

lecciones Y ENSAYOS

16

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1969

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Francisco P. Laplan

VICEDECANO

Dr. Guillermo Ahumada

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores

Consejeros titulares: Dr. Marco A. Rivela, Dr. Julio Bascón, Dr. Aquilino H. Guaglianone, Dr. Isidoro Ruiz Moreno, Dr. José M. López Olacingo, Dr. Ambrosio L. Gioja, Dr. Manuel M. Díaz.

Consejeros suplentes: Dr. Enrique Díaz de Collares, Dr. Rodolfo Martínez, Dr. Carlos Sánchez Viamonte.

Egresados

Consejeros titulares: Dr. Roberto S. Fontiglione, Dr. Francisco E. Trusso, Dr. Eduardo A. Roca, Dr. Dionisio Vagogna.

Consejeros suplentes: Dr. Antonio D. Varela, Dr. Guillermo O'Donnell, Dr. Juan A. Gregorini, Dr. Jorge A. Escopé.

Alumnos

Consejeros titulares: Sr. Jorge A. Cudato, Sr. Roberto J. Quieto, Sr. Juan J. A. Avila, Sr. Juan A. Sangiacomo.

Consejeros suplentes: Sr. Eduardo A. Barusso, Sr. Alberto L. Irizar, Sr. Arnaldo Klainer, Sr. Enrique J. Bellaguarda.

Como no podía ser de otra manera, nuestra primera preocupación al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad, fue la interconexión entre profesores y alumnos.

Resalta la publicación de la REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, escritores y estudiantes, que ha sido ya realzada una vinculación respecto a la labor científica del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comuniquen entre sí y tengan una tribuna donde administran en el ámbito jurídico, donde discutan con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad reconozca mediante una publicación periódica a completar los medios que inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a nosotros, como tribuna, a la experiencia de quienes no queremos que un paso por la Facultad sea un momento anecdótico y realice únicamente, marcado sólo por sus propios problemas.

Estos temas nos llevaron a crear LECCIONES Y ENAYOS. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por eso entregamos a los estudiantes la dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abreviados al tratamiento conforme de ciertos temas.

LECCIONES Y ENAYOS es un caso 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.

LECCIONES Y ENSAYOS

1960

Nº 16

ESTUDIOS

	Fp.
MARTÍN T. RUIZ MORENO: El Derecho y la Moral	7
WALTER BEVERAGGI ALLENDE: El Plan de Estabilización Económica (P. E. E.): sus consecuencias probables	39
JULIO DASSEN y ENRIQUE VERA VILLALOBOS: El "corpor" y el "anísar". La política Savigoy-Boring	45

TEXTOS

TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SUSCRITOS EN MONTEVIDEO EN 1889 Y 1948: IV. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional	59
---	----

NOTAS Y COMENTARIOS

EUGENIO BULYGIN: Las ciencias y los juicios científicos en la filosofía de Husserl	79
ADOLFO FLINER: ¿Pueden los jueces argentinos declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley?	95

ENSAYOS

ERNESTO E. FRIEDMAN y CARLOS A. R. LAGOMARSINO: Efecto jurídico de la captura de espionales	121
---	-----

ESCRITOS JUDICIALES

LUIS E. CAMPS: Presentación solicitando concesiones de acreedores	135
---	-----

UNIVERSITARIAS

NORA R. CHAMOLE: Primer Seminario de Derecho Argentino (28 de junio - 22 de julio)	141
LEGAJOS EJEMPLARES: T. M.: Alfredo Colazo	163

LIBROS Y REVISTAS

Notas de Haydée B. Dragonezzi, María A. Olivera, Ernesto E. Friedman, Pablo A. Herstein, Jorge H. Baripet, Carlos A. R. Lagomarsino, Tadeo Mujaletoy, Carlos V. Penas, Jorge Serventi Reyes y Eduardo Yablack Jozami	165
--	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES:
Doctor Ignacio Winkler

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Director: Tereña Mejalkary

Subdirectora: María E. Angulo

Secretaria de Redacción: Pablo A. Horvath

Secretarios adjuntos: Aurora J. Frutos y Norma G. Sabia

Redactores: Héctor A. Mairal, Luis Fombarrada (h.), Enrique S. Fombarrada,

Leopoldo H. Schidrin, Jorge C. Seregni Barera

Redactores suplentes: Leopoldo Magillanes y Ana R. Casir

Hecho el depósito que dispone la ley Nº 11.725

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

ESTUDIOS



EL DERECHO Y LA MORAL

Por

MARTIN T. RUIZ MORENO

Profesor Adjunto Interino de Filosofía del Derecho

INTRODUCCIÓN

1. — Prácticamente no hay obra general de filosofía del derecho que no se ocupe de manera obligada del problema del derecho frente al orden moral; ninguna fuera cual fuere su orientación doctrinaria, puede soslayar un planteo que se presenta como haciendo a la esencia misma de aquello que es jurídico frente a lo que se ha dado en llamar los "imperativos morales". La bibliografía es así muy amplia en torno a este tópico. La mayoría de las obras y trabajos comienzan reseñando las tentativas que se han hecho en el pasado en procura de un criterio de distinción que permita advertir, con la debida nitidez, aquello que es propio de lo jurídico, por necesidad conceptual, de lo que debe quedar reservado al dominio de lo moral, pero sin fuerza jurídica, aunque en ciertos casos particulares aparezca, sin ulterior análisis, como contrario o por lo menos chocante a las reglas morales más universales.

La cuestión es hoy clásica; y es compleja; Ihering decía de ella que era el Cabo de Hornos de la ciencia del derecho, y Croce, que era el cabo de los naufragios. En nuestra larga enseñanza en esta Facultad, le hemos dedicado además de las exigencias anuales del desarrollo del programa de la materia, un tratamiento en forma especializada, en diversos cursos. La generalidad del planteo cobra insospechado interés no sólo académico sino práctico, cuando aparece referido a aspectos del derecho con características propias. Lamentablemente, lo difícil de encontrar en el país en su idioma original y lo costoso de las obras extranjeras generales

sobre Filosofía del Derecho, y el agotamiento de muchas de ellas, así como el retraso (que viene de antigua data y no de ahora) en que se encuentra la biblioteca de nuestra Facultad en tener al día la bibliografía de esta materia, no permiten a los estudiantes acceder a una información lo más completa deseable. De las obras generales que pueden conseguirse en las buenas librerías en idioma español, o existen en la biblioteca de la Facultad, recomendamos la siguiente breve lista:

RECASENS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho* (México, 1945, pág. 148-182).

RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México, 1959, pág. 171-198).

LEGAS Y LAGARRA, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1953, pág. 251-263).

DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1950, pág. 294-312).

RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* (Madrid, 1933, pág. 53-64).

RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (México, 1951, pág. 53-56).

STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho* (Madrid 1930, pág. 88-102).

CATHERIN, *Filosofía del Derecho* (Madrid, 1926, pág. 268-286).

RENARD, *Introducción filosófica al estudio del Derecho* (Buenos Aires, 1947, T. 3º, pág. 292-299).

KELSEN, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires, 1960, Cap. II).

2. — Parece existir opinión unánime que el primitivo derecho (digamos griego, romano, mesopotámico) no distinguió la órbita específica de lo jurídico, del campo propio de la moral. A la sanción y aplicación de las leyes se mezclaban, eso sí, consideraciones éticas en torno a la equidad, pero sin una pronunciación técnica discriminatoria entre ambos dominios. Por lo demás la equidad, o por mejor decir lo que recién los romanos denominaron *aequumitas* (y no *aequitas*) si bien representa una propensión ética, un modo de obrar virtuoso, no contiene de por sí una especificidad moral total, sino es tan solo un medio y no un fin que sirve para conferir realidad a otros valores.

Lo cierto es que los romanos no concibieron la norma jurídica "en tanto que norma", como lo ha advertido la teorización contemporánea sobre ciencia del derecho. Lo que ellos llamaban *derecho*, era, hasta por razones etimológicas, (*rectum*, recto, derecho) lo que hoy llamamos *derecho justo*. Nuestra teoría académica del

derecho injusto no fué siquiera imaginada por los ciudadanos de Roma. Para un jurista o un simple ciudadano de la época de Cicerón, por ejemplo, hablarle de derecho-injusto, sería lo mismo que hablarle de círculo-cuadrado. Por eso en las mal llamadas definiciones del derecho de los romanos, aparecen confusas alusiones a situaciones éticas. Tal la máxima que el derecho es "el arte de lo bueno y de lo equitativo; o las tres conocidas máximas: "vivir honestamente, no dañar a los demás, dar a cada uno lo suyo (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) que se refieren ante todo a un complejo de justicia básica como contenido de todo derecho.

3. — En el pensamiento teológico cristiano de la edad media, tampoco se encuentra una diferenciación técnica entre la moral y el derecho. La verdad es que esa diferenciación, así como pretendemos hacerla en nuestros días, desde un ángulo técnico-conceptual, no cupo que fuera hecha por los teólogos puros ni por los teólogos juristas. La razón era que para el pensamiento cristiano tanto el derecho como la moral se encuentran englobadas en una ley ética general, y no puede concebirse ningún derecho que no sea justo, porque, como quedó establecido desde los primeros tiempos del cristianismo, *lex iniusta non est lex*. Una ley moralmente inícuca dejaba, para cualquier cristiano, de tener fuerza obligatoria de derecho y podía ser resistida.

Mas cabe hacer resaltar que apareciendo así el derecho como objeto de la justicia, es esta última la que emerge como el necesario paradigma en el planteo moral-derecho. En este sentido el pensamiento tomista dejó afincado un concepto muy importante, que se anticipa de manera muy nítida a los criterios modernos de diferenciación, cual es la noción de la bilateralidad del derecho (entendido, repetimos, como objeto de la justicia). "La naturaleza de la justicia es referirse a otro; y así la justicia propiamente dicha no existe sino de un hombre a otro" explica Santo Tomás, en la Segunda parte, sección segunda, cuestión 58, art. I de la *Suma Teológica*.

4. — Las bases tomísticas en torno al derecho y a la justicia fueron posteriormente desarrolladas y enriquecidas por el teólogo-jurista español Francisco Suárez (1548-1617), en su magna obra *Tratado de las leyes*. En el capítulo 13 del libro tercero sienta las bases de una concepción que se anticipa a largo plazo, en cierto modo, a la de Tomásio y sobre todo a la Del Vecchio. En claros pasajes de ese y otros sitios de aquella obra, curiosamente ignorados por los autores europeos no españoles, escribe lo siguiente en los apartados 1 y 2: "El acto humano es doble, como consta de la 1, 2 p. 18 y siguientes: interior y exterior; los cuales, de tal manera se relacionan entre sí, que el exterior no puede estar sin el interior, pues de él tiene como de forma moral que sea humano y

moral. De donde, el acto exterior humano es como un compuesto de acto exterior del cuerpo v. pr. (por hablar ahora así), y de interior acto de la voluntad, como de materia visible y de forma de suyo invisible. . . De donde juntamente convendrá también inquirir, si el acto exterior es mandado por la ley humana en cuanto es voluntario, o solamente en cuanto es acto exterior. Y bajo el nombre de acto, como muchas veces advertí, comprendemos la omisión de todo acto humano; pues, consta que esta es también mandada por la ley negativa o prohibida por la ley afirmativa; pues, el que manda un acto prohíbe consiguientemente su omisión. . . La ley meramente humana no puede mandar un acto puramente interno, directamente y de suyo”.

5. — Se acepta comunmente que fué Cristián Tomasio (1655-1728), quien cumplió la primera real diferenciación técnica entre el derecho y la moral. Tomasio señaló que el ámbito exclusivo de la moral residía en el fuero interno de las personas, sin que fuera lícito al derecho intervenir ni interferir para nada en él; mientras que el campo privativo del derecho comprendía —en forma no menos excluyente— el fuero externo, las acciones exteriores y visibles, por acción u omisión, de las personas. Esto, como planteo primario. Sin embargo, para asimilar cabalmente el origen y el sentido de tal distinción, señalemos que Tomasio, si bien jurista y docente de profesión, fué políticamente un liberal militante, el primer periodista moderno de Alemania, que entre otras cosas combatió los abominables procesos judiciales por brujería y se opuso a la incontrolada intervención del poder gobernante en la vida privada de los individuos. Por eso, su clásica distinción no fué en realidad bipartita sino tripartita; el propósito de Tomasio no fué separar el derecho solo de la moral, sino también de la política, y quizá haya sido esta su intención esencial.

Distingua entre la moral, la política y el derecho, expresando su peculiar naturaleza y funciones, en tres máximas a las que correspondían otras tantas virtudes: la moral se encuentra bajo el signo de lo *Acquiescat*, y se expresa diciendo: hazte a ti mismo lo que quisieras que los demás se hicieran a sí mismos; a la política corresponde el decorum y su máxima es: haz a los demás lo que quisieras que ellos te hicieran a ti; el derecho sigue el precepto de lo *iustus* y dispone: no hagas a los otros lo que no quisieras que ellos te hagan a ti. Como se advierte, el derecho consiste en una prohibición, en un *no-deber-hacer*, concepto limitativo que se encuentra en el fondo de buena parte del pensamiento alemán.

6. — Las definiciones de Tomasio, si bien históricamente muy valiosas como punto de partida para una tarea que habría de llevar un largo esfuerzo hasta arribar a la moderna ciencia del derecho de la primera mitad del siglo XX, han sido superadas por una

crítica que ha puesto de relieve sus fallas esenciales. En primer lugar, es falso que las acciones internas, siquicas, no interesen al derecho, como lo permite advertir, sin más, la teoría de la culpa. Como contrapartida, y en segundo lugar, no es menos inexacto que las acciones externas escapen al sentido y motivación de lo moral, si se piensa en el gran capítulo de la ética que describe los deberes del real obrar para con los semejantes. En tercer término, no existe antítesis necesaria ni lógica en el contenido de ambas formas de conducta, pues el derecho no contradice aquello que la ética exige, y hasta en muchos casos resulta su principal soporte.

7. — De todos modos, el planteo de Tomasio tuvo enorme gravitación, en el pensamiento alemán, principalmente. Un siglo después de este jurisconsulto, Kant (1724-1804), cuando abordó la serie de cuestiones filosóficas que presentan las costumbres, el derecho y la ética, lo retomó dándole una versión más fuertemente expresiva. Mantuvo el criterio de que al derecho competen en exclusivo las acciones del obrar externo, y a la moral las motivaciones internas, pero añadió la nota de coactividad como específica de derecho que no se encuentra en la moral; y señaló las máximas o definiciones que corresponden a uno y a otro. Al derecho: "Obrar exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal" (*Principios metafísicos del derecho*, Introducción, párrafos C y E). A la moral: "Obrar de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer en todo tiempo como principio de legislación universal" (*Crítica de la razón práctica*, primera parte L. 1ª, cap. I, párrafo 7 y escolio).

8. — Fichte (1762-1814) continuó después de Kant la línea del idealismo alemán dándole un acento subjetivo. Llevó a su más radical extremo las oposiciones que el maestro había dejado planteadas, en lo atinente al conocimiento científico teórico como al obrar práctico; y ocurrió que la descripción kantiana del derecho y la moral circunscriptas a los sendos dominios de lo externo y lo interno, fué exagerada por Fichte, al punto de concebir al derecho como separado y opuesto a la moral. Resulta así la posición de este filósofo, la del disenso más extremo entre todas las soluciones propuestas. Afirmaba que la ley jurídica solamente permite, pero jamás obliga.

He aquí de qué modo explica uno de los mejores docentes de filosofía del derecho en Alemania, en el segundo tercio del pasado siglo, F. J. Stahl, cómo llegó Fichte a este resultado aparentemente excesivo. La moral — señala — engendra para aquel filósofo, según una actividad determinada, finita, de tal o cual manera y no siguiendo un desarrollo lógico que le viene desde afuera. La razón (en cambio) no se contradice exigiendo la posibilidad de una coacción en la esfera jurídica, aunque los deberes legales se

hallaren implicados por la moral. La ley obligatoria no tiene ningún poder sobre los hombres, sino que depende de su libre arbitrio el cumplirla o no". La coacción jurídica no encuentra ninguna raíz moral que la sustente, a la que viene a resultar así opuesta, sino que la coacción se deriva de la libertad originaria del yo. Aun el Estado de derecho no posee ninguna garantía moral que le sirva de apoyo (*Histoire de la philosophie du droit*, trad. francesa, París 1880, libro 3, secc. III, cap. IV).

9. — El positivismo sociológico y jurídico, así como prácticamente todas las formas del empirismo jurídico, que se enseñorearon después de la ciencia del derecho durante casi todo el siglo XIX, pusieron de lado las especulaciones teóricas en torno al derecho y la moral. Siguió aceptándose, de una manera general, y bastante indiscriminada, que el fuero interno de los seres humanos era el reducto propio e inviolable de la vida moral; al derecho competía la vida de relación de los individuos, su quehacer frente a otros seres, inmersos como están todos en la vida social. El empirismo y el positivismo desplazaron del campo científico y filosófico las formas tradicionales de idealismo, para levantar a primer plano de importancia el valor del hecho real, positivo. Se hizo necesario un fuerte viraje de la dirección de la cultura en el sentido de un renacer idealista, para que muchos viejos problemas, irresolutos todavía, volviesen a ser enfocados bajo la égida del prefijo neo.

10. — El movimiento de retorno a Kant iniciado en Alemania entre 1860 y 1866, por obra, entre otros, de Kuno Fischer, Liebmann y Lange, que se conoce con el nombre de neokantismo, trajo al derecho, por obra de un jurista filósofo eminentísimo, Rudolf Stammler (1856-1938), de la Escuela de Marburgo, una renovación metodológica profunda. Puede afirmarse que la filosofía del derecho contemporáneo comienza con este maestro. Stammler resumió los resultados científicos de su copiosa obra, en 1921, en su *Manual de Filosofía de Filosofía del Derecho* (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*), en especial de su monumental *Teoría de la Ciencia del Derecho* (*Theorie der Rechtswissenschaft*) que publicó en 1911, y que a su vez condensa su larga enseñanza desde la cátedra universitaria y numerosos trabajos anteriores. En lo que atañe al problema que nos ocupa, cambia por completo el planteo que venía en su origen, puede decirse, desde los tiempos de Tomasio. Lo aborda ahora bajo la mirada de un riguroso formalismo crítico. (Véase su *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1930, pág. 88-102).

