número tope es injustificado en cátedras, por ejemplo, como Derecho Administrativo, en las que existen 40 ó 50 alumnos.

—Señala el doctor GIOJA que a este problema le conoce bastante y lo ha estudiado mucho, ya que fue el problema que le preocupó cuando fue Decano Interventor. Afirma que en aquel momento la situación era la siguiente: el profesor titular no podía dictar sus clases porque al mes lo pasaba tomando exámenes, desvirtuándose así la función del profesor, que es la de enseñar. Intentó solucionar esa situación con la creación de este sistema: permitía la opción en la misma forma que en el proyecto este, fijaba el número tope de acuerdo a las estadísticas, y la aplicación consistía en dividir el número de inscripciones por el de cátedras (cosa que realizaba el decano) y el resto pasaba al mes siguiente. Al principio el sistema funcionó bien porque se demoraba sólo un mes con los alumnos que quedaban, pero luego resultó que los alumnos demoraban 4 y hasta 5 meses en rendir un examen. Los jóvenes hicieron una asamblea a la que él concurreó, tuvo una discusión con ellos, y no cedió porque consideraba que la única solución era el número tope, sobre todo en las materias de primer año, con una inscripción de alrededor

de 3000 alumnos, porque en la actualidad la inscripción es mucho menor, a veces menos de 2000 alumnos.

Afirma seguidamente: "Yo he preguntado, en Introducción al Derecho, al profesor que tiene más alumnos, alrededor de 100, que es el doctor Remo Estelmas, quien me ha asegurado que esos 100 alumnos le ocupan de tres a cuatro días de trabajo; es una molestia pero tiene todo el mes para enseñar. Las demás cátedras tienen 50 ó 60, a lo sumo, con lo que pueden dedicarse a la enseñanza. O sea que el problema que yo tenía ha desaparecido. Yo, en general, he apoyado algunos expedientes cuando comprobé que el profesor está agotado. Me parece que cada caso requiere un tratamiento particular; yo le hice así a pedido de los profesores y traté de ver porqué razón había tanta diferencia en cuanto al número de alumnos inscriptos en las diferentes cátedras; porque si las diferencias tenían algún otro tipo de razón que una pequeña variedad de los alumnos yo no hubiera implantado el número top. Es por eso que el problema es muy complejo. Por ejemplo, mi cátedra con la del doctor Ruiz Moreno; estuvimos bastante parjón durante dos años. Luego, yo modificué el sistema de promoción de mi cátedra y se rompió un poco el equilibrio. Puede que esto sea ilusión mía, porque puede ser que yo sea más benigno, pero yo pienso que es por el sistema de promoción. En otras cátedras, era porque el profesor que era muy exigente tenía siempre menos alumnos. Hay que tener en cuenta que si una cátedra determinada exige a los alumnos 8 meses de estudios para su materia, está rompiendo el plan de estudios que hemos impuesto en este Consejo, que consiste en dar al alumno 7 meses para estudiar 5 materias. El profesor que piensa que su materia vale cuatro meses está obligando al alumno a dar dos materias por año."

—Pregunta el doctor DASSER si en esos cuatro meses el alumno no estudia más que una sola materia.

—El doctor GIRA responde que hay profesores de la casa cuya exigencia implica que los alumnos estudian exclusivamente su materia, por espacio de 4 ó 5 meses. Al lado de ese profesor está el que exige solamente dos meses y otros, que a su vez exigen 15 ó 16 días. Esto le parece que merece un tratamiento especial; el profesor que está exigiendo 4 ó 5 meses para su materia está imposibilitando el plan de estudios que ha implantado este Consejo, que consiste en rendir 5 materias por año. Porque este es el problema que él tiene como gobernante de esta casa, como miembro del Consejo Directivo, al comprobar que hay un profesor de esta casa que, con la mejor buena voluntad, tiene la intención de que se estudie la materia al máximo: ese profesor está perturbando el plan de estudios de la casa.

—El doctor VERA VILLALOBOS señala que no hace mucho tiempo que ha dejado ser estudiante y recuerda que aun en las cátedras más exigentes, por ejemplo la del doctor DÍAZ DE GUJARDO, jamás le exigieron que estudiara exclusivamente esa materia por 4 ó 5 meses.

Afirma el doctor GIRA que el doctor VERA VILLALOBOS sería un alumno excepcional. Agrega que en Filosofía el Derecho hubo profesores, con toda buena intención, que exigían dos años de estudios y hubo otros que exigían 10 días. Pienso que las materias pueden ser estudiadas en 2 años o en 20 días, pero es el Consejo quien tiene que establecer cuánto tiempo tiene que darse a cada una de las materias, ya que algunos profesores exigen mucho, otros nada. Por eso no está de acuerdo con que sobre el número top se dicte una norma general. El que ha sido partidario y creador de ese sistema, sostiene que no le gusta esta reglamentación general. Le gustaría que en cada caso particular se estudiara y se juzgara la situación, y cuando se planteara una cuestión de hecho que se estudiara en el Consejo.

—El doctor RUIZ MORENO da lectura al despacho número 19 del orden del día anterior que dice:

19. En el pedido de la Acción Católica Universitaria de la Facultad, en el sentido de que se elimine el número top en las listas de exámenes.

Honorable Consejo:

Esta Comisión de Enseñanza ha considerado la petición que antecede y teniendo en cuenta que por razones de orden y mientras no se modifique el sistema corresponde mantener en determinadas cátedras el número tope de inscripción.

Sala de la comisión, diciembre 15 de 1933.

(Fdo.): *Raúl Moreno - Gioja.*

— Señala el doctor GIOJA que, efectivamente, él ha firmado ese despacho; pero acaba de decir que lo ha hecho para cátedras determinadas y así lo dice el despacho. De lo que está en contra es de la norma general pues opina que cada caso debe estudiarse en particular.

— El señor DUCANO cede la presidencia de la sesión al señor Vicecaño, doctor Guillermo Abamada, con el objeto de hacer uso de la palabra.

— Pregunta el doctor BASSER cuánto tiempo hace que se está estudiando el problema de la cátedra del doctor Díaz de Guíjarro sin haber resultado aún esa situación.

— Acaba el señor SAMONTELLI que el propio doctor Díaz de Guíjarro tiene el expediente.

— El doctor GIOJA hace notar que ese problema es muy antiguo; ya ha sido estudiado por el Consejo anterior; no sabe si hay despacho o no.

— Expresa el doctor LAFLATA: "Señor presidente: me parece que estamos tratando el fondo de la cuestión una vez más, lo que no corresponde de ninguna manera. Por un lado, porque es esta una sesión extraordinaria, convocada especialmente de acuerdo con las disposiciones del Digesto de la Facultad, a pedido de tres consejeros y, en segundo lugar, porque aunque el proyecto que han presentado estos consejeros se refiere a la suspensión de la ordenanza del Consejo Directivo, se comienza por plantear una cuestión de nulidad. He revisado personalmente los expedientes que dieron motivo a la sesión última del día del miércoles pasado, de este honorable cuerpo y me encontré que en realidad cada uno de los dos proyectos, es decir, tanto el pedido de Acción Católica como los pedidos de las cátedras de D. Político y Administrativo, tienen nada más que tres firmas de los miembros de la Comisión de Enseñanza. Esto, por lo menos, obliga a estudiar el problema, puesto que la C. de Enseñanza está formada por seis miembros y es sabido que no puede considerarse que haya despacho sino cuando existe un número de firmas superior a la mitad de los miembros. No puede considerarse despacho la firma de tres consejeros que, además, no es unánime. Todos los despachos considerados por este cuerpo siempre han tenido firma de la mayoría de los miembros de cada comisión, tanto en el supuesto de que hubiera opiniones de mayoría y minoría o no. Es obvio, dentro de la práctica parlamentaria, que la firma de un solo miembro no constituye despacho. Este reparo tiene suficiente respaldo como para que se lo estudie.