Señala que los conceptos de moral y social son contrapuestos, teniendo en común el de ser ambas formas de la voluntad humana. Su criterio distintivo no puede residir en su bondad o malicia intrínseca, sino en la manera como los individuos se relacionan;

esto es, teniendo en cuenta su tipo o manera de vinculación. Una voluntad es vinculatoria cuando enlaza varias voluntades, de tal manera que los medios y los fines de ellas se tomen como medios y fines recíprocos en sus relaciones. En cambio una voluntad es aislada, cuando sus fines y sus medios no encuentran frente a sí otros que se los contrapongan con ese mismo carácter, o sea, como fines y medios a su vez; esto es lo que sucede con la moral, que no necesita sujeto pasivo para darse plenamente. En vez, el derecho constituye un tipo de voluntad vinculatoria, que es lo que permite la conformación de lo que se llama la relación jurídica, pues ésta solo puede presentarse y producirse, cuando se dan fines y medios que se toman como tales en una forma recíproca. De ahí que Stammler defina al derecho, en su universalidad lógica, como "un modo de voluntad vinculatoria", agregando las notas de autorquía e invisibilidad para completar sus atributos lógicos. En su condición de kantiano, afirma Stammler que las dos primeras notas que así integran el concepto universal del derecho, o sea las de voluntad y vinculación, son de carácter formal y a priori, son de una necesidad lógico-formal; residen en la forma lógica necesaria de pensar lo que es una relación jurídica, frente a las voluntades, actos o situaciones morales.

11. — El planteo formalista stammleriano hecho sobre otras bases metodológicas que las usuales hasta entonces, representó un vuelco completo en la doctrina, y asentó el viejo problema sobre más científicas y discernibles. Giorgio Del Vecchio siguió vías similares, pero dándoles un acento eticista, y elaboró un esquema propio que ha tenido considerable influencia en el pensamiento filosófico contemporáneo. En un trabajo hoy clásico en nuestra materia, que data de 1906, titulado *El concepto del derecho*, traducido a los principales idiomas e incorporado en lo sustancial a todas las ediciones de su gran *Filosofía del Derecho*, niega de plano que la vieja distinción de las acciones humanas en acciones internas y acciones externas, tenga una validez absoluta. "Cada acción por sí misma —explica— es externa e íntera al mismo tiempo; no puede existir una actividad puramente externa, porque, si a un fenómeno le faltara todo contenido síquico, no podría ser atribuible a un sujeto, y, por lo tanto, no sería en modo alguno, una acción; ni puede darse una actividad meramente interna, porque obrar significa exteriorizarse a sí mismo, y nada, ni aun en el orden síquico, puede de hecho existir sin correspondencia o correlación con el mundo externo".

Los pensamientos que solo permanecen como tales sin exteriorizarse para nada, son, en realidad, simples ideas, meros momentos circunstanciales de su esencia, y nada más; para que se conviertan en acciones (activas o por omisión) deben ser conocidas de alguna manera, pues tanto el derecho como la moral no

actúan ni podrían actuar sobre estos fantasmales sino sobre conductas reales de los hombres; "así, cuando se afirma que un acto del pensamiento no es posible, claramente se entiende que nos referimos a un acto del pensamiento conocido, porque en otro caso se afirmaría una vacuidad desprovista de sentido". Por otra parte, como los actos interiores del pensamiento no están prohibidos, no podrían ser castigados, porque lo que no está prohibido es jurídicamente lícito.

Del Vecchio, como Stammler, sostiene que lo que permite en realidad percibir con nitidez de necesidad lógica lo que cae dentro del campo de la juridicidad, y puede y debe, por lo tanto, estar sujeto a una imposición coactiva, por oposición a las acciones cuyo incumplimiento escapa, por su naturaleza a toda sanción de carácter legal, como son las acciones morales o de simple uso social, es la manera como las acciones se entrelazan entre sí. Dos son esas maneras para el maestro italiano.

La primera, cuando la acción de un sujeto se realiza o no se realiza con relación al mismo agente, es decir, que frente a su posible hacer se presenta, o puede presentarse, un omitir por parte de él mismo. Ejemplo, el dar o no dar una cantidad para fines de caridad; aquí la interferencia entre esas dos posibilidades se produce dentro del propio agente: la interferencia es, por lo tanto, subjetiva. La segunda manera es cuando mi posible hacer u omitir se presenta, actual o potencialmente, frente a otro u otros sujetos, y entonces la acción que yo pueda intentar ya no quedaría enervada por mi propio omitir, sino por un tapar de los demás, y es aquí, entonces, que nos encontramos en el campo del derecho, el que se visualiza, de tal suerte, mediante una relación objetiva, que resulta de ese modo intersubjetiva.

Toda acción interesa y cae por igual dentro de la órbita del derecho como de la moral. Lo que hace que una acción deba ser considerada como jurídica o como moral, es la forma como ella se coordina. Ni el derecho ni la moral tienen un campo más restringido el uno frente al otro. En síntesis, Del Vecchio define el derecho como "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento". El agregado "según un principio ético que las determina", es para dar sentido racional, es decir humano (en pos de la realización de algún valor social, que para él consiste en la justicia), a la interferencia intersubjetiva, porque si bien se mira, en la llamada ley de la selva también se dan relaciones objetivas.

12. — Siguiendo antiguas y clásicas vías kantianas, otros autores han hecho fincar su criterio distintivo en un planteo formalista que, como tal, se busca sustentar en una necesidad lógica. Para ello han recurrido a la distinción de los actos humanos, en

autónomos y heterónomos. La filosofía general enseña que actos autónomos son los que el agente realiza dándose a sí mismo el principio de su acción, y actos heterónomos en los que ese principio, regla, fundamento, orden, le viene al sujeto de afuera, es decir, que no lo crea ni decide él mismo. Según esto, los actos morales, la moral, sería el reino de lo autónomo, mientras que el derecho, como se advierte, sería un conjunto de normas heterónomas; en otros términos, y tal como algunos han acostumbrado a decir, la moral es autónoma, el derecho es heterónimo. Como resulta evidente, arguyen, cada uno encuentra el derecho ya legislado, la costumbre jurídica establecida aún antes de venir cada uno al mundo, las cartas políticas fundamentales sancionadas por otras personas y poderes, y, en consecuencia, la norma de derecho le es impuesta sin que él la elabore ni la decida personalmente en cada caso. En cambio, moralmente hablando, esa misma persona puede o no, según los dictados de sus convicciones íntimas, dar cumplimiento a un acto moral, porque solo él tiene la decisión en cada caso para obrar de una manera o de otra.

Tal enfoque, que a primera vista parece de una aceptable conveniencia, sufrió, empero, una fuerte revisión a raíz de los trabajos de Nikolai Hartmann sobre la ética. La crítica fundamental que se ha hecho a la teoría de la autonomía de las normas morales es de que, en realidad, ninguna norma, por el solo hecho de ser norma, puede aparecer con carácter de autónoma, lo que contradeciría la esencia misma de una norma. Todas las normas son heterónomas, o no serían normas. Si ellas dependieran de la iniciativa del agente para tomar nacimiento, carecerían de aquello que las erige justamente en "reglas" o "cánones" de conducta. (que son de naturaleza totalmente objetiva) para resultar simples motivaciones volitivas de este o de aquel sujeto en particular. El obrar o no de acuerdo con la moral, en cada caso, no significa otra cosa que se cumple o no con una norma moral perfectamente objetiva. Cabe señalar, sin embargo, que Radbruch invierte los términos de esta solución, como veremos más adelante, sosteniendo que todas las normas sin excepción, aún las jurídicas, deben ser consideradas como autónomas, porque la obligatoriedad externa del derecho no significaría otra cosa que el haber sido aceptado por la conciencia moral de cada uno su complejo de normas.

13. — Una solución intermedia entre lo autónomo y lo heterónimo, ha sido propuesta por el jurista y sociólogo Georgas Gurvitch, quien arguye que el derecho es un fenómeno social particularmente complejo, que presenta un carácter intermedio entre lo autónomo y lo heterónimo, entre lo puramente normativo y lo fáctico real. Define el derecho así: "Un orden positivo que representa un ensayo de realizar en un medio social dado, la Justicia (en tanto que conciliación previa de valores transpersonales y

personales a base de logicación del ideal moral, al que sirve de medio indispensable y dato a priori) por un conjunto de reglas multilaterales de carácter imperativo-atributivo, que constituyen una interdependencia estrictamente determinada entre deberes y pretenciones correspondientes, sacan su fuerza obligatoria de los hechos normativos, y en ciertos casos admiten la posibilidad de ser cumplidas por coacción, aunque sin exigirle necesariamente (*L'Idée droit social*, París 1932, pág. 111. Ver también nuestra *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires 1944, pág. 459).

14. — La dirección neokantiana que se conoce con el nombre de Escuela de Badén, no se consagró como la de Marburgo, a la que pertenece Stammler, a las investigaciones logicistas y el empleo del método trascendental de Kant. Insistió particularmente sobre los aspectos valorativos y éticos. Gustavo Radbruch (1878-1948) fué su más eminente representante en el campo de la filosofía del derecho, y sus doctrinas, de fundamental raíz kantiana, se hallan fuertemente impregnadas de sentido axiológico. En este aspecto se encuentra emparentado con el pensamiento de Del Vecchio.

Como este maestro y también como Stammler, cree falaz la antigua distinción del fuero externo como dominio propio de lo jurídico, y del fuero interno como región privativa de la moral. "No hay ningún dominio de acciones internas o externas que no puede someterse a valoración tanto jurídica como moral". (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1933, pág. 54). La función específica del derecho es la de enunciar imperativos en forma de mandatos o prohibiciones determinantes para la voluntad humana. La distinción entre moral y derecho "es simplemente una distinción de sustrato, pues la primera tiene como objeto al individuo con sus motivaciones, y el derecho al contrario, la vida en común en la que solo cuenta la conducta externa (la interna solo mediáticamente) del individuo y no sus motivaciones" (pág. 57).

Lo radical de la aportación de Radbruch, reside en que considera a la moral, como la única capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho. El derecho lisa y llanamente toma su validez y sanción de la ley moral, la que viene a constituir así el fin del derecho. "El derecho sirve a la moral, no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral el lado de los derechos y no por el de los deberes".

En su más reciente obra introducción a la *Filosofía del Derecho*. (Trad. española, México 1961), retoma estas ideas y las precisa aún más: "La diferencia esencial entre el derecho y la moral estriba en que el derecho tiene por objeto las relaciones entre personas, mientras que la moral recae sobre el hombre en cuanto individuo. De aquí que los deberes jurídicos sean siempre deberes de un sujeto de derecho para con otro. A todo deber jurídico co-

responde un derecho subjetivo; uno de los sujetos se halla jurídicamente obligado por el simple hecho de que el otro ostenta una facultad. El deber jurídico implica, además, una obligación; no como el deber moral que es un deber puro y simple, pues no aparece frente a él nadie que pueda reclamar su cumplimiento. El derecho tiene, pues, un carácter imperativo-atributivo; la moral, por el contrario, es puramente imperativa". Este último concepto está tomado de L. Petrazycki (1867-1931), que profesó en la antigua Universidad de San Petersburgo de la época zarista en Rusia.

15. — La Escuela de Baden tuvo también en Max E. Mayer un distinguido representante, cuya inspiración valorativa eticista se vió influida posteriormente por la doctrina neohegeliiana. Ve también en la concepción aquello que, al menos exteriormente, diferencia la moral del derecho. Pero en el proceso de estructuración de ambas formas de conducta, advierte que mientras el ideal moral es libre eticidad, el derecho tiende a perfeccionarse en la unidad de los conceptos, a buscar patrones fijos, mientras que la moral los huye. El derecho tiene por función propia la guarda de aquello que constituye el "mínimo ético" a que aludía Jellinek, por medio de la coacción si fuera necesario, ya que la mayoría de los hombres temen más a la prisión que a los reproches de la conciencia. Los medios externos de que dispone son superiores a los de moral. "Habida cuenta de esta notable superioridad de los medios, el derecho constituye un máximo ético en fuerza, en eficacia y en resultado". (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1937, pág. 141).

16. — En el magno y comprensivo panorama de ciencia del derecho positivo que el esfuerzo de Hans Kelsen nos ha ofrecido en conocidas obras y monografías de uso universal, encuentra también su ubicación el viejo y célebre debate. El punto de vista de este maestro ha variado, si no en su esencia, en la presentación y matices que lo enmarcan.

La primera época de su pensamiento está contenida en la edición de 1934 de su *Teoría Pura del Derecho*, cuyas ideas comenzó a desarrollar a principios de la segunda década de este siglo. (Hay traducción española de la Editorial Losada, Buenos Aires, 1941). En el cap. II, apartado 8, destaca en forma enfática que lo que importa ante todo es desligar, de entrada, el viejo contacto en que desde antiguo fué puesto el derecho con la moral. La oposición derecho-moral debe presentarse en un disyunción más ajustada a los términos que la específica realidad del derecho requiere; y es así que assevera que como categoría moral el derecho equivale a la justicia. "El anhelo de justicia es —psicológicamente considerado— el eterno anhelo del hombre por la felicidad, que, como ser individual, no puede encontrar, y, por lo tanto, busca en la sociedad. Llámase justicia a la felicidad social". En una pala-

tra, reemplazó, frente al derecho, la moral por la justicia, y como contenido con aspiración absoluta, le da una perfección social, identificándola con la felicidad.

Es la última y probablemente definitiva versión de su doctrina, publicada con el mismo título en Neuchâtel, Suiza, en 1833, deja de lado, aunque sin eliminarlo, este planteo, y aborda directamente la posición del derecho positivo frente a la moral. (La Editorial Universitaria de Buenos Aires, EUDEBA, ha lanzado a la circulación en abril de 1960, una copiosa y palera versión castellana de esta obra). Nada mejor que la propia límpida prosa del maestro para transmitir de la manera más adecuada su pensamiento. (Ver cap. II, págs. 55-57):

"Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo. Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que el delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo".

Los juicios de valor que pueden emitirse sobre un derecho diciendo que es bueno o malo —lo que consiste en pronunciar un juicio de carácter moral— son enteramente subjetivos que no se fundan en una moral positiva, sino en el supuesto en que el sujeto que los pronuncia se coloca, de que el valor jurídico que adopte para juzgar, es el de rango supremo frente a los demás valores sociales.

Los sistemas jurídicas como los sistemas morales positivos, son órdenes normativos y tienen la misma forma lógica; de modo que hay que buscar en su contenido la diferencia que los distin-

que. Kelsen, siguiendo en esto la tradición positivista del siglo XIX, ve en la concepción el trazo distintivo que los caracteriza. Las normas jurídicas son siempre y necesariamente coactivas, mientras las normas morales no prescriben sanciones con relación a los actos de conducta humana. Esta es una distinción que no tiene ningún carácter formal, sino que es el resultado de un estudio empírico comparatista de lo que es el derecho en inúmeros sistemas legales a través de la historia.

La misma diferencia que entre moral y derecho existe entre obligación moral y obligación jurídica. El que cumple una norma moral, cumple simplemente la obligación moral que prescribe que debe conducirse de una manera determinada; mientras que, por el contrario, no hay obligación jurídica que prescriba el conducirse de una manera determinada, salvo el caso de que se establezca una sanción para reprimir coactivamente la conducta contraria.

17. — Para retomar la expresión final y más extrema del idealismo, llamada del idealismo absoluto, debemos hacer obligada referencia a Hegel (1770-1831). El sistema dialéctico de este filósofo engloba de una manera coherente todos los aspectos del conocimiento referidos tanto a las ciencias abstractas como a las naturales y las del espíritu. Su proceso o método dialéctico, que ha sido llamado de las «triadas hegelianas», se desarrolla en tres instancias dialécticas: tesis, antítesis y síntesis; debiendo entenderse muy claramente que no se trata de tres momentos en el tiempo, sino de tres instancias lógicas; es decir, es un acontecer paramental lógico-conceptual sin realidad exterior alguna. O sea, la antítesis no se produce «después» de la tesis en el tiempo, sino que simplemente es su opuesto lógico. (Para ver en forma de cuadros sinópticos este complicado proceso y su explicación, consúltase nuestra *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires 1944, página 314).

La dialéctica del espíritu tiene tres momentos o instancias: espíritu subjetivo (tesis), espíritu objetivo (antítesis) y espíritu absoluto (síntesis). El derecho se encuentra en el espíritu objetivo, y a su vez tiene tres formas o momentos: derecho abstracto (tesis), moralidad subjetiva (antítesis) y eticidad objetiva (síntesis).

El derecho abstracto es irreal, y su contrapuesto como antítesis es la moralidad, que también es irreal puesto que consiste nada más que en un momento dialéctico. Se unen en la realidad en la síntesis de ambos, que Hegel denomina el *ethos*, o eticidad «objetiva»; que es la «*vita social*» o se ve así que «el *verbum* no tiene autonomía ni como puro pensamiento frente a la moral, con la que se integra como actividad de igual categoría en su exteriorización como relación social.

18. — El movimiento denominado neohegelianismo, que tuvo en los pensadores italianos Croce y Gentile dos de sus más altos corifeos, dijo también su palabra sobre la vezada cuestión.

Benedetto Croce (1866-1952), desde fines del pasado siglo, introdujo en la filosofía general el concepto de la actividad económica como forma autónoma del espíritu, por contraposición a la actividad teórica, y es un trabajo que originó una célebre polémica con Del Vecchio (1907), sostuvo que la filosofía del derecho se reduce a la filosofía de la economía. Las dos formas en que se da la actividad práctica, es la económica y la ética; y la actividad jurídica es específicamente actividad económica práctica, al punto que ambas son sinónimas.

Rechaza la antigua descripción de coacción y exterioridad como confusa para caracterizar el derecho, pues sostiene que éste, en pura teoría, no requiere el concepto de la coacción, la que, por lo tanto, no es una nota científica sino vulgarmente empírica. No cree que los términos moral y derecho deban ser contrapuestos, pues ambos son especies iguales dentro del mismo género y están unidos. El derecho no puede ser nunca inmoral, es decir injusto, sino simplemente *avocoré* (*Filosofía Práctica*, trad. española, Madrid 1928, pág. 343). Un derecho injusto no puede ser derecho. Invernaente, no resulta posible teóricamente, ni claro en la realidad de los hechos, resolver por completo y sin residuos el derecho en la moral. La lógica —es decir, la actividad teórica— es inaplicable al derecho y sus problemas, el cual en realidad ni existe ni puede comprenderse en la cabal riqueza vital que atesora, con el mero texto de las leyes ni con su lectura, sino viéndolo funcionar en los casos individuales, concretos y continuamente nuevos.

19. — Giovanni Gentile (1875-1944) filósofo general también, continuador de las doctrinas de Hegel aunque apartándose de su dialéctica de una suma metafísica, hace más real y tangible al sujeto pensante. Su idealismo aparece como más "visualizado" en la actividad del espíritu. Considera al espíritu como una actividad práctica y ve una identidad entre ella y la realidad moral. Como Hegel, que lo que en realidad buscaba era mostrar y explicar las formas necesarias de la idea en su desenvolvimiento dialéctico, Gentile busca por su parte situar al derecho en el mundo del espíritu en lo que, para el conocimiento, tiene de acto puro. Es en este sentido que se opone a considerar la coacción como un elemento necesario e intrínseco del derecho: "Ahora la coacción no importa ya exterioridad del poder constructivo, sino interioridad y real presencia (inmanente a la conciencia del sujeto) del poder mismo" (*Los fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. española, Buenos Aires 1944, pág. 123).

Para captar cabalmente la posición de Gentile, no es ocioso

recordar que para él, a fuer de hegeliano, "la realidad no es lo pensado, sino el espíritu como realidad pensante; pensamiento que viene en el acto como acto y en la ejecución del acto". El derecho no se reduce a forma logicada alguna, sino que consiste en un querer actual (igual que para Croce) como forma de una pura actividad del espíritu. Pero como éste también es el reino de la moralidad, como voluntad que es, viene a resultar que el derecho es moral, es una forma de la moralidad. La diferencia entre ambos órdenes en su apariencia positiva, consiste, en suma, en que el derecho es querer ya querido mientras que la moral es querer actual.

20. — Las aproximaciones de los hegelianos del derecho a la moral lo fueron, como ha podido advertirse, por vías abstractas o espirituales puras que entre otros efectos tuvieron el de no ver en la sanción coactiva una nota esencial del derecho. Pero la fusión directa, total y completa entre lo moral y lo legal, solo fué hecha, así, de plano, seca y sentenciosamente, por un empirista, por Augusto Comte (1798-1857) el fundador del positivismo. Decía Comte, que "el positivismo no reconoce a nadie otro derecho que el de cumplir con su deber". No habría, pues, otro patrón de conducta social que la conciencia moral de cada uno en lo que aparece como más agudo y profundo: el deber moral. Sería la versión jurificada más perfecta de lo que se ha llamado "la moral del deber". Este breve pero profundo pensamiento de Comte no suscitó posteriormente en Francia, especulaciones de tipo genuinamente filosófico, pero fué el punto de arranque de la escuela solidaria francesa, que constituyó y constituye una de las aportaciones más destacadas de aquel país a la sociología universal.

El ideal —quizá de remota antigüedad y acaso latente siempre en algunos espíritus selectos— de fusionar de una manera total y sin residuos el deber jurídico en el deber moral, tiene otras expresiones. Una de las más características y rotundas es la de León Tostoi (1817-1875), quien afirmaba que la sociedad puede vivir sin leyes, bastando para su normal existencia la solidaridad del amor entre sus miembros. Como es sabido, el gran escritor ruso a poco de cumplir sus cincuenta años, experimentó un súbito e intenso viraje hacia el misticismo, que impulsó su espíritu hacia lo irracional y las explicaciones emocionales. Débese advertir, empero, que este ideal cristiano del amor al prójimo está presente en forma insospechada, en autores que por su rígido formalismo parecerían muy alejados de esa concepción. Tal el caso de Kant, que llegó a decir que "la justicia sin el amor es vana".

Stammler en su obra *El Juez* (trad. española, La Habana 1941, pág. 125), recuerda en un pasaje las ideas del juez Carlos Federico Göschel (nacido en 1784), su compatriota, figura un tanto remota para nosotros, a la que ensalza por la originalidad y pro-

fundidad de algunas aportaciones que dejó para la ciencia del derecho, y que nos parece interesante transcribir en este lugar porque se anticipa de modo muy claro a la inspiración de Tolstói. "Los esfuerzos todos de Góschel —relata el maestro de Berlín— giraban en torno a un punto central: la incorporación de la idea del amor a los problemas del derecho y la justicia. Para él, no existe derecho sin amor. Con un razonamiento un tanto teológico, invoca, en apoyo de su tesis, la analogía con la Trinidad. Así como en esta Dios está sobre nosotros, con nosotros y dentro de nosotros, la senda del derecho es: obediencia, libertad, amor. La humanidad, compuesta por una multitud de personas, aparece unida en único ser: aquí es donde radica el concepto de la personalidad, que se da por igual entodes los individuos y los une en derechos y deberes. Por este camino de razonamiento llega nuestro escritor a la tesis de que "el Derecho se identifica con el amor".

21. — Como ya se vió más atrás (Nº 3), la filosofía teológico-cristiana desde los primeros tiempo tuvo su enfoque preciso del problema. En el transcurso de los tres o cuatro primeros siglos de nuestra era, el choque de la ética cristiana con el *ius* de los romanos debió ser de un dramatismo cuya intensidad humana apenas si podemos intuir hoy. Los primeros padres de la Iglesia no concentraron demasiado su atención en un problema que recién en los tiempos modernos ha sido considerado como técnico. Lo que les interesaba era el hombre y su alma en su unidad y su integridad; ¡y qué importaba, entonces, que él, en su conducta obrase como sujeto de negocios jurídicos, actividades económicas, o políticas, o de simples relaciones sociales, particularidades todas éstas que no podían apartarse de los supremos imperativos éticos que deben regular la conducta de los seres humanos? De modo que el pensamiento cristiano afirmó siempre (con particular énfasis la doctrina católica romana) que hay una ley ética general que engloba tanto al derecho como a la moral, y que aunque ambas aparezcan con fines específicos, particulares, no difieren por su esencia.

Para expresarlo modernamente con Cathrein: "Toda verdadera ley es una norma moral, es decir, una pauta del obrar obligatorio en conciencia. Esto mismo vale de la ley de Derecho. No toda ley moral es una ley jurídica, pero si toda ley jurídica es una ley moral. La ley jurídica no es tan sólo una medida coercitiva o una amenaza de castigo, sino un precepto obligatorio en conciencia que no se puede atropellar sin violar el deber y cargar a la conciencia con una culpa. Desde el momento en que una ley no obliga en conciencia, no es una verdadera ley, y esto mismo vale respecto de la ley jurídica". (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1926, pág. 274).

De este planteo surge la doble consecuencia de que la coacción

no es un elemento esencial del derecho, y de que un derecho, para que sea efectivamente tal, debe ser justo, porque sino, por su esencia, dejaría de ser derecho. Lo cual se proyecta, a su vez, sobre multitud de aspectos tanto del derecho público como del privado, en especial en lo relativo al orden de la familia, ciertos aspectos económicos, las relaciones laborales y muchos otros.

El derecho no acampa en el territorio de la moral pero no es distinto a ella; está impregnada de ella. No reglamentada todas las relaciones de los hombres para con los demás, sino en lo que se refiere a lo suyo de cada uno, lo que no excluye que la moral se ocupe de otros deberes de los hombres para con los demás, consigo mismo y con Dios. La zona en que ambas, derecho y moral, coinciden en un ajuste perfecto hasta el punto de resultar sinónimos, es en el concepto de ley natural, que por poseer el carácter de ser fundamentalmente justa, resulta el paradigma obligado para el derecho positivo. La moderna neoescolástica y los juristas de inspiración católica han realizado profundizadas apariciones en torno a estos temas.

22. — En todo lo tratado anteriormente se ha tenido a la vista, en exclusivo, el binomio derecho-moral. Pero frente al derecho se alzan otras formas de actividad humana social, como los usos y costumbres y la política, cuya incidencia sobre las concepciones jurídicas no pueden soslayarse en el debate que nos ocupa, por hallarse ciertas ideologías políticas en una relación de autoridad y predominio tan íntimo con la moral social, que para lo jurídico se le presentan como planteos doctrinarios de pura ética. Su examen, somero, es por lo tanto requerido.

Carlos Marx (1818-1883) fué quien echó las bases del socialismo que llamó científico, por oposición a las anteriores concepciones socialistas que, según él, se basaron en utopías sin correspondencia con la realidad. Federico Engels (1820-1896) su discípulo, colaborador y continuador, desarrolló y completó lo que a partir de él se llamó doctrina del materialismo histórico. Según ella, el factor económico, las formas de la producción, determinan en relación de causa a efecto en la vida social, el derecho, la economía, las costumbres, la política y hasta ciertas formas del culto religioso. Como dijo Marx en un pasaje célebre de su *Crítica de la Economía Política*: "El modo de producción de la vida material determina, de una manera general, el proceso social, político e intelectual de la vida. No es la conciencia del hombre lo que determina su existencia, sino su existencia social lo que determina su conciencia". De modo que, si bien no se niega la influencia de factores ideales tales como las ideas morales, religiosas, de justicia etc., el factor preponderante y decisivo es siempre de naturaleza económica material.

De aquí resulta que si el tipo político del Estado responde, o debe responder, a una subestructura determinada por una forma económica dada, lo jurídico dentro de él, tanto como lo moral, están asimismo determinados por la vida material. Derecho y moral vienen a ubicarse como dos especies dentro de un mismo género que las comprende. Tanto el derecho como la moral encuentran su fundamento en las condiciones de la vida material que determinan, necesariamente, un tipo de organización política.

Pero Marx, en aquella obra, fué más explícito y llegó más lejos, prediciendo que las formas de la socialización derramarían un gran caudal de riqueza y de bienestar para todos, garantizando para siempre la satisfacción plena de las necesidades económicas, con lo cual ya no serían necesarias las formas de la coacción jurídica, pues los males sociales (que él imputaba a fallas económicas) desaparecerían. Y Engels, siguiendo esta línea dialéctica, auguró la desaparición futura del Estado. ¿Qué debemos pensar, entonces, con semejante planteo, acerca de la suerte que correrían el derecho y la moral en tal género de organización social?

Resulta claro que si desapareciera el aparato coactivo del Estado, se desvanecería el concepto de lo propiamente jurídico tal como lo concibe en forma casi unánime la moderna ciencia del derecho. Y si, en definitiva, la moral social —englobando en sí las concepciones de lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo— se halla determinada por las condiciones de la vida económica, la línea conceptual que distingue ambos órdenes normativos (derecho y moral) quedará sensiblemente borrosa y como en una penumbra, para emerger por sobre ella un tipo de convivencia de base materialista determinado desde arriba por un tipo político de organización del Estado, y aún a falta de cualquier esquema de organización del Estado.

23. — En nuestra época, siguiendo una línea de pensamiento que tuvo su origen en Hegel, se estila calificar de totalitaria toda realización política que concentra en el poder público en forma prácticamente discrecional, toda valoración tanto jurídica como de cualquier orden humano, relativa tanto al ser humano individual como a los intereses del Estado. Y fué justamente en Alemania, durante el régimen impuesto por el nacionalsocialismo, que se sostuvo que la estructura jurídica del Estado englobaba dentro de sí, superando cualquier dualismo, lo moral como lo político; lo que suscitó en Legaz y Lacambra la observación de que...¹⁷ es inadmisibile desde todos los puntos de vista decir, con los escritores alemanes de los años anteriores a 1945, que sólo en el Estado alemán se llega a la superación del dualismo de moral y política, porque en él una y otra se identifican pura y simplemente, pues toda ética social es política y ninguna ley, ni siquiera la ley divi-

na, podrá aspirar a valides contra las leyes del Estado" (*Filosophía del Derecho*, Barcelona 1933, pág. 289).

El fascismo italiano propugnó la superación de la tensión entre individuo y Estado, sustentando la tesis de que el individuo solo encuentra su plena integración en el Estado. La Carta del Lavoro trae explícitas disposiciones al respecto; aunque no refunde de manera tan explícita y categórica como en la filosofía política alemana, lo moral y lo político. Aquí se advierte una latitud mayor en la órbita específicas tanto de la moral como del derecho (público o privado) frente a la estructura política.

24. — Habida cuenta de las coincidencias por una parte, y de las especificidades que distinguen al derecho de la moral, por la otra, cabe destacar ahora una serie de interrelaciones entre ellos en el plano puramente empírico. En la vida de los hombres en sociedad, las acciones buenas o malas, morales o inmorales, legales o ilegales, no juegan independientemente como ignorándose unas a otras, ya que su soporte, el sujeto o agente de ellos es uno solo —el ser humano— y de cuya decisión frente a un orden dado todas dependen. Esta relación empírica entre orden jurídico y ley moral puede resumirse en varias situaciones. E. Huber, el autor del Código Civil Suizo de 1907, sintetiza cinco casos de dichas situaciones, de la siguiente manera (*El derecho y su realización*, trad. española, Madrid 1927, t. 1 págs. 65-79):

Primera: La moral es afirmada por el derecho y aún protegida directamente gracias a su fuerza.

Segunda: Ciertas instituciones jurídicas suponen exigencias morales y que por lo mismo contribuyen a su realización. Así, "los contratos deben ser cumplidos" es un postulado que no pertenece solo al orden jurídico sino a la ley moral. "El propietario tiene derecho a la cosa no solo porque el derecho le protege en este señorío, sino también porque conforme a la ley moral, nadie puede aprovecharse de lo que pertenece a otro".

Tercera: El derecho demuestra a todos, en forma ineludible, la exigencia de la vida social, lo que puede llegar a imponer (por un principio de orden), mediante la fuerza jurídica. Consideraciones estrictamente morales imponen el deber de convivencia, y si el derecho protege la inexperiencia de la juventud, especialmente de la juventud femenina, no es solo por razones estrictamente jurídicas, sino aún por consideraciones morales.

Cuarta: El derecho engendra para cada una de sus instituciones, una zona de acción para su realización, en la que actúa el principio ético de la buena fe, el que puede estar seguro de su triunfo gracias a la fuerza del derecho.

Quieta: Y aún el que resulta obligado hacia otro a una determinada conducta, según principios de la ley moral, puede ser compelido a conducirse de determinado modo, si semejante proceder viene también exigido por el orden del derecho.

25. — Se ha debatido si ciertas normas sancionadas por el poder público, como el propio poder legislativo, siguiéndose las formas más ortodoxas y perfectas para la sanción de las normas jurídicas en un Estado de derecho, pero que no imponen clase alguna de sanción —ni expresa ni implícita— sino contengan solo consejos éticos o sentencias morales, son verdaderas y auténticas normas jurídicas. Para Jellinek se trataría, en cualquier caso, de leyes de tipo administrativo o político, mientras que para Kelsen, faltando la coacción, no serían textos legales sino simplemente morales. Asimismo Del Vecchio afirma que cualquier texto que se pretenda jurídico, aunque fuera sancionado por el poder legislativo, si no tiene imperatividad quedará circunscripto a un consejo o regla de carácter ético o moral para imponerse.

Recuerda que en algunos textos de las *festivitates* del derecho romano, se encuentran afirmaciones teóricas sobre derecho y hasta relatos de historia del derecho romano. La Ley del 18 Floreal del año II de la Revolución Francesa (1794) votada por una asamblea legislativa, rezaba: *Le peuple français reconnaît l'existence de Pétre suprême et l'immortalité de l'âme*. "Pero tales narraciones y enunciaciones, sin contenido imperativo (que a veces reaparecen en leyes modernas) en nada invalidan lo que se ha dicho sobre la naturaleza imperativa de la norma jurídica, porque no pertenecen propiamente al derecho aunque tengan una significación moral y política" (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Barcelona 1960, pág. 320).

Kelsen no es menos explícito: "Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción de acto coactivo fallará, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es el único que tiene el carácter de orden coactivo" (*Teoría pura del derecho*, Buenos Aires 1960, pág. 81). Además, pensamos nosotros, si no fuera así, si no fuera requerida la sanción como condición de toda norma que deba ser calificada como jurídica, ¿cómo distinguir, entonces, el Estado como comunidad jurídica (la comunidad jurídica por excelencia) de una serie de otras comunidades constituidas por órdenes normativas? Para Kelsen el único tipo de Estado que puede llamarse "Estado de derecho", es aquel que tiene el monopolio de la coacción social-jurídica. Esto nos hace pensar (aun prescindiendo de afirmaciones de la doctrina kelseniana en otros tópicos) que cualquiera sea la fuerza de poder efectivo en el medio social, de los llamados

"grupos de presión", lo único que (según la célebre expresión de Stammler) puede conferir legitimidad a la vida social, es el derecho, las normas jurídicas, ya que hay otros tipos de normas como las morales, del trato social, económicas, religiosas, consuetudinarias, etc., que también en los hechos reales poseen y hasta logran sus tipos peculiares de sanción.

Hay que advertir, empero, que según una terminología muy en boga en el siglo XIX originada en la Revolución Francesa, hoy anticuada, algunas constituciones emplean la palabra "Declaraciones" en el lugar destinado a legislar sobre los derechos individuales. Así, la Constitución Argentina titula "Declaraciones, Derechos y Garantías" a la parte comprendida en el Capítulo Único de la Primera Parte, que abarca los artículos 1 a 35. Obviamente, aquí no se trata de simples declaraciones no jurídicas en el sentido que hemos dejado expuesto, sino de normas jurídicas constitucionales en toda su plenitud.

En cambio, la constitución vigente de la provincia de Neuquén, contiene una disposición que, a nuestro juicio, no configura el alcance de una verdadera norma jurídica. En el artículo 52 dispone que "el trabajo es un deber social y un derecho reconocido a todos los habitantes. Cada habitante de la provincia tiene la obligación de realizar una actividad o función que contribuya al desarrollo material, cultural y espiritual de la colectividad, según su capacidad y propia elección". El nobilísimo contenido de este precepto parece de imposible sanción coactiva en la parte que dispone la realización de una actividad cultural y espiritual, pues no se alcanza cómo podría ello lograrse en la realidad de los hechos. Se trata simplemente de la formulación de un principio de política jurídica, útil al futuro intérprete para resolver, por vía de ese principio general así estampado, sobre la legalidad de una ley especial o un acto administrativo.