Haría moción concreta en el sentido de que la nulidad planteada por algunos consejeros pasara a la Comisión de Reglamento con recomendación de pronto despacho, no sólo por este asunto en sí, sino para asegurar la corrección y seriedad en el trámite de todos los asuntos en este Consejo.

A demás, estoy obligado a informar a los señores consejeros e incluso a los estudiantes que están escuchando, que hay una serie de episodios que a mí no me sorprenden en absoluto, pero que llamarán la atención a muchos. Esta trágica media de los "númerostope" ha provocado una serie de rumores, comentarios, tentativas de traza de la Facultad, —creo que frustradas o, mejor dicho, no nadas—, asambleas, etcétera, que han circulado dentro y fuera de la Universidad, que han sido incluso recogidas en una cantidad de señores políticos y en órganos de la prensa. ¿Qué significación tiene todo esto? No me corresponde a mí decirlo aquí, pero es evidente que una cantidad de jóvenes estudiantes, afiliados o no a las muy numerosas agrupaciones estudiantiles, que intervienen en las luchas estudiantiles, no están bien infor-

mados de lo que pasa. Yo me limitaré a referir algunas episo-dios. El día miércoles pasado por la tarde, muchos de los señores consejeros que aquí estamos sentados si siquiera sabíamos que se iban a tratar estos diferentes, no obstante lo cual pocos minutos después de haberse comenzado a tratar este asunto circularon, en muchos lugares de la Facultad, nombres de consejeros y profesores que estarían en una especie de complot para atacar a la llamada clase estudiantil. Uno de los nombres era evidente, porque había firmado uno de los despachos, pero el otro me constaba que no sabía de la existencia de esos despachos ni que estaban contenidos en el orden del día. A veces, las prácticas generalizadas de la vida política pueden influir en un sentido educativo contraproducente con respecto a los jóvenes que carecen todavía de experiencia y que, no obstante esto, son llevados para lograr ciertas finalidades, no siempre confesables, o por lo menos, silenciadas por las personas que aprovechan de estas situaciones. Aquí estamos obligados por muchas razones, entre otras porque nos encontramos en una casa de altos estudios y especialmente en la casa del derecho, donde cada uno sabe quién es quién, qué es lo que piensa, qué es lo que dice y para qué lo dice. Pocas horas después, en todos los recintos y ámbitos de esta casa, circularon las noticias más aborrecidas: que ya había expedido a aplicarse este régimen y yo todavía no había firmado la resolución; que se había cerrado Registro de Alumnos para que nadie pudiera inscribirse, etcétera. A cual-quiera se le ocurre que todo esto solamente se puede decir con una finalidad: aparentemente no había pólvora ni ningún otro material explosivo o ató-mico capaz de producir reacciones en cadena, pero se ponía el fuego y se buscaba después la dinamita para provocar la explosión. No me interesan los provocadores.

Cuando se procuró aclarar todo esto, recibí a una cantidad de estudiantes, a título individual o como representantes de distintas agrupaciones estu-diantiles lo que, por otra parte, es habitual; los estudiantes saben que por cualquier problema pueden hablar tanto con el Decano como con cualquier otro señor consejero. Pero en sus expresiones, evidentemente nerviosas, pre-ocupadas, casi angustiadas, expresaban todos en que nadie deseaba ninguna medida de fuerza, si bien situaban el problema en un tono de violencia, de exigencia imperiosa o sea: es necesario que este régimen se suspenda; de lo contrario... De lo contrario, la Facultad sería tomada, etcétera... Si bien yo no creo que todos los caminos conduzcan a Roma, evidentemente, en este caso todos los caminos conducían a la toma de la Facultad. Así trans-currió el viernes y ese mismo día un periódico vespertino, en un recuadro destacado, anunciaba en letras de molde la toma de la Facultad. Ese diario sale a circulación alrededor de las 18 y la asamblea de estudiantes no empezó a reunirse hasta las 20 horas. El sábado a la mañana, apenas llegó a la sesión del Consejo Superior, y por primera vez llegó un poco tarde, altas autoridades universitarias, administrativas o no, me preguntaron con un tono de inculcable preocupación qué pasaba, qué sucesos terribles se esta-ban combatiendo en la Facultad de Derecho; qué había ocurrido, digamos, entre gallos y medianoche; qué eran los ruidosos toques. Iniciado, el señor Rector y también el Vicerrector, separadamente, me preguntaron si era verdad que los estudiantes estuviesen por encima del número tope, los reales —a quienes debo yo distribuir— no podrían dar examen en el resto del año. Yo dije la verdad, afirmando que eso no era exacto de ninguna manera. Según creo haber entendido, me parece que el proyecto funcionaría tal como lo explicó el doctor Raúl Moreno. Además, ese mismo día por la tarde, un periódico vespertino publicó una noticia de resultados en la asam-bla, escenas de pugilato y que el Decano había cedido a la presión de los consejeros estudiantiles, anticipando una sesión del Consejo. Es decir, una serie de manifestaciones y de noticias falsas o insidiosamente deformadas, no sé que no corresponden a la verdad de lo ocurrido sino retorcido. Qué cada uno asuma su responsabilidad, sobre todo, los que la tienen; los demás no sé si la podrán asumir, pero es posible que cambien para bien de todos.

Yo me limité a informar los episodios en la parte que creo deben ser informados al Consejo y los estudiantes de esta facultad. Algunos de los estudiantes, y por supuesto de los consejeros, me conocen desde hace tiempo; personalmente, soy una persona pacífica, pero que gusta de hablar claro. Creo que uno de los problemas más graves que tiene el país consiste en que mucha gente que tiene altas responsabilidades, no hace las cosas de acuerdo con lo que dice o viceversa. Nuestros problemas que este problema, como cualquier otro de la Facultad de Derecho relativo a la enseñanza, organización de cátedras y planes de estudio, sea debatido como corresponde y en un clima de respeto recíproco. Hejan los estudiantes, a través de mis palabras, que estoy seguro que ninguno de los señores profesores, agruados y estudiantes, que son consejeros, tienen o abrigan planes de dominación de grupo, de sector o de clase. A veces, en la manera como nos vemos obligados a distribuir las pocas horas de las que disponemos —porque las 24 del día no alcanzamos—, no siempre se puedan estudiar los problemas con la suficiente calma y tranquilidad que fueran necesario; pero es posible siempre debatirlos con claridad y con altura y escuchar todas las opiniones para el mayor bien de la facultad. Por eso con estas palabras doy término a mi exposición referida la moción, en este caso por un motivo de legalidad, de que se estudie por la C. de Reglamento la validez de las actuaciones.”

—El doctor VERA VILLALOBOS pregunta al señor DECAÑO si su proposición es sin efecto suspensivo de la resolución N° 2287/60.

—El señor DECAÑO responde que eso lo tendrá que resolver el Consejo. D todos modos, si fuera mala, la resolución no podría aplicarse. Asimismo, la indicación es sobraabundante porque aunque no se hubiera invocado la nulidad no se podría poner en funcionamiento antes del 1° de junio.

—El doctor ARZUMANA señala que tal vez estaría implícita la suspensión en su moción.

—Resumiere la presidencia de la sesión el señor DECAÑO.