EL PLAN DE ESTABILIZACION ECONOMICA (P.E.E.): SUS CONSECUENCIAS PROBABLES

— Por

WALTER BEVERAGGI ALLENDE

Profesor Titular de Economía Política

El día 2 de enero de 1969, a las pocas horas de haberse difundido por el Presidente Frondizi el P. E. E., le dirigí una carta pública que, entre otras cosas, expresaba:

"Usted augura sacrificios al país, en aras de su recuperación económica: de los sacrificios estoy seguro que habrán de producirse, pero no creo en los resultados positivos y favorables al país y al pueblo en general, como resultado de la política económica enunciada y que hoy entra en vigencia. En todo caso, creo que con muchos menos sacrificios, no sólo del bienestar popular, sino también del interés nacional, podían haberse obtenido resultados mucho más favorables que los que pueden provenir".

El grado de pesimismo que trasuntaban mis palabras en cuanto a los efectos previsibles del P. E. E. se han visto corroborar

Nota del autor. — La conferencia que reproduce aquí Lecciones y Ensayos, fue dictada en la Universidad del Noroeste hace casi un año y medio. Vale decir que ha transcurrido tiempo suficiente desde entonces como para poder apreciar el acierto o desacierto del autor en cuanto a las consecuencias probables y que ahora están bien a la vista — del Plan de Estabilización Económica. Nada más indicado que el propio lector para efectuar esta apreciación por sí mismo, pero conviene señalar, de todas maneras, algunos datos pormenorizados confirmatorios de las aseveraciones de aquellos que sostenían que el Plan era inadecuado y que traería aparados efectos desastrosos. La Dirección Nacional de Estadística, por ejemplo, reveló recientemente que,

rados por los acontecimientos durante los casi 6 meses transcurridos desde el anuncio del señor Presidente; vale decir, que los sacrificios impuestos por dicha política económica, no vienen significando soluciones a nuestros graves problemas, sin perjuicio de que, para hallarlas —como se decía en mi carta— no sería necesario someter a tan graves sacrificios el bienestar popular.

Esta circunstancia, unida al legítimo interés público en vislumbrar los verdaderos alcances de la actual política económica y, si ésta es mala, otros planteos que la sustituyan y que verosímilmente lleven a soluciones efectivas e inmediatas, que son las que el país entero está reclamando, nos mueven a explicar aquí con algún detenimiento las razones que motivaron nuestro pesimismo respecto del P. E. E. y a exponer algunas sugerencias concretas, que, en sus partes fundamentales, fueran formuladas insistentemente por mí al Poder Ejecutivo desde hace más de un año.

CONTENIDO DEL PLAN

El P. E. E. consiste, en lo fundamental, en las tres medidas siguientes: 1) *Liberación de precios*; 2) *Liberación del cambio*; supresión del tipo oficial; y 3) *Contención y progresiva disminución de los gastos públicos*.

Estas medidas, que fueron enunciadas como núcleo central del P. E. E. el 30 de diciembre último, han venido a sumarse al programa económico que venía siguiendo el Gobierno desde el 1° de mayo de 1956 y que tienen por meta el desarrollo de nuestros recursos carboníferos, petrolíferos, hidroeléctricos y siderúrgicos. Evidentemente, este programa tiene en vista realizaciones vitales para el desarrollo económico argentino, pero que cabe clasificarlas entre las realizaciones a largo plazo, dado que nunca se podrá contar con los efectos benéficos de su realización mínima en un plazo menor de tres años, o cinco años, y tal vez de ocho o diez años.

en el año 1959, los precios aumentaron un 118% sobre el nivel del año precedente, y que las ventas disminuyeron en ese mismo año un 24%. El producto bruto nacional, también disminuyó y en una serie de rubros capitales de la industria metalmecánica, construcción, etc. — el descenso fue muy apreciable, sin que se haya notado ningún repunte sino más bien una agravación del descenso en lo que va de este año. El presupuesto nacional de gastos en cambio, se duplicó como consecuencia del impacto inflacionario del Plan de Estabilización y los medios de pago aumentaron, en el curso del año próximo pasado, en un 46% aproximadamente. Las economías gubernamentales no han tenido lugar, tal como previmos en aquella oportunidad y tampoco llevan miras de concretarse en el futuro próximo, todo ello sin perjuicio de que los servicios públicos se han deteriorado y las inversiones públicas no han alcanzado al respetable nivel indispensable. Los hechos, por consiguiente, demuestran que, lamentablemente, no estábamos equivocados al presagiar lo peor como consecuencia probable de esa grande e insalvable improvisación.

Buenos Aires, septiembre 13 de 1960.

Como las soluciones a largo plazo no son precisamente las que más interesan frente al estado caótico y a las urgencias apremiantes de nuestra economía, dado que como decía Lord Keynes "a largo plazo todos estamos muertos", el Gobierno creyó necesario programar una serie de medidas que significaran soluciones a corto plazo, y así, aunque con una demora que no habla muy en favor de los asesores económicos oficiales, surgieron los planteamientos enunciados el 30 de diciembre bajo el rótulo de "Plan de Estabilización Económica", cuyo contenido hemos sintetizado más arriba.

Cabe ahora preguntarse si podemos confiar en la eficacia curativa de las medidas a corto plazo. Para ello enumeraremos en primer término cuáles son, a nuestro entender, los males económicos que se pretende remediar y analizaremos a continuación si los remedios se adecúan a los males y si puede presumirse eficacia en su aplicación para aquél o aquéllos que resulten aconsejables.

MALES O ENFERMEDADES DE NUESTRO MECANISMO ECONÓMICO

Sin pretender jerarquizar por orden de importancia, ni tampoco diferenciar exageradamente los grandes males que aquejan en el momento actual nuestra economía, puesto que todos ellos son en una u otra medida males conexos, distinguiémoslos por el momento los siguientes:

- 1) *Inflación*: aumento continuo y pronunciado de los precios.
- 2) *Insuficiencia de la producción*.
- 3) *Insuficiencia del ahorro*.
- 4) *Deficiencia cualitativa y cuantitativa en bienes de capital*.
- 5) *Imposibilidad de acelerar el ritmo de nuevas inversiones*.
- 6) *Insuficiencia de crédito para producción*.
- 7) *Carestía de las importaciones y dificultades para importar*.
- 8) *Onerosidad antieconómica de las cargas fiscales e impositivas*.
- 9) *Abultado déficit fiscal*.
- 10) *Estatismo económico y burocracia paralizante de la iniciativa individual*.
- 11) *Empresas estatales improcedentes, ineficientes y dispendiosas*.

- 12) Profundo desequilibrio de nuestra balanza de pagos: imposibilidad de detener la desvalorización del peso y la fuga de capitales.

Evidentemente, colocamos la inflación en primer lugar porque se trata de una enfermedad grave y progresiva pero que además requiere curación preferente, pues sin ello no habrá ni puede haber curación para todas las restantes enfermedades de la economía nacional. *Inflación* es sinónimo de distorsión de la demanda, distorsión de la oferta, especulación, desaliento del consumo y de la producción, desaliento del ahorro y de la inversión, y sinónimo también de emisión clandestina y desenfrenada de billetes, de voracidad fiscal, de desvalorización monetarias y de muchas otras deformaciones. Sin detener la inflación, no hay cura para los males restantes enumerados y ni siquiera vale la pena intentar dicha cura.

¿EL P.E.E. CONSTITUYE UN REMEDIO PARA NUESTROS MALES ECONÓMICOS?

El P. E. E. ha sido concebido como la panacea contra la inflación. El Gobierno lo ha sostenido reiteradamente y el ex Secretario de Finanzas, doctor César Bunge afirmó días pasados que "crear moneda sana ha de significar establecer valores estables en la Economía Nacional". (Correo de la Tarde, junio 2/58, pág. 5). *Moneda sana* significa moneda de poder adquisitivo estable, o sea precios estables —lo que representaría detener la inflación.

Siendo así las cosas —o sea que el primer y fundamental objetivo del P. E. E. tiene por meta contener el proceso inflacionario— cabe preguntarse si el mismo es apto para lograrlo. Mi respuesta al respecto es rotundamente negativa. El P.E.E. ni es apto para detener la inflación, ni viene dando esos frutos, ni podría conducir a tales resultados. Ya veremos por qué, pero mientras tanto digamos algo del Plan en su conjunto.

El llamado "Plan" no es un Plan coherente y vertebrado. La Economía moderna, y con mayor razón la economía de un Estado que ha incurrido en una alta dosis de intervencionismo, es un complejo mecanismo en donde todas sus partes son interdependientes y donde no se puede accionar sobre un sector o en un determinado sentido sin haber previsto los efectos sobre los demás sectores y en todos los sentidos.

El P.E.E. persigue el propósito inmediato de contener o amortiguar la inflación, y ni para eso sirve, como demostraremos en seguida, pero por otra parte, nada prevé sobre tópicos tan importantes como los siguientes: aumento inmediato de la producción; mantenimiento o mejoramiento de los niveles de ocupación;

incrementación del ahorro y formación de capitales; necesidad urgente de inversiones en el sector privado de la economía; mantenimiento del poder adquisitivo de los sueldos y salarios, o sea defensa mínima e indispensable del salario real; reforma del sistema fiscal y disminución de las cargas impositivas; abaratamiento y agilización de las importaciones de bienes de capital; política social destinada a amortiguar los efectos del Plan sobre los grupos sociales menos pudientes y por ende llamados a sufrir, en términos relativos, un impacto más severo por causa de su aplicación.

EL PLAN DE ESTABILIZACIÓN ECONÓMICA ES INOPERANTE PARA CONTENER LA INFLACIÓN

Hemos dicho que el objetivo central del P.E.E. consiste en el propósito de detener o amortiguar la inflación y hemos definido a ésta como el aumento continuo y pronunciado de los precios.

Para explicar nuestro total escepticismo en esta materia, debemos analizar brevemente, en un enfoque sencillo, cuáles son las causas de la inflación, o más bien cuáles las fórmulas de análisis con las que se puede desentrañar en forma objetiva y simplificada las causas fundamentales de las cuales puede derivarse un proceso inflacionario.

Sabemos que el nivel de los precios es el índice del valor de la moneda, pero en sentido inverso; vale decir que a mayor nivel de precios el valor de la moneda es menor y viceversa. A su vez, el nivel de precios, o lo que es lo mismo, el poder adquisitivo de la moneda, se explica suficientemente en aquellos casos menos complejos y donde las variaciones son amplias, mediante la teoría cuantitativa del valor de la moneda, cuya fórmula es la siguiente, en su versión más simplificada:

$$P = \frac{M}{Q}$$

donde P representa el nivel de precios, M la cantidad de moneda o de medios de pagos y Q la cantidad de bienes y servicios que son objeto de toda clase de transacciones monetarias. Es decir que P representa los precios, M el dinero circulante y Q la producción nacional que se moviliza con ese dinero. Por consiguiente y de acuerdo a esta fórmula si M aumenta y Q permanece estacionaria, P también habrá de aumentar; lo que en lenguaje sencillo significa decir que si aumenta la cantidad de moneda, sin que aumente la cantidad de bienes y servicios, o sea la producción, los precios habrán de aumentar, porque entre P y M, por virtud de la fórmula, existe una relación directamente proporcional.

En cambio si Q aumenta y M permanece estacionaria, P habrá de disminuir; lo que equivale a decir que si aumenta la producción (los bienes y servicios), sin que aumente la cantidad de medios de pagos, los precios habrán de disminuir, por cuanto entre P y Q existe, también en virtud de la fórmula referida, una relación inversamente proporcional.

Explicando así, en términos simples, el recurso analítico que nos permite desentrañar las causas probables de un proceso inflacionario en sus aspectos más crudos, estamos en condiciones de demostrar, por ejemplo la inflación ocurrida, digamos, entre 1945 y 1955. Supongamos que en 1945 M, o sea la cantidad de moneda, era de 5.000 millones de pesos y Q, o sea la cantidad de bienes y servicios que constituían el producto nacional a precios de 1945, era de 1.000 millones de unidades (tomando como base de cálculo una unidad ideal representativa de la gran variedad de bienes y servicios que integran el producto nacional). En tales condiciones, y aplicando nuestra fórmula, el nivel de precio (o precio promedio) era de 5 por cada unidad de bienes y servicios, de acuerdo a lo que las cifras demuestran:

$$\begin{array}{rcc}
 & \text{(Año 1945)} & \\
 \text{M} & & 5.000 \\
 \text{P} = \frac{\text{---}}{\text{---}} & ; \text{ sustituyendo:} & \text{P} = \frac{\text{---}}{\text{---}} = 5 \\
 \text{Q} & & 1.000
 \end{array}$$

Entre 1945 y 1955 la cantidad de moneda aumentó hasta llegar a ser aproximadamente diez veces lo que era en 1945; vale decir que en vez de 5.000 millones de pesos, hacia 1955 había 50.000 millones de pesos en circulación. En cambio, la producción real, o sea la cantidad de bienes y servicios de que disponía el país en 1955 no había aumentado, prácticamente, con relación a la disponibilidad de bienes en 1945, porque por diversas razones no se supo o no se pudo aumentar la producción (descapitalización de las empresas, imposibilidad de importar e incorporar maquinarias nuevas a las explotaciones industriales y agropecuarias, etc.). Por consiguiente, el nivel de precios, con relación a 1945, se había elevado diez veces, según resulta de la aplicación de la consabida fórmula que nos brinda la teoría cuantitativa:

$$\begin{array}{rcc}
 & \text{(Año 1955)} & \\
 \text{M} & & 50.000 \\
 \text{P} = \frac{\text{---}}{\text{---}} & ; \text{ sustituyendo:} & \text{P} = \frac{\text{---}}{\text{---}} = 50 \\
 \text{Q} & & 1.000
 \end{array}$$

Así vemos explicado, con bastante aproximación, el fenómeno inflacionario entre 1945 y 1955, de resulta del cual y según lo que

todos han podido experimentar en carne propia, los precios, marcadamente estables durante varias décadas y a pesar de dos guerras y una crisis mundial, aumentaron en la década posterior a 1945 un 1.000 % sobre la base, o sea que alcanzaron diez veces el nivel que tenían en 1945.

Después de esta breve disquisición teórico-práctica y ya con la experiencia de haber el lector aplicado la fórmula que nos ofrece la teoría cuantitativa del valor de la moneda, veamos cómo el Plan de Estabilización Económica afectaría el nivel de precios a través de su influencia probable sobre el numerador (M), o el denominador (Q) de la consabida fórmula.

Para analizar el efecto probable del P.E.E. sobre el nivel de precios debemos comenzar por considerar, en un plano realista, cuál es la situación predominante en el ámbito nacional con respecto a los factores de la fórmula que determina dicho nivel de precios o el valor de la moneda. Vale decir, debemos tener presente si las circunstancias ambientales determinan un aumento o disminución autónoma de la cantidad de moneda (M) o un aumento o disminución autónoma de la cantidad de bienes y servicios disponibles (Q). Dichas circunstancias, a nuestro criterio, están determinando desde hace tiempo un aumento muy considerable y permanente de la cantidad de moneda (M), (especialmente provocado por el déficit fiscal y la consiguiente emisión de billetes destinada a cubrirlo) y un estancamiento notorio de la producción, debido a las causas ya enumeradas (descapitalización de las empresas, desgaste y antigüedad de los equipos industriales, imposibilidad de importar bienes de capital, etc.) y a la imposibilidad práctica de obtener un aumento sensible de productividad, por parte de la mano de obra. De manera, pues, que las perspectivas ciertas señalan que M seguirá en aumento, que Q seguirá estacionaria y, por lo tanto que P , o sea el nivel de precios, seguirá también en aumento, en la forma que se viene operando y que se operara, según vimos en el ejemplo citado anteriormente entre 1945 y 1955.

Antes de entrar a considerar si el P.E.E. afectará los componentes de nuestra fórmula y en qué medida, vale la pena formular una consideración adicional acerca de nuestra afirmación en el sentido de que los medios de pago seguirán aumentando indefinidamente, a pesar de todas las buenas intenciones del Gobierno, y de que, por lo tanto, frente a una producción estancada, la inflación continuará indefinidamente y, presumiblemente, se agravará indefinidamente.

El Gobierno, a efecto de contrarrestar el efecto inevitable de la emisión de billetes para solventar las urgencias fiscales (o sea el aumento de M), viene aplicando una política fuertemente restrictiva del crédito, o sea de los medios de pago, destinado a los

sectores privados de la economía nacional, (distribución de M) con lo cual se pretende balancear el aumento de moneda destinada a sufragar las necesidades del sector público. Y es muy posible que momentáneamente, esa política restrictiva que afecta al sector privado compense la acción expansiva impuesta por el sector público. Pero lo que lamentablemente no advierten quienes propugnan este género de política monetaria (inspirada directamente en el Plan Prebisch y que ya fuera objeto de severa crítica por parte mía) ¹, es que la creación de moneda destinada a solventar gastos públicos es esencialmente improductiva de bienes de uso y de consumo, que son precisamente los que tendrían que aumentar para que (Q), o sea nuestra producción nacional contrarrestara,

M

por lo menos en parte, dentro de la fórmula $P = \frac{M}{Q}$, el pavoroso

Q

aumento de circulante (M), mientras que la política restrictiva de medios de pagos destinados al sector privado, o sea la que tiende a incrementar la producción de bienes de uso y de consumo, tiene por efecto inmediato frenar esa producción, con efectos desastrosos directos sobre la producción nacional, y por ende, indirectamente, sobre el nivel de precios.

Vale decir, pues, que dejamos planteada nuestra expresa disconformidad con la política fuertemente restrictiva del crédito que el Gobierno viene aplicando, como un medio de atenuar el aumento inevitable de los medios de pago determinado por exigencias del sector público, ya que dicha política restrictiva, al afectar adversamente la producción de nuevos y más abundantes bienes de consumo y de uso, está, no solamente agravando la inflación, sino —lo que es peor— frenando sensiblemente la producción en medio y a pesar del alza sostenida de los precios que, normalmente, debería servir de estímulo expansivo para los productores.

¡EL PLAN DE ESTABILIZACIÓN ECONÓMICA ES
DECIDIDAMENTE INFLACIONARIO!...

Además de las razones recién enunciadas, que bastan y sobran para justificar esta afirmación, haremos notar otras razones que demuestran que el P.E.E., cuyo principal objetivo es detener la inflación (!...) no puede tener otro resultado que incrementarla.

Hemos dicho que las dos primeras medidas que configuran el Plan, son: 1) Liberación de los precios y 2) Liberación del cambio. Veamos sus efectos probables sobre los precios.

En primer lugar, la liberación de precios, no puede tener sino un efecto inflacionista, pues la sola mención de liberarlos, no puede tener otro sentido y otro efecto que permitir y/o provocar su aumento. La mejor prueba de ello es que las tarifas del transporte, las tasas de los servicios públicos y muchos otros precios, entre ellos las principales provisiones de boca, pegaron un salto espectacular, sea directamente, por efecto de la liberación, sea indirectamente, por efecto de los aumentos operados en los primeros, y de la mentalidad alicista que se creó con el solo anuncio de la liberación y del "gran cambio". (Como si los precios, en nuestro país, salvo alguna rara excepción y a pesar de hallarse congelados, no hubieran subido siempre —vía mercado negro y las subsiguientes "colas"— adonde la libre oferta y demanda quisiera hacerlos subir!...).

Los efectos inflacionistas de la liberación del cambio son más evidentes aún, si se quiere. ¿En qué ha consistido dicha liberación? Pues, simplemente, en la desvalorización del peso en el mercado oficial, hasta llevarlo a una paridad con el peso en el mercado libre. Hasta el momento de la supresión del mercado oficial de cambios, el dólar, pongamos por caso, podía adquirirse a 18 pesos, ó a 20 ó a 25, según los recargos correspondientes a las categorías de bienes a importarse, pero lo cierto es que había un gran número de bienes de mucha importancia para el aprovisionamiento del país que podía adquirirse a un tipo de cambio muy inferior al vigente en el mercado libre. A partir de la liberación, todos estos bienes —entre los que se cuentan, para no citar sino algunos, la maíta, el café y las bananas— pasaron a costar, en vez de 18, 20 ó 25 pesos por dólar, la friolera de 60, 80 ó 100 pesos el dólar, según las contingencias circunstanciales del mercado libre. No puede negarse, open, que el impacto inmediato (y mediano) del P.E.E en esta materia es notoria e inevitablemente inflacionario. Y así se explica cómo las bananas fueron de 4 ó 5, a 12 ó 14 pesos la docena, el café de 40 ó 50, a 140 ó 160 pesos el kilo y la maíta de 2 pesos a 6 pesos el litro. Implicando a su vez aumentos como este último otros aumentos derivados muy considerables en una infinidad de productos que dependen del transporte automotor impulsado por este combustible².

Hasta aquí los efectos terciarios e inevitables de ambas medidas "estabilizadoras" del P.E.E. Podríamos referirnos también a los efectos más o menos mediatos y secundarios de la liberación de precios y del cambio, puesto que a raíz de los aumentos primarios se sucederán inevitablemente aumentos concatenados, derivados de los primeros, por tratarse de materias primas o de bienes que intervienen en la confección de otros bienes o de sustitutos de artículos de fabricación nacional, todo lo cual determina, por último aumentos reflejos considerables en todos los órdenes de la economía nacional.

LA CONTENCIÓN Y PROGRESIVA DISMINUCIÓN DE LOS GASTOS PÚBLICOS

De las tres medidas de que consta el P.E.E., ésta es la única que a criterio del suscripto, podría contribuir a contener la inflación. Por diversas razones; entre ellas porque, al disminuir el déficit fiscal, cesaría o disminuiría considerablemente la emisión de billetes o el crédito bancario destinado a costearlo; segundo, porque en esa forma la creación de medios de pago (crédito) en lugar de destinarse a financiar gastos (públicos) improductivos de bienes de uso y de consumo, se podría destinar a la producción de estos últimos; tercero, porque, al eliminar la burocracia innecesaria una parte importante del factor laboral pasaría de una actividad en la que acusa baja o ninguna productividad a otras (actividades privadas) en que seguramente evidenciaría una productividad muy superior.

De cumplirse, pues, esta medida del P.E.E., sus efectos sobre

M

nuestra fórmula ($P = \frac{M}{Q}$) serían los siguientes: M no aumenta-

Q

ría por razón de los gastos del sector público y, si aumentara por razón de las siempre renovadas exigencias del sector privado, su efecto sería expansivo sobre la producción de bienes (Q); por esta misma razón y otras antes enumeradas, Q, o sea la disponibilidad de bienes y servicios, aumentaría. Al no aumentar M y aumentar Q, o por lo menos al aumentar ambas en la misma proporción, P (los precios) disminuirían o al menos se mantendrían estacionarios.

Debe tenerse presente, sin embargo, que estos serían los efectos probables de esta medida considerada aisladamente ("ceteris paribus"), porque en la práctica y dentro del Plan económico que estamos analizando es más que probable que el efecto benéfico de esta medida (contención y progresiva disminución de los gastos públicos) fuera más que contrarrestado por el efecto pernicioso (inflacionario) de las otras dos.

Aparte de ésto, lo verdaderamente grave y desalentador en cuanto a este objetivo del Plan, es, en nuestro concepto, su carácter eminentemente lírico o irrealizable. En primer lugar, las exigencias políticas circunstanciales, hacen muy difícil suponer que el Gobierno se ponga seriamente en la tarea de eliminar la burocracia excesiva y, más aún en el orden estrictamente económico, la contención de gastos públicos resulta prácticamente imposible de cumplir a criterio del suscripto frente al panorama global del

Plan. ¿Cómo puede concebirse que el Gobierno tome en serio su propio programa en materia de restricción de gastos frente a un Plan Económico claramente inflatorio, cuyos efectos en tal sentido están a la vista en el lapso de menos de seis meses corrido desde su enunciación? En primer lugar, por el encarecimiento de todos los abastecimientos con que el Estado tiene que contar para realizar sus funciones mínimas habituales; en segundo lugar por la fuerte presión que, en demanda de aumentos compensatorios, vienen efectuando y han de efectuar los vastos grupos que trabajan por cuenta del Estado (véase sino los aumentos ocurridos ya, recientemente, para el personal de las fuerzas armadas y bancos oficiales, sin perjuicio de aquéllos cuyas demandas están en el tapete).

De manera, pues, que, en esta medida, la única que realmente estaría llamada a tener un efecto estabilizador del poder adquisitivo de nuestra moneda no podemos creer, ni remotamente, por razones de orden teórico... y práctico.

EFFECTOS CONTRAPRODUCTENTES DEL P.E.E. PARA LOS SECTORES PRIVADOS

Nos hemos referido a los efectos desfavorables del P.E.E. por considerarlo inflacionario. Nos referiremos ahora a otro aspecto del mismo no menos peligroso: el impacto desfavorable y netamente previsible del Plan sobre el sector privado de la economía nacional.

Esta parecería una afirmación temeraria, por cuanto la creencia común entre legos en la materia y entre los economistas diletantes, es que el P.E.E., vía liberación (y consiguiente aumento) de precios, ha de tener un efecto muy saludable sobre la producción, estimulándola vivamente. El suscrito difiere ampliamente con este criterio, por las siguientes razones:

El P.E.E. supone un brusco impacto inflacionario inmediato, entre otros, en materia de una serie de servicios que son provistos por el Estado y que son indispensables para el público (transportes, teléfonos, gas, electricidad, etc.). Por esta misma razón, puede descontarse que la demanda pública de tales servicios es altamente inelástica, vale decir que no va a disminuir apreciablemente de volumen por razón del mayor precio de venta del servicio (en la práctica el precio de venta se llamará "tarifa" o "tasa" o algo parecido). Siendo así las cosas, podemos descontar que todo el público consumidor tendrá que efectuar una erogación mucho más elevada por la provisión de los mismos servicios que antes

adquirir a un precio mucho menor. A esto debe sumársele el mayor costo, para el público consumidor, de diversos productos más o menos indispensables, y por ende también de demanda altamente inelástica, algunos de producción nacional, como la carne — *steak, de importación, como la nafta, y el café. De manera que...* — que, de sus disponibilidades globales para el consumo, el sector consumidor deberá gastar en adelante, una suma mucho mayor que antes para la obtención de unos pocos bienes y servicios de naturaleza imprescindible y en la misma medida que acostumbraba a consumirlos (transporte, electricidad, gas, teléfono, carne, nafta, café, etc.). Estimo yo que el mayor gasto por este solo concepto alcanzará a unos 25.000 millones de pesos, los que, a su vez, dejarán de estar disponibles para erogaciones de otra naturaleza, particularmente para la adquisición de una gran cantidad de bienes de uso, durables y semidurables, que son el producto típico de nuestra industria nacional. Esta brusca e inevitable contracción de la demanda de tales productos tiene que determinar fatalmente crisis y desocupación en numerosas industrias nacionales, con los efectos consiguientes en toda la economía del país.

A esta apreciable disminución del poder adquisitivo (del sector consumidor) susceptible de destinarse a adquirir el grueso de los productos de nuestra economía, debería sumársele la disminución de poder adquisitivo (o sea reducción del ingreso nacional) que resultaría del plan de economía en materia de gastos públicos, las cuales, de haberse llevado a cabo en la medida prevista por el Gobierno, habría alcanzado —según cálculos aproximativos del suscripto— a unos 25.000 millones de pesos. Reflexiónese sobre el impacto deflacionario (sobre vastos sectores de nuestra economía) que hubiera tenido tamaña contracción de la demanda global —25.000 millones— por este concepto más los 25.000 millones explicados anteriormente, o sea 50.000 millones en total. Lo cual hubiera dado lugar a una de las situaciones más absurdas en la historia económica de todos los tiempos: una combinación de factores inflacionarios y deflacionarios que agravaría notablemente el caos y el estado de prostración de la producción nacional.

Afortunadamente y como hemos dicho anteriormente, el plan de bruscas economías en materia de gastos públicos, no ha de cumplirse por el momento. Lo que demuestra cuán equivocados están quienes se lamentan porque el P.E.E. no se cumple rigurosamente, pues si se cumpliera, andaríamos peor. Lo que no quita, sin embargo, que se venga cumpliendo en una medida suficiente como para que andemos mal. Así lo piensan al menos quienes no son los beneficiarios directos de la inflación posibilitada o desatada por el mismo.

OBJETIVOS IMPLÍCITOS DEL P.E.E.

Dos preguntas cabe formularse, frente a las conclusiones desfavorables que surgen del análisis precedente: 1) ¿Comprenden realmente los autores del Plan las verdaderas implicancias del mismo?, 2) ¿Cuáles serían los efectos derivados del Plan que llevarían a una recuperación de la producción nacional y por ende a un saneamiento de nuestra economía y a su consiguiente expansión?

A la primera pregunta no le daremos respuesta por razones de delicadeza. Respondiendo a la segunda, diremos que, a nuestro juicio, el razonamiento implícito de los autores del Plan, en cuanto a sus efectos ulteriores, sería el siguiente:

El aumento de los precios, derivado de su "liberación", estimularía la producción y facilitaría la acumulación de beneficios que permitirían recapitalizarse a los sectores empresarios; la estabilización del valor de la moneda, a su vez estimularía el ahorro; el cual se traduciría en un aumento considerable de las inversiones; las nuevas inversiones traerían como consecuencia un aumento de la producción y, por ende, la prosperidad deseada.

No podemos menos que calificar de lírico y utópico el razonamiento precedente, en el cual pretende basar el proceso de recuperación. Es simplemente ingenioso suponer que en un estado caótico como el que exhibe nuestra economía en la actualidad, pueda desarrollarse sin tropiezos una secuencia lógica como la que es propia de dicho razonamiento. Admitimos sí que el mismo pueda ser el apropiado para circunstancias normales, pero en nuestro país, aquí y ahora, confiar en él es un disparate.

El descalabro económico es tan completo y las urgencias estatales y sociales tan apremiantes que no hará posible que las medidas previstas de "estabilización económica" lleguen a fructificar, provocando por los medios previstos una reacción favorable en nuestra economía y una expansión de la producción. Vale decir, pues, que no nos asustarían los sacrificios que se imponen al país por vía del Plan de Estabilización Económica (o Plan de Austeridad) si todos contribuyeran y el sacrificio de cada uno guardara relación con sus posibilidades económicas; pero nos subleva sí la imposibilidad de encontrar una vinculación lógica entre estos sacrificios y la tan deseada recuperación económica. En otras palabras y a título de ejemplo: si yo tengo un terrible dolor de muelas y se me receta poner los dedos en una prensa para curármelo, tendré derecho en algún momento de preguntar (sobre todo cuando la prensa esté ya descalabrándome los dedos!...) qué vinculación existe —si es que existe— entre el sacrificio de mis dedos y el dolor de muelas...

Pretender llegar a la recuperación y expansión de nuestro organismo productivo por los medios clásicos (P.E.E.) luego de haberse llegado a la postración económica por el intervencionismo más disparatado, es una insensatez. Necesitamos un período de "reconversión" basado en claras concepciones técnicas, que haga posible quitarle al país el aparato ortopédico integral en que lo enfrascaron y que no ha hecho sino sofocar y deformar su economía, y que permite además cumplir esa etapa de reconversión con el menor sacrificio posible de los sectores con ingresos más reducidos y más rígidos. Esto, decididamente puede lograrse; más aún, no es difícil de lograr, pero para ello será necesario contar con el concurso técnico de algo más que menos curanderos y/o representantes encubiertos de grupos de presión que, antes que los intereses permanentes de la Nación, les interesa una "liberación de precios" lograda de cualquier manera, porque el clima actual de "agárrete como puedas" no hay tiempo para pensar en soluciones de interés general...

3 de Mayo de 1959.

EL "CORPUS" Y EL "ANIMUS" LA POLÉMICA SAVIGNY - IHERING*

Por

JULIO DASSEN y ENRIQUE VERA VILLALOBOS

1. — *Interés actual de la polémica.* En la misma medida en que ha ido perdiendo importancia el instituto de la posesión se han ido apagando los ecos de esta célebre polémica. En algunos tratados modernos de derecho Romano y en los de derecho civil ni siquiera se la menciona. A pesar de ello no puede afirmarse que haya perdido todo interés. Por el contrario, la justa comprensión de los argumentos de Savigny y de Ihering facilita considerablemente el análisis del instituto de la posesión en el derecho positivo. Como los principales contendores han sido dos de los juristas más célebres del siglo XIX conviene recordar algunos aspectos de sus vidas y de sus obras.

2. — *Federico Carlos de Savigny.* Descendiente de una familia francesa oriunda de Lorena (que emigró a Alemania a principios del siglo XVII como consecuencia de las luchas religiosas en Francia), nació en Francfort del Meno el 21 de febrero de 1779, esto es, diez años antes de la toma de la Bastilla.

Comenzó sus estudios de derecho en la ciudad de Marburgo y allí los concluyó después de un corto intervalo de estudios en Gotinga, alcanzando el grado de Doctor en Jurisprudencia el 31 de octubre de 1800.

De inmediato se consagró a la enseñanza. En el ejercicio de esa labor —él mismo lo relata— comprobó que los diez últimos libros del Digesto no habían sido analizados con suficiente precisión. Se dedicó, por tanto, a ellos en un curso que dictó en el verano de 1801. Durante su desarrollo el tema de la posesión atrajo especialmente su atención y concluyó que las ideas y opiniones dominantes podían ser considerablemente rectificadas apoyándose en los textos. Sobre la base de sus investigaciones escribió "El derecho de la posesión, monografía jurídica", que se publicó en Marburgo en 1803, un año antes de que entrara en vigencia el Código Napoleón.

* A pedido de algunos estudiantes anticipamos este capítulo de una obra en preparación sobre Derechos Reales.

Tenía entonces Savigny apenas veinticuatro años de edad. Su obra adquirió rápidamente celebridad y fue el punto de partida de una copiosa bibliografía citada y, en su caso, refutada por Savigny en las sucesivas ediciones.

El prestigio de Savigny como profesor fue muy grande. Al día siguiente de la batalla de Jena (en la cual las fuerzas de Napoleón derrotaron a Prusia) aceptó la cátedra que le ofreció la Universidad de Landshut. Esta pequeña ciudad de Baviera, ocupada por los franceses, vio llegar a su seno, bajo la amenaza de los cañones franceses, a la élite de la juventud alemana. "La potente palabra de Savigny, desde los montes del Tirol, repercutió de eco en eco hasta el Báltico. El rey de Prusia deseó, naturalmente, tener cerca de sí un hombre cuya autoridad sobre la juventud tenía tanto prestigio y se apresuró a ofrecer a Savigny una cátedra en la Universidad de Berlín" (Rostk, A., "Les Grands Jurisconsultes", t. 459. Toulouse, 1874). Allí, junto con el filósofo Richter, el teólogo Schleiermacher, el historiador Niebuhr, el humanista Wolf y el naturalista von Humboldt contribuyó al prodigioso renacimiento intelectual con que Prusia respondió al reto de Napoleón. La actividad de Savigny como maestro e investigador se centró en esa Universidad desde su fundación, en 1810, hasta 1842, año en que el rey Federico Guillermo IV le encomendó el nuevo Ministerio de Legislación.

En 1814, cuando el Código Napoleón llevaba ya diez años de vida, escribió nuestro autor un opúsculo que también se ha hecho clásico. Pensaban muchos en Alemania que los tiempos eran propicios para sacudir la sujeción interna que significaba la vigencia del derecho romano. Thibaut, eminente jurisconsulto de Heidelberg, expuso ese punto de vista con calor y elocuencia (Von Ihering, Federico Carlos Savigny, en *Études Complémentaires de Droit Romain*, tomo IV, p. 55). Savigny, en cambio, sostuvo la idea contraria en su escrito "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia". Aducía Savigny que el derecho, en realidad, no es obra del legislador, sino que brota de las espas profundas del pueblo. Por esta monografía y por los trabajos que realizó después se lo considera el propulsor de la escuela histórica iniciada por Hugo. (Sobre el punto véase: "La Codificación Civil en Alemania, opiniones de Thibaut y Savigny", extracto del Boletín Mensual N° 96/98 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, año 1940). Así, en 1815 fundó la "Revista para la Ciencia Jurídica Histórica", en la cual colaboraron durante años los partidarios de dicha tendencia. Si bien es innegable el acierto de las críticas que Savigny y sus discípulos dirigieron contra los excesos del racionalismo jurídico, no es menos cierto que en muchos aspectos la escuela histórica fomentaba una actitud de conservatismo pasivo, que llegaba, según Ihering, a "desconocer, en la misma medida que aquella (la concepción histórica racionalista) los sobrestimaba, el valor y la

significación de la energía humana y el papel que juegan en la historia el libre arbitrio, la reflexión y la voluntad".