—Expresa el doctor STANISLAWSKY: “Yo quería apoyar la inclusión en el orden del día del pedido de suspensión de la resolución aprobada el miércoles pasado, por motivos que no podría silenciar. En la tramitación de este proyecto que resultó aprobado el miércoles por la lectura del expediente, hay algunos detalles que ya fueron anticipados por el consejero Saugolinski y que a mí me llevan a la necesidad de pronunciarme por la utilidad del proyecto de los consejeros estudiantiles. Esta expediente, con fecha 18 de marzo, volvió a comisión, o sea que lo que figura como despacho de mayoría de la comisión, en el sentido de respetar la libertad de elección de cátedra, lleva fecha del 7 de marzo, vale decir que lo que se da como dictamen de mayoría habría sido un pronunciamiento anterior a la decisión del Vicecaño, que lo giraba a comisión sucesivamente; la comisión habría dictaminado antes que el Consejo lo hubiera sometido a consideración de la misma. Esto es lo que resulta del expediente. Creo que en este momento es que en la Universidad se debaten problemas reglamentarios, es la Facultad de Derecho quien debe dar la máxima sensación de regularidad y equilibrio de los procedimientos, para evitar que ningún período pueda, con o sin recuadro, dar la noticia como muestra de presunta arbitrariedad. Por eso estimo útil que al girarse a Comisión de Reglamento el estudio del procedimiento seguido previo a la reglamentación aprobada el miércoles pasado, se dé con efectiva suspensión porque antes que la resolución cobre vigencia en la Facultad de Derecho tengamos que saber si ha sido válidamente dictada. Es la mejor lección de derecho que se le puede dar a los educandos de esta casa.”

—El doctor VERA VILLALOBOS manifiesta: “Quiero expresar mi sorpresa y desagrado por esta situación. Este problema del número tope se viene debatiendo desde hace años y todo el mundo lo conoce, o sea que hubo tiempo para plantear todos los problemas particulares de cátedras y no se hizo. El miércoles pasado hubo dos despachos, conocidos por todos los consejeros y nadie objetó si había dos o tres o diez firmas. Es práctica común que los despachos sumen un total de tres firmas y así figuran en el orden del día.”

—Afirmas el señor DECAÑO: "Desearía que se informase bien sobre este problema: eso es evidente cuando son cinco los componentes de las comisiones, pero no cuando son seis."

—Manifiesta el señor BACIGALUPO: "Aquí hay una sola firma, es decir, no hay despacho."

—Certifica expresando el doctor VERA VILLALONOS: "Además, las comisiones del Consejo no son cuerpos ajenos al mismo sino son necesarios, de manera que si el Consejo, al recibir un despacho firmado por uno o dos miembros lo decide tratar, no impugna ese despacho, y luego se vota, es intempérido plantear con posterioridad la nulidad de la resolución. Además, hemos sido citados para tratar la suspensión de la resolución 3687/60 aprobada el miércoles pasado, en cuya oportunidad los consejeros estudiantiles se retiraron de la sesión y volvieron media hora más tarde, planteando dar país un pedido de reconsideración, de manera que no ve la urgencia de que se trate este ahora cuando podía haberse tratado en la sesión ordinaria del miércoles. Es importantísimo que este Consejo siga el ejemplo que se está dando en otras facultades y universidades del país, de no ceder a presiones de hecho. Lo relatado por el señor Decano es evidente: esto no justifica ni la toma de las facultades ni el incendio de edificios ni nada por el estilo. Este tipo de incidentes permiten, a personas ajenas a los fines de la Universidad, aprovecharlos para crear un clima de incertidumbre y ninguna persona puede estar de acuerdo con este tipo de presiones. De manera que yo propongo que esta reunión se levante sin tratar este tema: no tiene sentido ir al fondo del asunto cuando éste ya ha sido debatido. Si hay cátedras que marquen observaciones, nada les impide presentar nuevas propuestas y nuevas ideas pero no convocar a una sesión especial, dejando dejar nuestras ocupaciones habituales sin ninguna utilidad. Fido, simplemente, que se levante la sesión sin más trámite, ya que no se trata de ningún problema urgente."

—El señor BACIGALUPO manifiesta: "Lamento mucho que el doctor Vera Villalobos, sin poder calificar, nos haya calificado al considerar como presión lo que para nosotros es un derecho subjetivo: presentar una nota pidiendo una sesión extraordinaria."

—El doctor VERA VILLALONOS contesta que no ha querido calificar, pero que si bien hay ejercicio de un derecho subjetivo también hay abuso del derecho.

—El señor BACIGALUPO afirma que no hay limitaciones a los temas de las sesiones extraordinarias. Habiendo un problema como el que traen al Consejo —nulidad por falta de despacho de la Comisión— el hecho que en el momento de sancionarse no se haya pedido dicha nulidad, porque ninguno de los representantes estudiantiles recordaba haberlo firmado, y que por una u otra causa aparece despatchado con tres firmas, no significa que no pueda declararse nulo con posterioridad.

A continuación se produce el siguiente cambio de ideas:

—Doctor VERA VILLALONOS: el punto en cuestión figuraba en el orden del día.

—Señor BACIGALUPO: El hecho de que figure en el orden del día no significa nada: sería el mismo caso de un contrato firmado por un incapaz, cuando se prueba la incapacidad se anula el contrato. En este caso, ha habido una irregularidad en el trámite y nosotros pedimos que se anule la resolución hecha sobre un despacho que contiene vicios de forma.

—Doctor DASSEN: Nunca imaginé que una irregularidad de trámite pudiera suscitar tanto interés.

—Señor BANCOURT: El interés lo provoca el número topé.

—Señor BACIGALUPO: Fijense que en cualquier caso se daría el mismo interés, aunque no se tratara del número topé. Se estaría convalidando una situación anormal y antijurídica que es un precedente poco instructivo.

—Doctor DASSEN: A veces se han tratado despachos sin ninguna firma.

—Señor BACIGALUPO: Una cosa es el tratamiento sobre tablas y otra es que se haya girado a comisión y que se solicite un estudio del problema que

se considera hecha —en este caso— con una sola firma. Insisto en lo que dije antes. No hemos ejercido ninguna presión sobre nadie, aunque "Correo de la Tarde" lo haya publicado, sino que en ésta una sesión extraordinaria convocada de acuerdo con un artículo del Digesto que nos autorizaba. Por lo tanto, son infundadas las palabras del doctor Vera Villalobos.

—Doctor DAMAZO: Pregunto a los consejos estudiantiles cómo calificarían ellos al pedido de reconsideración con la presencia de la barra. Se retiraron para no mezclarse en la discusión y cuando estuvo calmada la barra aparecieron planteando la reconsideración.

—Señor CASAL: No fue la barra la que nos hizo pedir la reconsideración.

—El doctor SPANIELAVEREY expresa: "Sin ánimo de asumir la defensa de nadie, quiero expresar que conversé en aquel momento con los consejos estudiantiles quienes estaban en un alto grado de excitación por el resultado de la votación. Me parece que no resulta del todo acorde a lo que se debía esperar exigirles, a posteriori, una actuación inmediata ajustada completamente a derecho. Cuando se trató el proyecto hicieron cuanto pudieron para que no se aprobara; se aprobó y como expresión de desagrado por no haber conseguido su objetivo, se retiraron, como manera de documentar sus desagrados. Que después ellos hayan vuelto y pedido la reconsideración, es lógico bastante suficientemente su interés en que no cobrara vigencia; interés que es el mismo que se ha reactualizado en esta sesión, donde se vertieron argumentos que no se habían enterado cuando se aprobó la resolución."