La obra más ambiciosa de Savigny es sin duda su "Sistema del Derecho Romano Actual" (*System des Heutigen Römischen Rechts*). Desgraciadamente, no alcanzó a terminarla, pues en 1842, cuando había escrito cuatro volúmenes, el rey de Prusia, como ya hemos dicho, lo designó Ministro de la Legislación, cargo que, según Ihering, fue creado "ex profeso" para él.

Savigny, ha escrito Ihering, continúa siendo el "astro más brillante" de la ciencia jurídica alemana, y añade: "Para la historia de la jurisprudencia este nombre no es de menor peso que el de Goethe para la poesía y la literatura alemanas". Savigny murió en 1861, a los ochenta y dos años de edad.

3. — *Kodoifo von Ihering*. Nació el 22 de agosto de 1818 en Aurich, pequeña ciudad situada en la desembocadura del río Ems, frente a la costa holandesa.

Estaba bien dotado no sólo para el derecho, sino también para las artes, especialmente para la música. Su personalidad y su obra son mucho más complejas que las de Savigny.

Su obra fundamental acaso sea "El espíritu del Derecho Romano en las distintas etapas de su desarrollo" (*Der Geist des Römischen Recht auf der Stufen seiner Entwicklung*). Este libro, dice un autor, simboliza el segundo período de la evolución espiritual de Ihering, quien en las universidades de Heidelberg, Múnich, Gotinga y Berlín había asimilado inicialmente las tesis de la escuela dogmático-histórica. Los recuerdos románticos y classicistas han desaparecido, y se postula una "ciencia productiva", de utilidad práctica, una "acción constructiva de la ciencia para determinados fines".

"De ahí que empiece Ihering por revolverse contra el historicismo elegante y el mero estudio de los detalles. Pero su intención va más lejos. Salido de las filas de la escuela histórica y habiendo colaborado en ella al esclarecimiento dogmático del Derecho romano histórico, es el primero en señalar un rumbo nuevo. Ataca, en efecto, con decisión el punto más débil del romanismo histórico: la forzada doctrina de Savigny justificando la recepción. Destaca tajantemente la contradicción que supone aceptar el hecho de la recepción y creer que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo. O la fuerza de aquel hecho destruirá esta creencia, o el hecho habrá de interpretarse, sobre la base de dicha creencia, en oposición a su carácter más íntimo, a su verdad. Fue, según Ihering, «rara ironía del hado científico» el que «una idea llamada a dar el golpe de gracia al Derecho romano» sea precisamente invocada «para salvar la vida de éste» (E. Wolf, op. cit., p. 19).

Más adelante agrega el mismo autor: "No se recata Ihering en proclamar que no es realmente lo «romano» lo que en el *Corpus Iuris* y su historia tiene para nosotros relevancia. No importa lo «muerto» ni «lo que sobrevive», sino aquello que tiene validez uni-

versal, sus «factores espirituales constitutivos». No le interesa el Derecho romano, ni tampoco el Derecho nacional: lo que busca es el Derecho».

«De esta suerte Ihering —el mismo lo señala— vuelve a la problemática del iusnaturalismo. En ello reside su esencial acierto, pues desde entonces esta cuestión ha permanecido viva, sin que se la pudiera eliminar ya. Y con esta cuestión volvió a agitarse todo aquello que la escuela histórica del Derecho había reprimido, cuando no expulsado de la conciencia jurídica: la política del Derecho, la reforma del Derecho, los fines del Derecho, el Derecho comparado, los principios fundamentales del Derecho» (E. Wolf, op. cit., p. 21).

En 1857 fundó una revista jurídica: "Anuario de dogmática del derecho privado Romano y Alemán Actual" (los famosos "Anuarios Ihering", como se los llamó a partir de la muerte del ilustre jurista en 1892). Dicha publicación, cuyos 90 volúmenes llegan hasta 1940, ha tenido una extraordinaria gravitación en el pensamiento jurídico europeo.

En el programa preliminar de los "Anuarios" expone Ihering lo que quizás sea el primer esfuerzo deliberado para formular la metodología propia de la ciencia del derecho, que consistía en: a) extraer del material normativo empírico los conceptos jurídicos generales; b) mediante este "alfabeto jurídico", elaborar un sistema coherente de los principios y conceptos jurídicos; c) crear estos jurídicos nuevos mediante la síntesis productiva de los conceptos y principios. Todo ello sujeto a las exigencias de la lógica y de la estética. Propugna así Ihering una "deahistorización" y "logificación" del Derecho, típicas del positivismo jurídico (Wolf, op. cit., págs. 25 a 28).

Pero aún en este período "conceptualista" de su pensamiento reconoce que toda construcción jurídica debe estar al servicio de la vida y llenar sus exigencias. La nueva concepción se va acentuando en las sucesivas entregas de "El Espíritu del Derecho Romano". Bastan para demostrarlo las siguientes citas:

"Es la realidad la que confiere al texto que presenta la ley, u otra formulación del Derecho, el carácter de verdadero Derecho".

"Lo que no es realizable no es derecho y, a la inversa, todo aquello que se concreta en esa función es derecho, a pesar de que no haya sido reconocido aún como tal (derecho consuetudinario)".

Esta nueva orientación, que le obligó a renegar de sus anteriores convicciones, tiene su más clara expresión en su trabajo "La Lucha por el Derecho" (Der Kampf ums Recht), leído en 1872 en la Sociedad Jurídica de Viena. La obra se publicó poco después y tuvo extraordinario éxito, al punto de que ha sido traducida a diecisiete idiomas.

Esencialmente, sostiene Ihering que el Derecho es obra de la voluntad, de las luchas y tensiones que se suscitan entre hombres

o grupos de hombres que defienden intereses contradictorios, no necesariamente económicos, por supuesto. Este proceso no es inconsciente, no es un producto espontáneo del acontecer histórico, como lo había creído con Savigny, sino creación de voluntades y acciones concretas de individuos o grupos determinados, con intereses también concretos.

Culmina la obra de Ihering con "El Fin en el Derecho" (*Der Zweck im Recht*), libro en el que trabajó desde 1877 hasta 1883. Desarrolla allí la tesis fundamental que había insinuado en "La Lucha por el Derecho", de que el derecho está gobernado por fines concretos: los valores, los intereses, la utilidad que persiguen los pueblos, los Estados y los individuos, en lucha permanente, "aún para lograr la paz". Afirma la esencial distinción entre naturaleza y hombres: la primera gobernada por la causalidad, el segundo por la finalidad. (Cf. Gorostiaga, Norberto: "Tres Vidas Ilustres", Introducción, págs. 51/53. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945).

En la segunda edición de "El Fin en el Derecho", ante la observación de un crítico que le señalaba que Santo Tomás había anticipado algunas ideas fundamentales de Ihering, éste, con admirable honestidad intelectual, hace la siguiente reflexión: "Por mi parte, de haberlas conocido quizá no hubiese escrito todo mi libro, pues las ideas capitales, que me sugirieron la obra, se encuentran expuestas por aquel gran pensador con toda claridad y de la manera más significativa". (Cit. por Gorostiaga en op. cit., pág. 56, N° 94).

Basta este ejemplo para ilustrar la personalidad de Ihering, apasionado y vivaz, pero siempre abierto a la crítica y a la búsqueda sincera de la verdad.

Sus trabajos principales sobre el tema de la posesión son "El Fundamento de la Protección Posesoría" —donde analiza y critica las diversas teorías entonces en boga— y "La Voluntad en la Posesión", libro magistral en el cual se somete la teoría de Savigny a un numeroso análisis —desde los puntos de vista histórico, legislativo, dialéctico, procesal, didáctico— y se construye en su reemplazo la llamada teoría objetiva de la posesión.

También se deben a la ágil pluma de Ihering algunas obras nuevas, tales como la "Jurisprudencia en Broma y en Serio", "Jurisprudencia de la Vida Diaria", "Casos de Derecho Civil sin solución" y una infinidad de monografías, disertaciones publicadas en los anuarios.

Ihering murió en 1892, a los setenta y cuatro años de edad, dejando inconclusos su "Prehistoria de los Indoeuropeos" y la "Historia del desenvolvimiento del Derecho Romano".

4. — La polémica. *El corpus* y el *antiquus* según Savigny. Debemos aclarar, ante todo, que no se trató de una polémica en sentido estricto, pues Savigny nunca respondió, por lo menos de manera directa, a las críticas que le hacía Ihering. Recordéase, también, que la obra de Ihering sobre la voluntad en la posesión fue

escrita en 1888, mucho después de la muerte de Savigny. Por otra parte, la diferencia de edad entre los dos juristas, y el enorme prestigio de Savigny, no facilitaban el debate sobre un pie de igualdad. Basta con recorrer las notas agregadas.

Savigny parte de la idea romana de que la posesión se adquiere mediante la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Veamos cómo interpreta estos dos factores: "Las definiciones de la posesión, por divergentes que sean, tanto en su formulación como en lo sustancial, parten todas de una idea general que les sirve de base y que debe ser el punto inicial de todas las investigaciones sobre esta materia. Todos admiten que uno está en posesión de la cosa cuando se tiene la posibilidad no solamente de actuar sobre ella físicamente, sino también de defenderla contra toda acción extraña. Es así como el barquero posee, sin duda, su barco, pero no el agua sobre la que navega, aunque se sirva del uno y de la otra para el logro de sus fines" (Savigny, C. F., vol. "Das Recht des Besitzes", 6ª ed. Giessen, 1837, pág. 2).

Más adelante agrega: "Para ser considerada como posesión toda detención debe ser intencional, es decir que, para ser poseedor, no basta con detentar la cosa, sino que es necesario también querer detentarla" (op. cit., págs. 111/112).

Subrayando el elemento intencional, volitivo, del *corpus*, Savigny rechaza la exigencia de que la detención deba consistir en la aprehensión material de la cosa, pues a su juicio basta con la presencia de la cosa, o aún con la posibilidad física de ejercer el señorío sobre ella. Distingue así el *corpus* de la mera yuxtaposición física.

Mas para que esa detención se convierta en posesión no basta con querer detentar la cosa, sino que es preciso quererlo de una manera determinada.

Oigamos nuevamente a Savigny: "Ya hemos definido la tenencia como aquella situación física que corresponde a la propiedad en cuanto a situación jurídica. En consecuencia, el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer la propiedad. Con todo, esta definición no es suficiente, puesto que aquel que detenta una cosa puede tener dicha intención de dos maneras diferentes: de ejercer la propiedad como ajena, o como propia. Si tiene la intención de ejercer la propiedad como ajena, reconociéndola por eso mismo como tal, no existe en este caso ese *animus possidendi*, por medio del cual la tenencia se erigiría en posesión. . . Sólo resta, entonces, la segunda hipótesis, en la cual la intención tiene por objeto la propiedad como propia, de manera que el *animus possidendi* debe definirse como *animus domini* o *animus sibi habendi*. En consecuencia, sólo puede ser reconocido como poseedor aquel que se comporta como propietario de la cosa que detenta; en otras términos, aquel que está decidido a ejercer de hecho su señorío sobre la cosa, en la misma forma en que el propietario está facultado para hacerlo en virtud de su derecho y, en especial, negándose a

reconocer en cabeza de otro un mejor derecho. El concepto de la posesión no exige absolutamente nada más que este *animus domini*; y menos aún el convencimiento de que se sea realmente propietario (*opinio seu cogitatio domini*): he ahí por qué la posesión corresponde al ladrón o al saltador de igual manera que al propietario mismo, y por qué todos ellos se diferencian por igual modo del locatario, quien no tiene la posesión, dado que no trata la cosa como suya propia" (op. cit., págs. 112/114).

Como algunos autores, a juicio de Savigny, no habían interpretado bien este pasaje de su obra, agregó en ediciones posteriores algunas notas aclaratorias, que en realidad modifican su concepción primitiva, aproximándola a la teoría objetiva de la posesión.

Dice en una de las notas (referida al párrafo en que distingue la intención de ejercer la propiedad como ajena o como propia): "Esta clasificación podría aparecer como incompleta, puesto que sería imaginable una tercera hipótesis en la cual aquel que detentara la cosa no se considerase ni a sí mismo ni a ningún otro como propietario, sino que sólo quisiera detentar la cosa para algún fin especial (por ejemplo, a fin de percibir sus frutos). Pero este caso sólo en apariencia difiere del nuestro; pues aquel que quiere detentar una cosa, pero sin reconocer positivamente a otro como propietario, tiene siempre el *animus domini* y, desde el punto de vista jurídico, es totalmente indiferente saber con qué finalidad exterior quiere tener esa propiedad" (op. cit., pág. 113).

Para aclarar el párrafo que se refiere al *animus domini*, añade en la 6ª edición la siguiente nota: "Así, la expresión *animus domini* se emplea aquí solamente para definir el contenido de la voluntad necesaria para poseer, asimilándolo a aquello que el propietario está facultado para hacer. Lo cual de ningún modo significa pretender que el pensamiento del poseedor deba tener por objeto el concepto jurídico de la propiedad, lo cual sería un contrasentido, por ejemplo, respecto de un ladrón. Parece, sin embargo, que varios de los autores citados al final de este párrafo han interpretado de esa manera errónea la intención de ejercer la propiedad que yo exijo (en la posesión)" (op. cit., pág. 113/114).

Sobre la base de los textos precedentes y sus aclaraciones (que hemos traducido literalmente del alemán, sacrificando toda pretensión de elegancia, a fin de conservar inólume el pensamiento del autor), podemos definir el *animus domini*, según Savigny, como "la intención de hacer con la cosa aquello que podría legalmente hacer su propietario, y sin reconocer positivamente en otro el carácter de propietario".

Es evidente que las notas aclaratorias, sobre todo la primera, amplían el concepto de *animus domini* y prácticamente crean una presunción a favor de su existencia en los casos dudosos. Pero no es menos cierto que para Savigny sigue siendo esencial el peculiar

elemento intencional, volitivo que, unido al *corpus* (que a su vez, como hemos visto, exige por sí mismo un mínimo de voluntad, de discernimiento), constituye la posesión. De ahí que su teoría haya sido calificada como "subjetiva".

5. — Las "anomalías". La posesión derivada. El mismo Savigny reconoce que en algunos casos el derecho romano otorgaba defensas posesorias a ciertos detentadores que no podían tener *animus domini*, puesto que reconocían la propiedad en otro.

Dichos casos son los siguientes: el del enfiteuta (arrendamiento vitalicio y hereditario), el del acreedor prendario (que recibe la cosa en garantía de su crédito contra el propietario), el del secuestratario (depositario de la cosa embargada) y el del prevarista (a quien el Estado romano entregaba una parcela del *ager publicus*, con obligación de restituirla en cualquier momento).

En los dos primeros casos, dice Savigny, siempre se acordaba protección posesoria al detentador. En los dos últimos, unas veces sí y otras no.

En cambio, los demás tenedores (locatario, comodatario, depositario, etc.) carecían de dicha protección.

Sobre este difícil problema, dice Savigny: "Según esa regla (la que define la posesión en función del *animus domini*) en todos esos casos la posesión debería estar unida a la propiedad, y no a la tenencia. . . Pero de hecho las cosas ocurren de otra manera: más bien se encuentra aquí la posesión unida a la tenencia, y el propietario carece de toda protección posesoria. Por eso es que siempre he considerado estos casos como anomalías y los he designado con la expresión común de posesión derivada. . . He elegido la *expre* posesión derivada, a fin de destacar esta violenta desviación de los principios normales; desviación que consiste en que la posesión le es sustraída por su propia voluntad a aquel que normalmente debería tenerla, para dársela a otro" (op. cit., páginas 142-143).

Savigny intenta explicar así estas "anomalías": en los casos del acreedor prendario y del secuestratario resulta evidente que el deudor-propietario no puede recibir protección posesoria, pues entonces le sería muy fácil privar al acreedor de su garantía, recuperando la cosa mediante los interdictos posesorios. En cambio, no encuentra Savigny justificación práctica para los casos del enfiteuta y el prevarista: "Para estas dos instituciones jurídicas he intentado una explicación histórica que, a mi juicio, no deja de ser verosímil. Quien se niegue a aceptarla, creo que tendría que limitarse a reconocer la existencia de estas dos anomalías, y renunciar a explicarlas" (op. cit., pág. 144).

En verdad, no nos ofrece Savigny una opción muy satisfactoria. Tampoco resultan convincentes las abstrusas explicaciones con que trata de aclarar la "posesión derivada", que exigiría un *animus possidendi* sin *animus domini* (op. cit., pág. 128), y una

propiedad *animas domini* y sin posesión (op. cit., págs. 142-143). Pero es interesante citar una importante observación que hace respecto de la posesión derivada. "Hay en ella una desviación del concepto primitivo de posesión, de modo que sólo se la puede reconocer en los casos en que el derecho positivo expresamente lo impone" (op. cit., pág. 127).

6. — *La tesis de Ihering. El corpus. Formulación algebraica.* En las obras "El Fundamento de la Protección Posesoría" y "La Voluntad en la Posesión", Ihering expone su teoría objetiva, en contraposición con la de Savigny. La disidencia no es caprichosa, sino que se funda en las exigencias de la práctica jurídica, sobre todo en el aspecto de la prueba. Esta última cuestión ocasionaba inextricables dificultades en la práctica del derecho común alemán, al punto de que se había llegado a compilar verdaderos catálogos de actos posesorios (edificar, demoler, abatir árboles, cultivar, recolectar, llevar el ganado a pacer, etc.). "Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento; ¡y qué juramento! ¡Un juramento sobre un estado de alma! ¡Y qué estado de alma! Imagínese un aldeano llamado a prestar juramento sobre el *animas domini*, que los grandes juristas no han llegado todavía a comprender" ("La Voluntad de posesión", pág. 159). A juicio de Ihering, es imposible la prueba directa del *animas domini* o del *animas possidendi*, pues se trata de hechos psicológicos que no se reflejan en cuanto tales en el mundo exterior, y reprocha a Savigny por haber eludido toda mención del problema de la prueba del *animas domini* (op. cit., pág. 157).

Para mejor comprender la posición de Ihering conviene decir dos palabras sobre su concepción del *corpus*. Ante todo debemos recordar, aunque ello pueda parecer superfluo por evidente, que el *corpus* siempre debe contener un elemento anímico, volitivo; en ausencia de ese factor (caso del demente furioso, del niño de pecho, etc.), no hay *corpus*, ni tenencia, ni posesión, sino mera yuxtaposición física, sin transcendencia jurídica alguna.

Ahora bien, Savigny intentó dar una fórmula general para el *corpus*, fundado no sólo en la posibilidad física de actuar sobre la cosa, sino también en la de impedir que otros lo hagan. Trátase de un concepto más amplio que el de los juristas romanos y de los glosadores, pero peca por excesivamente rígido. De modo que, a semejanza de lo que le ocurrió con las "anomalías" de la posesión, tuvo que admitir una serie de aclaraciones y remiendos a medida que se le presentaban casos concretos.

Ihering, en cambio, rechaza al mismo tiempo los catálogos de actos posesorios y la definición de Savigny, y acude, en cambio, a un criterio objetivo y finalista, acorde con su concepción general del derecho: el *corpus* no consiste en un poder físico sobre la cosa, sino en la exterioridad de la propiedad, es decir, en la

relación exterior que normalmente vincula al titular de un derecho con la cosa que es objeto del mismo.

"Por exterioridad del dominio entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Ese estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente: para las unas, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus mieses en pleno campo; el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc.: todo el mundo los encierra en su casa" ("El Fundamento de la Protección Posesoría", pág. 181). Y añade: "En efecto, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento físico, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral o jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley" (op. cit., pág. 182).

De modo que, en definitiva, la determinación del *corpus* se reduce a un sistema de sentido común, de sensata apreciación en cada caso concreto de acuerdo con el destino económico de las cosas, y no se puede reducir a la aplicación de criterios rígidos como los del "poder físico", la "presencia" o la "custodia" de Savigny. El Código Civil Alemán adoptó como fórmula la del "poder de hecho" sobre la cosa; Ihering criticó esta expresión, pero, como él mismo lo previó, ello fue interpretado con gran amplitud, de acuerdo con la tesis objetiva (G. Wechs, op. cit., pág.). Puede decirse que Ihering acude a un criterio "social" para establecer cuándo una situación dada configura el "corpus possessionis".

7. — *Poseción y tenencia según Ihering.* Frente a un caso dado de *corpus*, cuya existencia se haya establecido de acuerdo con el criterio que acabamos de exponer, señala Ihering con acierto que, exteriormente, no difiere de manera esencial la conducta del que tiene la cosa como dueño y el que la tiene como locatario, depositario, comodatario, usurpador o ladrón. Para averiguar si estamos frente a una posesión (es decir, un *corpus* protegido por acciones posesorias), es necesario conocer la situación jurídica de fondo. Si se acredita que el presunto poseedor en realidad ejercía su poder sobre la cosa a título de depositario, locatario, comodatario, sólo hay tenencia, pues la ley no acuerda protección posesoria directa a los titulares de tales derechos (aunque podría acordarla si así lo decidiera el legislador, como en los códigos modernos, o si los jueces interpretaran la ley en tal sentido). De manera que, en principio, todo *corpus* hace presumir la posesión; sólo la prueba de una causa defensiva (es decir, una relación jurídica excluyente de la posesión) destruye dicha presunción.

Por supuesto, también queda excluida la posesión si se demuestra que el pretendido poseedor era un representante o dependiente actuando en carácter de tal.

Para sintetizar gráficamente la diferencia esencial entre su teoría y la de Savigny, Ihering se vale de fórmulas de tipo algebraico. Designa la posesión con la letra *x* y la tenencia con la *y*; la mera relación de hecho, con la *c*, y el mínimo de voluntad necesario para tener la cosa, con la *a*; el *animus rem sibi habendi*, con la *d*; y, por último, la disposición legal que niega la protección posesoria en ciertos casos, con la *n*.

La fórmula de Savigny sería, entonces, la siguiente:

$$x = c + a + A \quad y = c + a$$

y la de Ihering:

$$x = c + a \quad y = c + a - n$$

Al interpretar estas fórmulas debe tenerse presente que para Ihering la letra *c* no representa el *corpus* en el sentido de la teoría de Savigny, sino la mera relación de hecho entre sujeto y cosa. El *corpus*, que se identifica con la tenencia (*y*), es la suma de *c* y *a*, y es por lo tanto igual a *y* en la primera fórmula. Se ha criticado esta fórmula de Ihering alegando que falsea el pensamiento de Savigny al introducir el factor *a*, que "no sería otra cosa que la 'voluntad', que una mínima voluntad, exigida por la ley, para que el hecho tenga consecuencia jurídica, y en este caso para que el *corpus* sea tal"¹. Y añade el crítico: "Lo sabía Savigny, pues tal pseudo *animus*, voluntad, está sobreentendido en toda su obra"². En verdad, no sólo lo sabía Savigny, sino también Ihering y todo lector atento de las célebres fórmulas; de manera que la crítica se reduce a una cuestión de palabras (o, lo que es menos, de letras), que nada dice ni a favor ni en contra de la teoría de Ihering.

Por eso, no cambia la situación de la fórmula que ofrece Allende, en la cual la letra "c" de Ihering se reemplaza por la "T", que representaría la mera yuxtaposición local. Tan sencilla e intrascendente es la cuestión, que un autor italiano³ simplifica aún más trámite las fórmulas de Ihering, designando con la letra *c* al *corpus pleno*, y con la *a*, el *animus rem sibi habendi* de Savigny. Entonces, para Savigny: $x = a + c$, $y = c$; para Ihering: $x = c$, $y = c - n$.

Cabe señalar que dicho autor italiano no se atribuye ningún

¹ ALEJANDRO, GUILLERMO L.: *La Posesión*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1939, pág. 11.

² *Op. cit.*, pág. 12.

³ D'AVANZO, WALTER: *Il Possesto*, Soc. Ed. Libreria, Milán, 1939, pág. 22.

descubrimiento personal con estas fórmulas, sino que las ofrece como expresión directa del pensamiento de Ihering.

8. — *Defensor de la polémica.* La teoría de Ihering tiene frente a la de Savigny la doble ventaja de simplificar el régimen de la prueba, y de eliminar las "anomalías" que tanto preocupaban a Savigny. En efecto, lejos de exigir la prueba de un inabito *animus possidendi* y de sus modalidades (*animus domini*, posesión derivada), Ihering sostiene que basta acreditar el corpus para que se presuma la posesión, salvo en los casos en que el legislador haya negado la protección posesoria. En tales casos sólo hay tenencia, pero para acreditarlo, el que niega la posesión debe probar la existencia de una causa jurídica de tenencia (*causas detentionis*). De ahí que Ihering elogiara tan calurosamente las presunciones que en materia de posesión consagró el Código Napoleón. No es que Ihering desconozca el indiscutible y esencial papel que cumple la voluntad, el "animus", en todos los asuntos humanos, y particularmente en las relaciones jurídicas. Por el contrario, lo destaca en todas sus obras. Pero al mismo tiempo, desde el punto de vista práctico, los problemas suscitados por la posesión sólo pueden resolverse mediante un sistema de presunciones referidas a hechos objetivos, y no a estados mentales o vivencias psíquicas. No niega Ihering que muchos poseedores tengan *animus domini*, pero niega que esta circunstancia subjetiva pueda tener relevancia directa para decidir, por ejemplo, una acción posesoria o un juicio de usucapión.

Fundamentalmente, la teoría de Ihering rechaza la idea de que tenencia y posesión sean entes metafísicos inmutables, y deja librada la fijación del límite entre una y otra figura a la decisión del legislador y del juez. Traslada la cuestión del plano de las abstracciones al de la realidad concreta. Naturalmente, ello permite extender la protección posesoria a algunos o todos los "simples tenedores", sin que ello implique reconocerles el derecho de adquirir por usucapión. Los códigos que han seguido la orientación de Ihering incluso han desterrado la expresión "tenencia", y hablan sólo de "posesión mediata o inmediata" (Código Alemán) o de "posesión directa o indirecta" (Código Brasileño).

Un entusiasta defensor de Savigny sostiene que las notas aclaratorias de este autor (véase el párrafo 4) amplían el concepto de *animus domini* al punto de que "la posición de Ihering resulta incluida en la concepción de Savigny"⁴. Ahora bien, si el *animus domini* se convierte en un concepto tan amplio que se presume en todos los casos, salvo que se pruebe una *causa detentionis*, ¿no estamos frente a un estéril y vacío ente de razón, que sólo sirve para complicar las cosas? ¿No llega acaso Ihering a idéntico resultado

⁴ ALLANER: Op. cit., pág. 23.

práctico sin necesidad de tan positivo ingrediente? En realidad, Savigny, acosado por sus críticos (o "malos intérpretes", si se quiere), tuvo que despojar al *animus domini* de todo contenido positivo, y por lo tanto de toda utilidad teórica o práctica. Pero en lugar de arrojarlo como un cascarrón vacío, se empeñó en conservarlo, quizá por razones más sentimentales que científicas, con lo cual su teoría se derrumbó frente a los embates de Ihering y otros críticos que señalaron sus contradicciones internas. No entendemos, pues, qué interés teórico o práctico puede haber en resucitar el *animus domini* sobre la base de una nota ambigua, añadida por Savigny al texto de su obra juvenil, y que contradice abiertamente lo esencial de su doctrina.

La posición que adopta el Dr. Allende había sido formulada de manera más rigurosa y clara por el Dr. Novillo Corvalán en su edición actualizada del Tratado de Salvat (Derechos Reales, t. 1, págs. 58/64, Ed. Tea, Buenos Aires, 1951). Se encontrará allí una defensa inteligente de la teoría subjetiva, y algunas críticas sagaces a la teoría objetiva fundadas, en parte, en datos de la realidad social, pero malogrados a nuestro juicio por una interpretación errada del pensamiento de Ihering.

Sea como fuere, lo más valioso de la teoría de Ihering es sin duda su carácter flexible y práctico, adaptable a distintas situaciones y legislaciones. Ya se ponen de manifiesto estas cualidades en su concepto del *corpus*, y se confirman en su criterio de distinción entre posesión y tenencia, eliminando el problema del *animus domini*.

Se ha sostenido que Ihering interpretó mal el pensamiento de Savigny, de suerte que toda su formidable argumentación se habría dirigido contra un fantasma. De ser ello cierto, también Savigny sería responsable del equívoco, por no haberse expresado con suficiente claridad. La imputación alcanzaría a muchos autores posteriores, que coinciden con Ihering en su interpretación de Savigny. A menos que se les hiciera el agravio gratuito de afirmar que conocieron la teoría de Savigny exclusivamente a través de las obras de Ihering.

En el debate entre la teoría subjetiva y la objetiva han terciado muchos autores, a veces con un apasionamiento verdaderamente asombroso. En definitiva, ninguna legislación ni ninguna escuela han aceptado en su integridad la doctrina de Savigny ni la de Ihering, pero es indudable que esta última, pese a las críticas de que ha sido objeto, "se tradujo por un saldo favorable para el derecho...: para asimilar en principio el detentador y el poseedor; para simplificar en gran medida los caracteres de la reglamentación de esta figura jurídica" (Lafaille, t. 1, pág. 129; Biondi, t. 3, pág. 151).

Nosotros pensamos, con un autor brasileño, que "cualquiera

sea el valor teórico del sistema objetivo, está fuera de duda que se inspira en razones de orden social, suficientemente poderosas para justificar la aceptación de sus consecuencias prácticas" (Gomes, Orlando, *Direitos Reais*, p. 38, Forense, Rio de Janeiro, 1958).

Opinamos, igualmente, que nuestro Código Civil debe ser interpretado conforme a lo que resulta de su propio texto y de acuerdo a los métodos modernos de interpretación. Por lo tanto, consideramos teoría bizantina y estéril la de analizar si Vélez Sarsfield siguió la tesis de Savigny a conciencia y en toda su pureza. El intérprete, apoyándose en la ley, naturalmente, debe tratar de que las soluciones sean las que mejor respondan al estado actual de nuestra sociedad.

Se ha teorizado en exceso y se ha gastado lamentablemente un extraordinario esfuerzo mental en la interpretación de textos, incluso de textos que ya no tienen vigencia. Algunas legisladoras comprendieron que el locatario, por ejemplo, necesitaba ser protegido lo mismo que el usufructuario, mediante acciones sumarias sin necesidad de tener que llamar en su defensa al locador. La obra de Savigny y de los que siguieron su escuela retardó el progreso que en ese terreno ya se había alcanzado en algunas legislaciones, hasta que el Código Alemán (y luego el Suizo, el Brasileño y otros), definitivamente impuso la protección posesoria de aquellos que tienen una cosa fundados en un derecho personal.

Resuenan aún los ecos de la polémica. Mas parece que es hora de apagar definitivamente esos ecos; problemas más graves, en nuestra época, exigen prepotentemente la atención activa y vigilante de todos los juristas del mundo.

TEXTOS

TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO SUSCRITOS EN MONTEVIDEO
EN 1889 Y 1940

IV. — TRATADO DE DERECHO COMERCIAL TERRESTRE INTERNACIONAL

TEXTO DE 1889

Título I

De los actos de comercio y de los comerciantes

Art. 1. — Los actos jurídicos serán considerados civiles o comerciales con arreglo a la ley del país en que se efectúan.

Art. 2. — El carácter de comerciante de las personas se determina por la ley del país en el cual tienen el asiento de sus negocios.

Art. 3. — Los comerciantes y agentes auxiliares del comercio están sujetos a

TEXTO DE 1940

Título I

De los hechos, de los actos de comercio y de los comerciantes

Art. 1. — Los hechos y los actos jurídicos serán considerados civiles o comerciales, con arreglo a la ley del Estado en donde se realizan.

Art. 2. — La calidad de comerciante atribuida a las personas se determina por la ley del Estado en el cual tienen su domicilio comercial. La inscripción y sus efectos, se rigen por la ley del Estado en donde aquella es exigida.

Art. 3. — Domicilio comercial es el lugar en donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios.

Si constituyen, sin embargo, en otro u otros Estados, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen.

Art. 4. — Los comerciantes y agentes auxiliares de comercio están sujetos,

las leyes comerciales del país en que ejercen su profesión.

en cuanto a las actividades inherentes a sus profesiones, a las leyes del lugar en donde las ejercen.

Art. 5. — Los libros de comercio, en cuanto a su clase, número y formalidades, se rigen por la ley del lugar en donde se impone la obligación de llevarlos. La misma ley rige la obligación de exhibirlos.

La ley que rige el acto que se quiere probar, determina la admisibilidad como medio de prueba y el valor probatorio de los libros de comercio.

La forma y el modo de exhibición quedarán sujetos a la ley del país que interviene en dicha exhibición.

TÍTULO II

De las sociedades

Art. 4. — El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial.

Art. 5. — Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se rigen por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales.

TÍTULO II

De las sociedades

Art. 6. — La ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad.

Los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración.

Las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determina cada Estado.

Art. 7. — El contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios; entre éstos y la sociedad; y entre la misma y terceros, se rigen por la ley del Estado en donde la sociedad tiene domicilio comercial.

Art. 8. — Las sociedades mercantiles se rigen por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio.

Mas, para el ejercicio habitual de los

Más para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos.

Art. 6. — Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen.

Art. 7. — Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios o que inicien los terceros contra la sociedad.

Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último.

actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cual intenten realizarlos.

Los representantes de dichas sociedades contraen para con terceros las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales.

Art. 9. — Las sociedades o cooperativas constituidas en un Estado, bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer, en este último, actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales.

Art. 10. — Las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales se rigen por la ley del Estado en donde sus emisiones o negociaciones se llevan a efecto.

Art. 11. — Los jueces del Estado en donde la sociedad tiene su domicilio son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales, o que inicien los terceros contra la sociedad.

Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del segundo.

TÍTULO III

De los seguros terrestres, marítimos y sobre la vida

Art. 8. — Los contratos de seguros terrestres y de transporte por ríos o aguas interiores, se rigen por la ley del país en que está situado el bien objeto del seguro, en la época de su celebración.

Art. 9. — (Tratado de la Navegación).

Art. 10. — Son competentes para conocer de las reclamaciones que se deduzcan contra las sociedades de seguros, los tribunales del país en que dichas sociedades tienen su domicilio legal.

Si esas sociedades tienen constituidas sucursales en otros Estados, regirá lo dispuesto en el artículo 4º.

(Los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 han sido trasladados al Tratado de la Navegación Comercial).

TÍTULO III

De los seguros

Art. 12. — Los contratos de seguros terrestres se rigen por la ley del Estado en donde están situados los bienes objeto del seguro en la época de su celebración, y los de seguros sobre la vida por la del Estado en el cual está domiciliada la compañía aseguradora o sus sucursales o agencias.

Art. 13. — Son jueces competentes para conocer de las acciones que se deduzcan en materia de seguros terrestres o sobre la vida, los del Estado que rige por sus leyes dichos contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior; o bien, a opción del demandante, los del Estado del domicilio de los aseguradores, o, en su caso, de sus sucursales o agencias, o los del domicilio de los asegurados.

TÍTULO IV

Del transporte terrestre y mixto

Art. 14. — El contrato de transporte de mercaderías que deba ejecutarse en varios Estados se rige, en cuanto a su forma, a sus efectos y a la naturaleza de las obligaciones de los contratantes, por la ley del lugar de su celebración. Si debe ejecutarse dentro del territorio de un solo Estado, lo será por la ley de este Estado. La ley del Estado en donde se entrega o debió entregarse la carga al consignatario, rige todo lo concerniente al cumplimiento y a la forma de

ejecución de las obligaciones relativas a dicha entrega.

Art. 15. — Regístrate único el contrato de transporte internacional por servicios acumulativos cuando se celebre mediante la expedición de carta de porte única y directa, aunque el transporte se realice mediante la intervención de empresas de diferentes Estados.

La presente disposición se extiende al transporte mixto, por tierra, agua o aire.

Art. 16. — La acción fundada en el transporte internacional, por servicios acumulativos, podrá ser intentada, a elección del actor, contra el primer porteador con quien el cargador contrató, o contra el que recibió en último término los efectos para ser entregados al consignatario.

Dicha acción se ejercitará, a opción del demandante, ante los jueces del lugar de la partida, o del destino, o de cualquiera de los lugares del tránsito en donde haya un representante del porteador demandado.

Quedan a salvo las acciones de los diferentes porteadores entre sí.

Art. 17. — El contrato de transporte de personas por los territorios de varios Estados, celebrados por una sola empresa o por servicios acumulativos, se rige por la ley del Estado del destino del pasajero.