(Continúa.)

LIBROS Y REVISTAS

JOSÉ THÉNEN, *Neurosis juveniles*, Colección Euriadía, Buenos Aires, 1960.

Es frecuente observar en la conducta del joven universitario la existencia de problemas que alteran su carácter y en ocasiones deforman su personalidad psicológica.

En la indagación de las causas que pueden constituir el origen de dichos factores de perturbación, susceptibles de provocar en los casos más acentuados intensos desequilibrios volitivos y emocionales, se ha recorrido casi siempre al análisis de las condiciones ambientales en las que se desarrolla la vida del afectado, atribuyendo la responsabilidad de tales inconductas al ámbito reducido de su familia o al más extendido de la sociedad en que actúa, sin contar, desde luego, las que proceden de motivos patológicos claramente establecidos y clasificados.

No se había profundizado, en cambio, hasta ahora en el estudio de la influencia decisiva que ejercen sobre el referido proceso las características pedagógicas con que se desarrolla la enseñanza universitaria argentina, cuyos defectos e insuficiencias son puestos, por otra parte, continuamente de relieve y constituyen, incluso, el tema de encendidos debates y acaloradas discusiones.

En haber centrado el análisis en la mencionada causa generadora de tantas y tan graves anomalías psicológicas reside el mérito y la origi-

nalidad del libro de Jorge Thénen que, con el título *Neurosis juveniles*, fue incorporado recientemente a la serie de publicaciones que integran la Colección "Euriadía".

El autor califica a su ensayo como "pequeño opúsculo cuyo propósito inicial fue exponer las consecuencias de un trabajo intelectual desproporcionado o defectuoso". Tal es la opinión que le merecen la labor que se desarrolla en nuestras casas de altos estudios, a la que incluye en la categoría de "trabajos insalubres".

Es reconocida la seriedad científica que respalda las observaciones de Jorge Thénen, cuya labor de más de treinta años en el campo de la psiquiatría ha sido traducida en algunos de sus libros fundamentales, como *Reflexiones sobre el delirio y Neuropietras* y *la psicopatología del Aléras*, este último reeditado en 1958.

Las conclusiones a que arriba en su obra más reciente, que constituye el objeto de esta nota, se fundamentan en el estudio y catalogación de alrededor de 300 casos típicos, realizados pacientemente a lo largo de casi dos décadas.

Es sabida la profunda impresión que recibe el adolescente que, apenas concluidos sus estudios secundarios, se dispone a trasponer la acentuada línea divisoria que lo separa de la Universidad. No puede dejar entan-

cas de percibir la sensación de desconcerto que proviene del pasaje del sistema escolar y regimentado que impera en el colegio nacional o en la escuela normal al nuevo estilo de vida que le depara la Facultad o el Instituto superior, sin que la brusquedad y rapidez de aquella transición haga posible casi nunca el necesario proceso de habituamiento y adaptación. Se sentirá, asimismo, sobre todo al principio de la carrera, solo y desorientado, por la forma de trabajo comunitario que impera en la enseñanza media, donde se comparten generosamente halagos y simasores, se verá desplazada y sustituida por un nuevo régimen en el que la disciplina y responsabilidad que se autoimpone el interesado tendrá una importancia decisiva y terminante.

Para subsanar o al menos atenuar las deficiencias pedagógicas que le preocupan el autor propugna la creación de un "consejo didáctico superior de profesores, egresados y estudiantes", que sería "el instrumento flexible que adaptaría la enseñanza a su finalidad específica. No habría entonces varios planes de estudio en desarrollo paralelo, no se obligaría al alumno a saber la teoría agradable a tal o cual profesor y terminarla al comercio de los malos libros de apuntes. La protección de su inteligencia infundiría al estudiante una gran se-

guridad y podría aspirar a la autonomía del juicio, esto es, al criterio, que rebautice el entendimiento y lo capacita para el trabajo creador".

La última parte de la obra presenta un esquema de la situación mental del egresado y pasa revista a las principales vicisitudes morales y materiales que deben afrontar el médico, el odontólogo, el abogado y el ingeniero apenas concluidas sus respectivas carreras.

Neurosis juveniles, de Jorge Thomson, no es, como podría inferirse de su título, un tratado específico sólo aprovechable por quienes se sienten vocacionalmente atraídos hacia los problemas de la psiquiatría. Por el contrario, constituye un ensayo ameno y novedoso, que reúne un conjunto de observaciones del mayor interés para quienes en cualquier forma se hallan vinculados a alguna actividad intelectual. Las escenas casi angustiosas de obras destinadas al análisis de esos complejos problemas de vigencia permanente hacen aún más sensible al significado de este aporte, cuya lectura suscitará quizá reflexiones imprevistas a muchos profesores y estudiantes que sientan una sincera inquietud de perfeccionamiento y separación de las instituciones universitarias argentinas.

Carlos LÓPEZ CASIRO

MARIANO J. GRANDOLI, *Adopción y*
La Ley; Tomo 97; pág. 122.

Resuelto el caso Schwartz en forma definitiva hace ya más de tres años por nuestra Corte Suprema de Justicia y concedido entonces que fue en adopción un niño de origen católi-

co a un matrimonio judío, despertó

en nuestro medio un singular interés por el examen del problema religioso en relación con el instituto de la adopción.

Desde ese momento y hasta ahora, muchos han sido los trabajos que ya en revistas de derecho, ya en diarios que no revisten ese carácter, han sido publicados para elucidar el asunto, donde es ardua la separación entre los criterios u opiniones netamente jurídicos y las ideas o convicciones de tipo confesional.

El Dr. Mariano J. Grandoli, juez nacional en lo civil, no es la primera vez que se enfrenta con el tema. Ya lo abordó anteriormente desde las páginas del diario católico "El Pueblo", siendo por lo demás lo que podríamos denominar un especialista en adopción, ya que sus obras al respecto han tenido la amplia difusión que su utilidad merece; "La ley de adopción debe reformarse" es clara muestra de lo que venimos diciendo.

El Dr. Grandoli, no menciona siquiera el caso Schwartz, pero resulta innegable que aquel es la simiente de inquietudes que lo ha movido a relectar estas líneas que hoy comentamos. El trabajo en sí, podría sintetizarse diciendo que es una revisión a las respuestas dadas por organismos del Canadá y de diversos estados de los Estados Unidos de Norte América en los que se pone de manifiesto el íntimo contacto que media entre el factor religioso y la adopción. Trata-

mos de dar un niño católico a una familia católica y un niño judío a una familia judía. Tal es lo que convierten del Estado de Mississippi, en el cual no existe una ley que obligue a proceder de ese modo.

Llega luego el A. a las conclusiones que el examen efectuado le sugiere, llamando la atención que las mismas sean casi transcripción de los puntos que le sirven de introducción. Se queja de la indiferencia en materia religiosa (a veces, pensamos, puede ser simple tolerancia y no tal) y propicia una vez más la reforma de la ley 13.252 a efectos de que se incluya al elemento religioso como ayudando a determinar la "conveniencia" o "inconveniencia" de la adopción. (Art. 2, inciso a), ley 13.252).

No pensamos (y perdónesele lo insolente de discrepar y opinar en una nota bibliográfica) como el Dr. Grandoli. Ya tenemos posición tomada sobre el tema a través de las páginas de esta Revista y hoy, nos ratificamos en ella, convencidos como estamos, que de lo contrario podría vulnerarse ese sabio principio constitucional que consagra la libertad de cultos para todos los habitantes de la Nación.

CARLOS A. R. LACOMANICO

F. H. LAWSON, *A common law lawyer looks at codification*, Inter-American Law Review, Vol. 2, N° 1, 1960.

Este artículo que fuera leído por el autor en 1959 en la reunión anual de la Asociación de Facultades de Derecho Norteamericanas tiene el incontestable valor de poner de manifiesto los puntos de vista de un autor, prestigioso por igual en los E. U.

como en Inglaterra, sobre un problema que no evoluciona en las palabras del Common Law: la codificación de sus principios.

Señala el a. que existen históricamente dos razones principales para que se produzca la codificación: la

necesidad de ordenar o sistematizar el derecho, que generalmente no obra como único factor y que viene acompañado por la unificación de un país hacia entones dañado, (ej. Alemania), o la unificación del derecho de un país políticamente unido pero gobernado por diversos sistemas de leyes que se aplican a regiones distintas (ej. Francia), y que en esta última hipótesis muy bien puede incluirse a E. U.

La lectura de este artículo y la circunstancia en que fue leído, sugiere la idea de que el a. ha tenido la intención de vencer en cierta manera la resistencia que los profesores y estudiantes del Common Law hacen a la codificación. Aunque no se manifiesta decidido partidario de la codificación, aprecia su utilidad con este pensamiento: "... Los sistemas basados en códigos tienen una gran ven-

taja. Conforme a aquellos, el juez puede siempre recurrir al texto del código, para encontrar la expresión auténtica de un principio fundamental, mientras que el juez del common law debe con frecuencia sentir que si no se apoya en el derecho consuetudinario por la jurisprudencia predominante está a la deriva". Con este y otros argumentos pretende convencer "... de que hay con frecuencia ocasiones en que es ventajoso resumir y simplificar el derecho en una materia determinada".

Las consideraciones que el a. hace sobre el sistema anglosajón y el sistema continental, tienen el significado de una apreciación desde el punto de vista de un jurista del common law. La brevedad del artículo no obsta a que contenga un sustancioso contenido.

RICARDO LEVINE

Luis María Borrí Boggiero: Estudios jurídicos (Primera serie), Ed. Coeditora del C.D. y C.S., Buenos Aires, 1960. (287 págs.).

Con gran satisfacción observamos que la Coeditora del C. D. y C. S., en una notable realización editorial, ha reunido en un volumen el texto de un conjunto de importantes estudios, conferencias y votos-judiciales del doctor Borrí Boggiero.

Siempre hemos considerado una medida feliz la publicación recopilada de trabajos dispersos y agotados de nuestros maestros del Derecho; se coloca así al alcance del estudiante un material valioso que de otro modo muy difícilmente podría obtener, además de brindarse al profesional o al estudioso obras de permanente interés y utilidad. En el presente caso, creemos que el acierto es de especial

relevancia; los trabajos de Borrí Boggiero que aquí se han editado, y que abarcan, en su mayoría, temas diversos del Derecho Civil, ya han sido —casi todos ellos— bien conocidos y valorados. Constituyen aportes de real significación para la ciencia jurídica moderna, porque contienen auténticas construcciones científicas, elaboraciones doctrinarias que demuestran claramente que el movimiento renovador que iniciara Colme se ha consolidado, y que hoy se pueden apreciar las bases de una verdadera dogmática civilista en Argentina.

En el libro a que nos referimos sólo encontramos algunos —primera

serie de los numerosos estudios que Raffi Roggero diera a conocer, a lo largo de sus veintiseis años de dedicación al quehacer del Derecho. De ahí que esperamos ver pronto publicadas las restantes que componen la obra del gran jurista y profesor, e insigne magistrado del más alto tribunal de la Nación.

Este primer volumen comprende los trabajos que hemos de enumerar a continuación, reseñando brevemente los que consideramos menos difundidos o de mayor interés para el estudiante.

I. Estado civil: el autor trata un esquema general de la institución, refiriéndose también a su vinculación con el parentesco, a la propiedad y posesión de estado y a las acciones de estado.

II. Estudio comparativo de la capacidad contractual de la mujer casada: en este estudio, que el autor envió a la Octava Conferencia Interamericana de Abogados, realizada en San Pablo en marzo de 1934, por impedirle el gobierno de la tiranía su salida del país para concurrir a ella, encontramos una interesante síntesis de las disposiciones constitucionales y legales de veintisiete países, relativas a la capacidad de la mujer casada, aparte de un examen más detenido de las normas positivas argentinas.

III. La capacidad de las personas jurídicas y el Código Civil argentino.

IV. Hecho jurídico: el autor efectúa aquí una amplia sistematización del hecho jurídico, considerado como fuente (y no como objeto) de las relaciones jurídicas. Una rigurosa fundamentación justificativa y un cul-

dadoso análisis de las diversas clasificaciones —de las expresas y tácitas del Código y de las extrañas a él— confieren a este artículo una importancia muy particular.

V. Introducción al estudio del acto jurídico: aquí el autor encara la definición del acto jurídico, como figura genérica, a través de un proceso de individualización consistente en cuatro etapas sucesivas: 1^o, deslinde entre hechos jurídicos externos y humanos o actos; 2^o deslinde entre actos voluntarios e involuntarios; 3^o distinción entre actos voluntarios ilícitos e ilícitos; y 4^o distinción entre meros actos voluntarios ilícitos y actos jurídicos.

VI. Actos voluntarios.

VII. Actos ilícitos.

VIII. Sistema de responsabilidad civil en el Código argentino: este estudio publicado precisamente en *LEONOWICZ Y ENRIQUETES* (año 1933, N^o 10/11), entendemos que es de importancia fundamental. En él, luego de una introducción titulada *El ilícito civil* y la responsabilidad, el autor concreta y examina los cuatro sistemas mínimos de responsabilidad civil que contiene nuestro Código: 1) el que está dado por las reglas que se ocupan del incumplimiento de un acto voluntario ilícito que no tiene por objeto dar suma de dinero; 2) el que está formado por las reglas que se refieren al incumplimiento de un acto voluntario ilícito, pero cuyo objeto, a diferencia del caso anterior, lo constituye una suma de dinero; 3) el que lo está por las reglas que regulan el delito; 4) el que lo está por las que rigen el cuasi-delito. Cabe señalar, por último, el acerta-

do y hasta ahora —en nuestra doctrina— nunca realizado análisis, que Boffi Roggero lleva a cabo respecto del problema del art. 1107 del Código Civil.

IX. El objeto del acto jurídico: es éste un estudio profundo e integral del tema, que ha sido publicado también en italiano, en la *Revista del Diritto Commerciale*, Milán, Año LVII (1933), N. 3-4, Parte I, págs. 161-178.

X. El acto jurídico bilateral: es el tema de una interesante conferencia que Boffi Roggero pronunciara en 1936 en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. En ella, partiendo de la clasificación de actos jurídicos que atiende al número de partes que constituyen a éste, el autor se detiene en el fenómeno de los actos jurídicos complejos, y dentro de ellos en el acto jurídico bilateral como subespecie del acto jurídico subjetivamente complejo; se refiere luego en particular al contrato, tradición, renuncia de deuda y matrimonio.

XI. Dolo (en Derecho Civil).

XII. Caracterización de las modalidades del acto jurídico.

XIII. Represión de los actos cíviles y penales que declararon la existencia de voluntad y la demencia, respectivamente, frente a decisiones de la justicia notarial en el mismo ilícito: el autor se ocupa aquí de un interesante problema que hace al mismo tiempo a instituciones de Derecho Notarial, Procesal y Civil.

XIV. Algunos aspectos de la instrumentación pública en el proyecto de reformas al Código Civil: el autor se refiere a importantes tópicos inherentes a los instrumentos públicos,

comparando el sistema del Código, el Anteproyecto de Biblión y el Proyecto de 1936, a la luz de la evolución doctrinaria nacional y extranjera.

XV. La oposición de fealdad y la plena fe del instrumento público en el art. 803 del Código Civil argentino: el presente tema, de gran relevancia tanto en materia Civil como Notarial, es objeto de un extenso análisis por parte del autor, quien construye una firme doctrina interpretativa de la citada norma.

XVI. El problema de los documentos habituales en las escrituras públicas.

XVII. Aspectos de la validez del acto jurídico en el Código Civil argentino.

XVIII. El proyecto de reformas del Código Civil francés y la clasificación de "validades" del acto jurídico en absolutas y relativas.

XIX. Beneficio de competencia.

XX. Estufa en derecho civil.

XXI. El curso de los intereses, los delitos y cuasidelitos: es éste el tema del voto que Boffi Roggero emitió en 1937, como Jefe de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, siendo en tesis —vigencia de los intereses indemnizatorios desde el momento en que el delito o cuasi delito ha ocasionado toda perjuicio— compartida y adoptada por amplia mayoría en el plenario.

XXII. El derecho de renuncia y el estado de sitio: es la transcripción de un voto del autor, como Ministro de la Corte Suprema, en el que señala la necesidad de una prudente limitación en el ejercicio de las facultades

emergentes del estado de sitio, respecto de las restricciones a la libertad individual.

XXIII. La libertad constitucional y los "números vivos": en este importante voto -disidencia, como el anterior- Hoffi Roggero, al pronunciarse, con sólidos fundamentos, por la inconstitucionalidad de la ley 14.226 (que obliga a las salas cinematográficas a incluir en sus programas espectáculos artísticos vivos de variedades), ratifica una vez más su inequívoca vocación republicana y liberal, y su condición de auténtico intérprete de la Constitución. Aunque este voto, al igual que el precedente y muchos más (que lamentamos no se hayan incluido en el libro), hay con disidencias, artanzas seguras que

-como las de Holmes en los Estados Unidos- constituirán en un futuro no lejano la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo.

Recomendamos la lectura de esta obra, por considerarla sumamente útil e interesante. Los capítulos de ella en que no hemos detenido el comentario, contienen sistematizaciones integrales de las instituciones a que se refieren, las que estimamos muy indicadas para los alumnos de los distintos cursos de Derecho Civil. Para concluir, queremos destacar la excelente presentación y edición del volumen, que coloca a la Cooperadora del C. D. y C. S. entre las empresas especializadas del país.

PABLO A. HORVATH

THOMAS F. MC. GARR: "Argentina, Estados Unidos y el sistema interamericano 1880-1914". Ed. Universitaria de Ba. As. (EUDEBA), diciembre 1960. (El original, impreso por la Harvard University Press, data de 1957).

Una de las funciones importantes que deben cumplir las universidades en los países subdesarrollados, es encarar el estudio de los problemas nacionales. La nuestra comienza a hacerlo, y refiriendo ese propósito, EUDEBA acaba de inaugurar una nueva colección: "Biblioteca de América".

El primer volumen pertenece a Thomas Mc Garr, profesor de Historia Latinoamericana en Harvard, y discípulo del eminente Haring. Analiza un período importante en la formación de la nacionalidad: 1880-1914, es decir, aquel en que, capitalizada Buenos Aires y pacificado el país, a generación del 80 le imprimió una peculiar fisonomía que ha subsis-

tido largo tiempo. La obra suscita interés, porque explica una historia que no se enseña oficialmente. En términos generales, Mc Garr es benevolente para con la generación del 80, que "en poco tiempo elaboró una nueva Argentina y le dio una posición en Europa y en América". Con detalle consigna el desarrollo de las cuatro primeras Conferencias Panamericanas, y cómo en éstas "se plantea la reacción argentina frente a estímulos tan diversos como las tarifas proteccionistas norteamericanas, el "gran gerrito" de Theodor Roosevelt y la expansión de los intereses comerciales norteamericanos en la Argentina". Así advertimos la desconfianza que nuestros gobiernos

los fiscalculares sentían hacia Estados Unidos (lo prueba una vigorosa carta de Pellegrini a Cambé), y con cuánta alébrica resistieron sus tentativas de hegemonía; claro que contando con el respaldo poderoso de Gran Bretaña, mucho más sutil y hábil en su juego imperialista.

Este trabajo remite también un interesante documento de época: recuerda la plácidas sin complicaciones de la vida porteña; las gratas reuniones en los tres "clubes" aristocráticos más frecuentados: el Jockey, la Bolsa de valores y el Congreso de la Nación; los viajes a Europa; la fascinación cultural de Francia; las veladas de Caruso en el Teatro Colón, y la sabia distribución de tierras entre unas pocas familias de la oligarquía (sal nos enteramos que esta palabra fue acuñada por el diario "La Prensa")...

También aporta datos dignos de conocerse: "En el Buenos Aires de 1904, sobre una población de más de 800.000 almas, el derecho de votar era ejercido por 58.220 personas". "En 1905, las siguientes personalidades públicas debían al Estado de la Provincia de Buenos Aires las sumas de dinero detalladas a continuación: el Pdte. Roca, 1.148.250 pesos; el mismo Juárez Celman, 120.000; Carlos Pellegrini, 100.000; Dardo Rocha, 470.000, y dos de los hermanos Roca, un total de 180.000. Estas cifras no son necesariamente una prueba de corrupción; pero indican que estos hombres se empeñaron en grandes transacciones y que muchas instituciones oficiales vagaban sin rumbo por una zona intermedia entre el cumplimiento de sus obligaciones públicas y la satisfacción de las necesidades personales de los políticos in-fidentes."

El libro concluye indicando los primeros síntomas de decadencia del sistema político-social construido por la oligarquía, ya incapaz de dominar, pese a su desesperada legislación represiva, a la inmigración y al proletariado descontento. Y Pellegrini, atravesando la ancho sala de la Legislatura para estrechar la mano del joven diputado Alfredo Palacios, admitiendo así la tremenda acusación de perversión y fraude formulada por éste, es un símbolo del exarismo de conciencia que los hombres más capaces y honestos de la casta gobernante estaban prontos a efectuar. Poco después, se suicidaban por mano de Santa Peña, permitiendo la apertura de una nueva etapa del desarrollo nacional.

Mr. Gann tiene buen conocimiento del país y de su gente (varias veces insiste en señalar el "orgullo patriótico" como característica de nuestro carácter, al menos en la época del Centenario), y aunque incurre en valoraciones imperdonablemente erróneas—"Manuel Gálvez tuvo una contribución mucho más duradera para el desenvolvimiento argentino que Ingenieros"(1), con mayor frecuencia acierta. Ha manejado una amplia bibliografía—reconforta que un norteamericano cite aunque sea las obras menos significativas de Aníbal Ponce—, y ha recorrido con paciencia las colecciones de "La Prensa" y "La Nación", pero sin perder de vista su orientación política y de clase.

El libro está bien presentado, con la pulcritud y sentido moderno que caracterissa a EUDORA. Un índice temático, útil pese a ciertas omisiones, completa el escrito.

HORACIO SANCHEWITZ

Eugenio A. Marrocq: "Crítica la ley nacional de contabilidad pública". Ed. Macchi. Bs. As., 1960. (183 págs.).

Esta importante obra del Dr. Eugenio A. Marrocq está ampliamente acreditada bajo el punto de vista intelectual por el prestigio de su actuación al frente de las cátedras de Contabilidad Pública de la Universidad Nacional del Sud y Profesor Adjunto de la misma Cátedra en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Su dedicación permanente a temas vinculados con la Economía y las Finanzas lo acreditan como un auténtico especialista, cuya aportación a la cultura de la Nación son ejemplos de extraordinaria laboriosidad y dedicación.

Por el intrincado laberinto de las disposiciones del Decreto Ley N° — 23.264 del año 1956 y las imperfecciones idiomáticas que ocurren en texto, en extrema confusión, que dificultan una auténtica interpretación legal, el autor nos conduce con orientación segura a través de toda su obra, que es el fruto auténtico de una larga experiencia en materia impositiva, que lo ha convertido en un experto de indubitables conocimientos.

En la substancialísima introducción que hace de prólogo a la obra, el autor nos brinda valiosos antecedentes sobre la Ley de Contabilidad N° 12.961, que aplicada rigurosamente de acuerdo a los términos de su texto, originaba el acortamiento de determinados gastos del Estado, fragando en términos contables el equilibrio del Presupuesto de la Nación.

Afirma el Dr. Marrocq que: "La contabilidad del Estado debe acusar la cuantía de la carga con que contribuye la población, y el destino de todas esos recursos. También debe

acusar la cuantía del patrimonio hereditario. Uno y otro, integran el fundamento y esencia de la Democracia".

Este concepto, como imposición ética fundamental, campea como luminaria permanente en la totalidad de las 183 páginas de la obra, dándose el empeño con que el autor defiende el cumplimiento de los preceptos Constitucionales, tantas veces violados por las Leyes de la Nación y de las Provincias, más como consecuencia de imperfecciones Legislativas que por desconocimiento de las disposiciones del Estatuto fundamental que rigen para defensa de todos los intereses de la población, bajo el punto de vista legal en lo estrictamente jurídico.

"Las Leyes 428 y 12.961 nada han establecido para que la Contabilidad del Estado acusara la medida en que cada generación vivió de su propio esfuerzo o se parasitó en las anteriores o las futuras. Esto es muy importante en las Finanzas Públicas, y la contabilidad debe revelarlo. La Contaduría General de la Nación debe ser el centro en que converja toda la información financiera, patrimonial y el costo de la gestión pública. Tanto las Leyes N° 428 y 12.961, como también la presente, no han dispuesto lo necesario para conseguirlo". La transcripción textual de esta opinión del autor es de trascendencia para los lectores de esta información bibliográfica, ya que deberá ser tenido en cuenta como concepto medular en la elaboración de una futura Ley de Contabilidad, muy especialmente en circunstancias en que se accionen

ta día a día el impacto negativo que se origina en la economía de la Nación por la explotación de nuestros recursos bajo el sistema español de las concesiones, que termina por equilibrar al pueblo argentino, al que se oculta la realidad violando la ley mediante balances fraguados que ocultan los verdaderos beneficios empresarios, defraudando al fisco en materia impositiva, anegadas las concesionarias por graves fallas de control por parte del Estado, lo que es por cierto inaceptable en momentos en que los progresos de la cibernética facilitan en forma extraordinaria de investigación y control de los procesos contables.

El rigor contable debe imponerse en todo tipo de concesiones para evitar que las rigormas de nuestra patria sean esquilimadas sin beneficio para nuestro pueblo; el logro de este objetivo es simple. Se basta sencillamente, como lo afirma el Dr. MATOCCO en resolver "UN PROBLEMA DE ECONOMÍA PÚBLICA, MADA MÁS", y por cierto, que nada menos. Y fundamentalmente debe estimarse que: "En el manejo de los valores, hay siempre un responsable, cosa que no ocurre en el manejo de los otros bienes."

La Ley de contabilidad vigente es una de las tantas improvisaciones impuestas como textos legales por la política equivocada de los Decretos Leyes elaborados durante los interinatos gubernamentales que han eliminado circunstancialmente la facultad Legislativa del Congreso Nacional, que es el órgano natural de elaboración de las Leyes. Propiedad precipitadamente por la Contaduría General de la Nación, su texto debe ser sometido a una concienzuda re-

visación con la intervención de "auténticos" expertos en Finanzas y Economía, asesoradas, en caso necesario por quienes conocen las leyes gramaticales de la Lengua Castellana.

Y la unidad legal de los textos jurídicos no puede delegarse en su elaboración a comisiones de expertos burocratizados en la función pública. Un anteproyecto de Ley debe ser el trabajo del especialista consagrado a una disciplina determinada. El Congreso es el que debe decidir en definitiva, orientado los legisladores a investigaciones jurídicas, económicas y financieras con dedicación laboriosa de auténtico investigador. Es el buen procedimiento, adoptado en buena hora, por el actual Poder Ejecutivo, para la elaboración de los futuros códigos nacionales.

La opinión del Dr. MATOCCO sobre la ley de Contabilidad vigente, es terminante: "La reforma que introduzca respecto a la separación de las incorporaciones patrimoniales, al par de ser confusa e incongruente, no permite conocer el estado patrimonial emergente de la ejecución del presupuesto, por lo que, si el país vivió en una permanente nebulosa financiera respecto de lo que en el fondo debe entenderse por déficit o superávit presupuestario, con la aplicación de esta ley muy poco es lo que se ha avanzado".

Crítica con acierto de que se hayan disminuido, en lugar de ampliarlas, las atribuciones de la Contaduría General de la Nación, siendo la Ley vigente para el control y administración de la riqueza colectiva, confusa e insuficiente, imponiéndose en el futuro rigormas legales la creación de una nueva estructura orga-

del del Estado, que controle a fondo el presupuesto de la Nación.

La obra del Dr. Maroq tiene un vacío de importancia en nuestra literatura Jurídica y financiera. Su texto permite al lector informarse por entre los vicisitudes de la Ley Contable, con paso seguro y orientación certera.

El autor demuestra minuciosamente cada artículo de la Ley, explica su contenido, descifra sus enigmas idiomáticos, critica sus disposiciones con seguridad y certidumbre, caracterizándose por ser un expositor serio y claro de su pensamiento interpretativo.

Profesionales, Catedráticos, Funcionarios Públicos, Estudiantes en Ciencias Económicas y en Derecho y Ciencias Sociales, y muy especialmente los Contribuyentes, hallarán en la medular y bien elaborada obra

del Dr. EUGENIO A. MAROQ una auténtica herramienta de trabajo, auxiliar indispensable para entender y aplicar prácticamente cuando deban interpretar la "LEY NACIONAL DE CONTRIBUCIONES PÚBLICAS."

Se trata de un texto práctico que no debe faltar en ninguna biblioteca especializada y debe estar presente en el pupitre de todo funcionario público a quien el Estado encomienda la aplicación de la Ley.

La obra es un aporte serio a la cultura Jurídica, Económica y Financiera de la Nación, digna de elogio y de estímulo, por sobre toda consideración de orden circunstancial, ya que su contenido intrínseco ha de perdurar en el tiempo para las valoraciones futuras de nuevos textos legales que hagan impacto sobre la economía de nuestro pueblo.

JUAN SANCHEZ RAMOS

ROBERT HURCAVIA, *La Universidad de Utopía*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Colección "Cuadernos", 1960.

El espíritu del hombre, predispuesto por naturaleza a incursionar en el mundo de la fantasía, ha encontrado siempre infinidad de motivos que le permitieron expresar ese impulso creador.

La Historia nos ofrece abundantes ejemplos de concepciones teóricas y abstractas que en los más diversos aspectos de la actividad humana y por encima de cuanto significaron como ejercicio mental carente de vigencia práctica tradujeron un ideal de perfeccionamiento y superación de las formas de vida individuales e institucionales imperantes en las distintas épocas.

Son particularmente conocidas en este sentido el pensamiento que Platón expuso en *La República* acerca de la organización política del Estado ideal y las audaces transformaciones sociales que concibieron en el siglo XVI Tomás Moro y Tomás Campanella en sus obras *Utopía* y *La ciudad del sol*, respectivamente.

Algunas veces sus propios autores advirtieron la impracticabilidad de tales teorizaciones, como sucedió en el caso del recordado filósofo griego, que rectificó en las obras de su madurez una buena parte de sus doctrinas juveniles por considerar que las mismas se hallaban concebidas

para regular la conducta de seres ar-
racionales y virtuosos y no de hombres
pecadores, como eran los que consti-
tuirían la sociedad ateniense de la
época.

El mismo sentido de la expresión
utopía —que significa etimológicamente
“en ninguna parte”— indica la dificultad
casi insalvable de situar a las
concepciones de ese carácter
dentro de límites temporales o espa-
ciales determinadas. Aun reducidas
al ámbito de la abstracción son, no
obstante, eficaces como vehículo de
la inquietud progresista subyacente
en el espíritu humano, que tiende
siempre a mejorar las condiciones de
vida individuales y colectivas que ha-
cen posible y agradable la convivencia
social.

El profesor Herbert Hutchins ha
elaborado una novedosa versión de
aquel tipo de concepciones ideales,
refiriéndola a un objeto que hasta
ahora no había constituido la materia
de tales abstracciones: la Uni-
versidad.

En el año 1953 pronunció en la
Universidad de Chicago, con el aus-
picio de la Fundación Charles E. Wal-
green para el estudio de las Institu-
ciones Norteamericanas, un ciclo de
cuatro conferencias que, reunidas
ahora con el título *La Universidad de
utopía*, han determinado el volumen
que es tema de este comentario.

Cada una de dichas disertaciones
se consagra a la crítica de los que
el autor considera vicios esenciales
de la organización universitaria en-
tendidas como y que son: la industria-
lización, la especialización, la diver-
sidad filosófica y el conformismo so-
cial y político.

El desarrollo específico de cada uno
de esos temas le ofrece las condicio-

nes oportunas para expresar sus re-
paros con respecto a la generalidad
del sistema educativo imperante en
su país y, a su vez, establecer las
bases fundamentales de una nueva
organización pedagógica integral, que
comprenda al individuo desde sus co-
nocimientos elementales, adquiridos
en la niñez, hasta la culminación de
su carrera universitaria y su ulterior
actuación profesional.

El acentuado sentido pragmático
con que desarrolla estos problemas el
espíritu sajón hace que las conclu-
siones de este trabajo, concebidas
para regir en una Universidad ideal
de algún hipotético país, puedan ad-
quirir en cualquier momento vigencia
práctica en los más diversos ambien-
tes, a poco que se resuelvan a llevar
a cabo una reestructuración sustan-
cial de la enseñanza universitaria so-
bre bases verdaderamente científicas
y racionales.

“Como expresa Jerome Kerwin, pre-
sidente de la entidad patrocinante de
la edición, la obra que comentamos
“describe el funcionamiento de la me-
jor de las universidades en el mejor
de los países. Su propósito es proveer
una norma que permita determinar
nuestras aspiraciones y nuestras re-
alizaciones. No se trata de un vuelo
hacia los dominios etéreos de la fan-
tasia, sino de una guía práctica para
los educadores valientes que saben
que la curación de nuestros males
educativos requiere una cirugía rad-
ical, no remedios homeopáticos”.

Para dar una idea de la agudeza
con que el profesor Hutchins expone
los problemas de la educación trans-
cribiremos uno de sus párrafos que
más nos ha llamado la atención. “Na-
turalmente —dice— es posible aprender
algo de cualquier cosa; incluso es

posible aprender algo de cualquiera. Si un maestro es un genio, puede extraer las lecciones más significativas de los incidentes más triviales. Pero como el número de genios en el sistema educativo es necesariamente limitado, no parece prudente elaborar un programa de estudio que sea eficaz sólo en el supuesto de que aquéllos dominen sus materias. En manos de maestros corrientes, las trivialidades seguirán siendo. El programa educativo para porteros escolares en el Teachers College de Columbia, o para gobernantes en la Universidad de Oklahoma, o para expertos en belleza en el Pasadena City College, o para payasos de circo en la Universidad del Estado de Florida, o para profesores de conducción de automóviles en la Universidad de California podría ser verdaderamente educativo si Sócrates fuera el maestro, puesto que él, partiendo de los incidentes propios de la vida de un portero, una

gobernante, un experto en belleza, un payaso o un chofer arribaría, sin duda, a las más profundas conclusiones filosóficas acerca de la organización de la sociedad y del destino del hombre."

De lo expuesto deduce el autor que "lo que necesitamos son instituciones especializadas y hombres no especializados". "Hombres que, aunque sean especialistas, continúen siendo hombres y ciudadanos y sean idealmente capaces de pasar de una especialidad a otra, según lo recomienden sus intereses y las necesidades de la comunidad".

La Universidad de adopta, de Robert Hutchins, a través de una correcta traducción de Noemí Rosenblatt, constituye uno de los volúmenes inaugurales de la Colección "Cuadernos", publicada por EUDESA, Editorial Universitaria de Buenos Aires.

CARLOS LÓPEZ CASTRO

Povisá, Hernando L.: *Esfera de prevalencia del dote colateral*, en *Diario de Jurisprudencia Argentina*, año XXII, N° 549, del 10 de octubre de 1961.

El artículo 3586 del Código Civil dispone: "El hermano de padre y madre incluye en la sucesión del hermano difunto, al medio hermano o que sólo lo es de padre o de madre".

Era del caso preguntarse si la misma regla debía aplicarse con los medios tíos y los tíos. Tal interrogante se lo planteó al Superior Tribunal de Misiones y éste decidió que en la sucesión de los parientes colaterales, heredan por cabeza los parientes de igual grado "con prevalencia absoluta de la relación vincular unilateral o bilateral con el causante", con excepción por supuesto del caso de los hermanos, regido por el art. 3586. En estos, se había tratado de hacer triunfar la tesis contraria, sosteniéndose que en la sucesión del sobrino los tíos empujan a los medios tíos. A esta posición se llegaba por aplicación analógica del recordado art. 3586.

Como comentario a este fallo, aparece la apostilla de Povisá de la que hoy nos ocupamos. En verdad, el caso, por lo novedoso merecía de una apreciación crítica que valorara la sentencia. El A. se inclina por la misma solución del Tribunal misionero por entender que la norma del art. 3586 es de excepción frente a otras, como la del art. 3586 según el cual el pariente más cercano en grado, excluye al más remoto, salvo el derecho de representación. Tío y medio tío se encuentran en un mismo grado de parentesco con respecto al sobrino presunto y unilateralidad o bilateralidad del vínculo no influye en sus vocaciones hereditarias, ya que por ser el privilegio del art. 3586 excepcional, no puede entenderse por analogía.

CARLOS A. R. LAZZARINHO

Este volumen
se terminó de imprimir
el día 27 de junio de 1963
en los
Talleres Gráficos "OPTIMUS" S.R.L.
Valencia Gómez 3736
Buenos Aires

**Dirección y Administración: Departamento
de Publicaciones de LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2268
BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA**

Precio del ejemplar \$ 15.—