Serán jueces competentes los de este mismo Estado o los de aquel en el cual se celebró el contrato, a opción del actor.

Art. 18. — Se rige por las reglas sobre transporte de mercancías el del equipaje que, habiendo sido registrado en documento especial expedido por el porteador o comisionista, no se llevado consigo por el pasajero en el sitio que le fue asignado para el viaje.

El equipaje que el pasajero lleva consigo, sin haber sido registrado, se rige por la ley aplicable al transporte de persona.

TÍTULO V

De la prenda concurral

Art. 19. — La ley que rige el contrato de prenda, decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y requisitos se regulan por la ley del lugar de su celebración. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

Art. 20. — Los derechos y las obligaciones de los contratantes con relación a la cosa dada en prenda, con desplazamiento o sin él, se rigen por la ley de su situación en el momento de la constitución de la prenda.

Art. 21. — El cambio de situación de la cosa dada en prenda no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del Estado en donde aquella fue constituida; pero para la conservación de esos derechos, deberán llenarse las condiciones de forma y de fondo exigidas por la ley del Estado de su nueva situación.

Art. 22. — En el caso del artículo anterior, el derecho de los terceros de buena fe, respecto de la cosa dada en prenda, se regula por la ley del Estado de la nueva situación.

TÍTULO IX

De las Letras de cambio

Art. 26. — La forma del giro, del endoso, de la aceptación y del protesto de una letra de cambio, se sujetará a la

TÍTULO VI

De las letras de cambio y demás papeles a la orden

Art. 23. — La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del

ley del lugar en que respectivamente se realizan dichos actos.

protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos en materia de letra de cambio, se ajustará a la ley del Estado en cuyo territorio se realicen dichos actos.

Art. 24. — Si las obligaciones contraídas en una letra de cambio no son válidas según la ley a que se refiere el artículo precedente, pero se ajustan a la ley del Estado en donde una obligación ulterior ha sido suscrita, la irregularidad en la forma de aquella no afecta la validez de tal obligación.

Art. 25. — Las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y el beneficiario, se regirán por la ley del lugar en que la letra ha sido girada; las que resultan entre el girador y aquel a cuyo cargo se ha hecho el giro, le serán por la ley del domicilio de este último.

Art. 26. — Las relaciones jurídicas que resultan entre el girador y el beneficiario respecto del giro de una letra, se regirán por la ley del lugar en que aquella ha sido girada; las que resultan entre el girador y la persona a cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del lugar en donde la aceptación debió verificarse.

Art. 27. — Las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación.

Art. 28. — Las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en donde se ha efectuado la aceptación.

Art. 29. — Los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en que la letra ha sido negociada o endosada.

Art. 30. — Los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en donde la letra ha sido negociada o endosada.

Art. 31. — La mayor o menor extensión de las obligaciones de los respectivos endosantes no altera los derechos que primitivamente han adquirido el girador y el aceptante.

Art. 32. — El aval se rige por la ley aplicable a la obligación garantida.

Art. 33. — Los efectos jurídicos de

Art. 34. — Los efectos jurídicos de la

la aceptación por intervención, se registrará por la ley del lugar en que el tercero interviene.

aceptación por intervención se registrará por la ley del Estado en donde el tercero interviene.

Art. 29. — El plazo para el ejercicio de la acción de recambio, se determina para todos los signatarios de la letra, por la ley del Estado en cuyo territorio se ha creado el título.

Art. 30. — La letra de cambio girada en moneda sin curso legal en el Estado en donde se cobra, será satisfecha en la moneda de ese Estado al cambio del día del vencimiento.

Si el deudor se encuentra en mora, el portador puede, a su elección, exigir que el importe de la letra sea pagado al cambio del día del vencimiento o al del día del pago.

Si el monto de la letra se determina en una moneda que tiene la misma denominación pero valor diferente en el Estado de su emisión y en el lugar del pago, se presume que se ha referido a la moneda de este último.

La ley del lugar del pago determina las demás condiciones y circunstancias del mismo, tales como vencimientos en día de fiesta, plazo de gracia, etc.

Art. 31. — La ley del Estado en donde la letra debe ser pagada, determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, de extravío, de destrucción o de inutilización material del documento.

Art. 32. — Las disposiciones de este título rigen para los vales, billetes, o pagarés de comercio, en cuanto les sean aplicables.

Art. 32. — Las disposiciones del presente título rigen en cuanto sean aplicables, para los vales, billetes y demás papeles a la orden.

Art. 33. — Las disposiciones del presente título rigen también para los cheques con las siguientes modificaciones:

La ley del Estado en que el cheque debe pagarse determina:

1º) El término de presentación.

2º) Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado y los efectos de esas operaciones.

3º) Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza.

4º) Los derechos del girador para revocar el cheque o oponerse al pago.

5º) La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados.

6º) Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque.

Art. 34. — Los derechos y la validez de las obligaciones originados por la letra de cambio, los cheques y demás papeles a la orden o al portador, no están subordinados a la observancia de las disposiciones de las leyes sobre el impuesto de timbre. Empero, las leyes de los Estados contratantes pueden suspender el ejercicio de esos derechos hasta el pago del impuesto y de las multas en que se haya incurrido.

Art. 34. — Las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, se ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en la fecha en que se obligaron, o del que tengan en el momento de la demanda.

Art. 35. — Las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, un cheque u otro papel a la orden o al portador, se ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en las fechas en que se obligaron, o de aquel que tengan en el momento de la demanda.

TÍTULO VII

De los títulos y papeles al portador

Art. 36. — Las formalidades y los efectos jurídicos de los títulos y papeles

al portador, se rigen por la ley vigente del Estado de su emisión.

Art. 37. — La transcripción de los títulos y papeles al portador se regula por la ley del Estado en donde el acto se realice.

Art. 38. — Las formalidades y los requisitos que deben observarse, así como los efectos jurídicos que resultan en los casos previstos en el art. 31, quedan sometidos a la ley del domicilio del deudor, pudiendo también hacerse la publicidad en los otros Estados contratantes.

Art. 39. — En los casos del artículo 31, el derecho del tercer poseedor sobre los títulos o papeles de comercio, se regula por la ley del Estado en donde adquirió la posesión.

TÍTULO X

De las Falencias

Art. 35. — Son jueces competentes para conocer de los juicios de quiebras los del domicilio comercial del fallido, aun cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra Nación, o mantenga en ella agencias o sucursales que obran por cuenta y responsabilidad de la casa principal.

Art. 36. — Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas los tribunales de sus respectivos domicilios.

Art. 37. — Declarada la quiebra en un país en el caso del artículo anterior,

TÍTULO VIII

De las quiebras

Art. 40. — Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practique accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obran por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal.

Art. 41. — Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios.

Art. 42. — La declaración de quiebra y demás actos concernientes a ella, cupo

las medidas preventivas dictadas en ese juicio, se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados, sin perjuicio del derecho que los artículos siguientes conceden a los acreedores locales.

Art. 38. — Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez autorizado hará publicar por el término de sesenta días antes en que dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas preventivas que se han dictado.

Art. 39. — Los acreedores locales podrán, dentro del plazo fijado en el artículo anterior, a contar desde el día siguiente a la publicación de los avisos, promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado, o concursarlo civilmente, si no procediere la declaración de quiebra.

En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en que radican.

publicación está prescrita por las leyes del Estado en donde la quiebra ha sido declarada, se publicarán en los Estados en donde existan agencias, consulares o establecimientos del fallido, sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales.

Art. 41. — Declarada la quiebra en un Estado, las medidas preventivas de seguridad y conservación dictadas en el respectivo juicio se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales.

Art. 44. — Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez autorizado hará publicar durante 30 días en los lugares donde el fallido posea bienes, avisos en los cuales se dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas que se hubieren dictado.

Art. 45. — Los acreedores locales podrán, dentro del término de 60 días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado, un nuevo juicio de quiebra contra el fallido, o concursarlo civilmente si no procediere la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo, se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 43, de lo dispuesto en el artículo 47 de este título y de las que

Art. 40. — Entiéndase por acreedores locales, que corresponden al concurso abierto en un país, aquellos cuyos créditos deban satisfacerse en el mismo.

Art. 41. — Cuando proceda la pluralidad de juicios de quiebra o concursos, según lo establecido en este Título, el sobrante que resultare a favor del fallido en un Estado será puesto a disposición de los acreedores del otro, debiendo entenderse con tal objeto los juicios respectivos.

Art. 42. — En el caso en que se siga un solo juicio de quiebra, porque así correspondiera, según lo dispuesto en el artículo 35, o porque los dueños de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el artículo 39 todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos ante el juez o tribunal que ha declarado la quiebra.

Art. 43. — Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios anteriores a la declaración de la misma, podrán ejercer sus derechos ante los tribunales del país en que están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

Art. 44. — Los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la celebra-

ción que pueden formular los acreedores o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Art. 45. — Entiéndase por acreedores locales que corresponden a la quiebra declarada en un Estado, aquellos cuyos créditos deban satisfacerse en dicho Estado.

Art. 47. — Cuando proceda la pluralidad de los juicios de quiebra, según lo establecido en este título, el sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro, debiendo entenderse con tal objeto los juicios respectivos.

Art. 48. — En el caso de que se siga un solo juicio de quiebra, porque así correspondiera según lo dispuesto en el artículo 40, o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que le concede el artículo 45, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal del Estado que ha declarado la quiebra.

En este caso, los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización.

Art. 50. — Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios o prendarios, anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

ción de ésta, se respetarán, aun en el caso en que los bienes sobre que recae el privilegio se transporten a otro territorio y exista en él, contra el mismo fallido, un juicio de quiebra o formación de concurso civil. Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá efecto cuando la traslación de los bienes se haya realizado dentro del plazo de la suspensión de la quiebra.

Art. 45. — La autoridad de los síndicos o representantes legales de la quiebra, será reconocida en todos los Estados, si la fuese por la ley del país en cuyo territorio radica el concurso al cual representan, debiendo ser admitidos en todas partes a ejercer las funciones que les sean concedidas por dicha ley y por el presente Tratado.

Art. 46. — En el caso de pluralidad de concursos, el tribunal en cuya jurisdicción reside el fallido, será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que lo afectan personalmente.

Art. 47. — La rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que en le sigan.

Art. 48. — La autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados contratantes.

Pueden tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fué declarada la quiebra; pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación.

Art. 51. — Cuando exista pluralidad de juicios de quiebra, los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra, concurso civil u otro procedimiento análogo, concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiere prevenido.

Art. 52. — En el caso de pluralidad de quiebras, el juez o tribunal en cuya jurisdicción esté domiciliado el fallido será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que lo conciernan personalmente.

Art. 48. — Las estipulaciones de este Tratado en materia de quiebras se aplicarán a las sociedades anónimas, cualquiera que sea la forma de liquidación que para dichos sociedades establezcan los Estados Contratantes, en el caso de suspensión de pagos.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 49. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las Naciones signatarias. La que lo aprueba lo comunicará a los Gobiernos de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina para que lo hagan saber a las demás Naciones Contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 50. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 51. — Si alguna de las Naciones signatarias creyere conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás, pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 52. — El artículo 49 es extensivo a las Naciones que, no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

Art. 53. — Las reglas referentes a la quiebra serán aplicables, en cuanto correspondiere, a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas contenidas en las leyes de los Estados contratantes.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 54. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todos los Estados contratantes. El que lo aprueba, lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay a fin de que lo haga saber a los demás Estados. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 55. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto entre los Estados que hubieren llenado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve.

Art. 56. — Si alguna de los Estados contratantes creyere conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás, pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en el que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 57. — El artículo 54 es extensivo a los Estados que, sin haber concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios firman el presente Tratado en Monte-

vido, a los diecisiete días del mes de
de marzo de 1940 (*).

R E S E R V A S

*De la delegación de los Estados Unidos
del Brasil*

La Delegación del Brasil firma el presente Tratado con la declaración de que lo dispuesto en el artículo 43 se aplica en los casos de los artículos 40 y 41.

De la Delegación de Colombia

La Delegación de Colombia suscribe el presente Tratado interpretando sus estipulaciones con toda amplitud, es decir, en el sentido de que su espíritu armoniza con el precepto constitucional que rige en su país respecto de que la capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinan por la ley colombiana.

NOTAS Y COMENTARIOS

LAS ESENCIAS Y LOS JUICIOS ESENCIALES EN LA FILOSOFÍA DE HUSSERL

Por
EUGENIO BULYGIN

Profesor Adjunto Interino de Filosofía del Derecho

I.- INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

La primera obra fundamental de Husserl, "Investigaciones Lógicas" (1900/01), produjo un fuerte impacto en la filosofía de su época. Por razones especiales fue casi el único libro de Husserl que ejerció una amplia influencia histórico-filosófica. Su aparición suscitó las reacciones más disparas: unos saludaban entusiastamente el advenimiento de una nueva filosofía esencialista de corte realista, otros veían en la flamante fenomenología un nuevo brote de la escolástica (Cohen) o la tachaban de neoplatonismo, sobre todo en lo referente a la doctrina sobre la intuición de esencias (Wesensschau). Sin embargo, casi todas las interpretaciones coincidían en un punto: el esencialismo objetivo de la fenomenología. Como ilustración de esta tesis (que ha perdurado incluso hasta nuestros días), transcribiremos la caracterización de las esencias expuesta por E. Pucciarelli en su ponencia al VI Congreso Interamericano de Filosofía, Buenos Aires, 1959¹:

"A la descripción empírica opone Husserl la descripción eidética, fundándose en que la experiencia presenta un estrato sensible y un estrato intelectual. La intuición que se apoya en el primero no se detiene en él. De otro modo el conocimiento sería asertórico y su validez contingente. Para evitarlo "pone entre paréntesis" la existencia fáctica del hecho empírico y penetra hasta la esencia. Sólo intuición de la esencia puede proporcionar un conocimiento apodéctico. La esencia recoge las notas fundamentales y permite su explicitación sistemática en enunciados de validez universal... Las esencias son objetivas: no son creaciones arbitrarias de la inteligencia o de la fantasía del sujeto cognoscente. Son unidades objetivas de significación, de carácter ideal. Constituyen la estructura fundamental del objeto, todo lo que "se da" necer-

¹ EUGENIO PUCCIARELLI: *La idea de la filosofía de Husserl*. Los subrayados son nuestros.

ariamente en el fenómeno; el conjunto de predicados que no podría alterarse sin suprimir el objeto mismo. Si con la imaginación hacemos "variar" ese conjunto, llegará un momento en que alcanzamos la conciencia de la imposibilidad de seguir variando, a menos de suprimir el objeto. Esta "conciencia de imposibilidad" revela la esencia, es decir, el "invariante" que permanece idéntico a través de la prueba. Las esencias existen en el plano de lo ideal e intemporal y se caracterizan por su universalidad. . . .

El conocimiento de las esencias se puede expresar mediante conceptos, y como aquéllas son puras posibilidades, anteriores a la realidad de que se ocupa la ciencia empírica, resulta que la ciencia eidética es a priori y sus enunciados son apodícticos".

Sin entrar a discutir el valor y la fidelidad de esta interpretación, no se puede negar que representa un punto de vista bastante difundido, en especial entre nosotros. En su apoyo pueden citarse muchos textos: "Investigaciones Lógicas", "Filosofía como ciencia rigurosa" e incluso Ideas I. Nos interesa destacar dos puntos:

1) La objetividad de las esencias, que parece consistir en su independencia del sujeto ("...no son creaciones arbitrarias. . ."), y la definición de ellas como estructura fundamental del objeto, de la cual se desprende que los objetos tienen ciertas propiedades accidentales y otras esenciales, sin las cuales dejan de ser. Esta concepción implica un supuesto ingenuamente realista: las cosas se clasifican según ciertas notas; sin la nota tomada por esencial, o sea, puesta como base de la clasificación, la cosa parece ser otra. Pero el problema subsiste: ¿Por qué se adoptan como criterios de clasificación tales o cuales notas? Es evidente que no hay razones objetivas para preferir unas notas a las otras. Puesto frente a un mismo objeto puede considerarse libremente como "esencial" su ser libro, su ser de papel o su forma rectangular, etc., y este mismo objeto "realizarse", según los casos, la esencia libro, papel o rectángulo. El momento determinante en la formación de las esencias no es el ser objetivo de las cosas, sino el interés subjetivo del cognoscente. Las esencias son "subjetivas" y "arbitrarias", en el sentido de que el sujeto puede elegir arbitrariamente sus notas determinantes.

2) Las esencias proporcionan conocimientos acerca de la realidad que son anteriores e incluso prescriptivos para la experiencia, es decir, conocimientos sintéticos a priori. Disentimos también en este punto: en nuestra opinión no es posible un conocimiento a priori de la realidad y la aprioridad de los juicios esenciales es analítica. Sin perjuicio de lo que Husserl haya pensado al respecto en su primera época, creemos que tal es su pensamiento en "Experiencia y Juicio" (E. U.), que por ser la obra más explícita de las que Husserl ha dedicado a este tema, servirá de base para la presente investigación, cuyos resultados son los siguientes:

1) Desde el punto de vista genético, las esencias como todo objeto del entendimiento se constituyen sobre el fundamento de la experiencia sensible (en decir, a posteriori) y, por lo tanto, la intuición eidética no puede proporcionar conocimiento sintético a priori de la realidad.

2) Desde el punto de vista lógico los juicios esenciales (basados en la intuición eidética) son analíticos, dado que no hacen más que explicitar el contenido de las esencias ya constituidas; de ahí su aprioridad y necesidad. La variación es un método de análisis conceptual.

Para demostrar esta tesis será necesario recorrer un largo camino: comenzando por el estudio de la naturaleza y la constitución de los objetos categoriales más simples, nos remontaremos a la constitución de las generalidades empíricas y, por último, a la de las generalidades puras o esencias, siguiendo el orden desarrollado en "Experiencia y Juicio".

Dejamos abierta la cuestión si el punto de vista de Husserl sobre las esencias tal como está expuesto en "Experiencia y Juicio" constituye un cambio radical con respecto a sus primeras obras, o representa tan sólo un desarrollo clarificador, a la luz del cual se disipan algunas ambigüedades que han dado pauta a interpretaciones como la que hemos transcrito. Si bien Husserl nunca reconoció públicamente un cambio radical en su concepción de esencias, es muy significativo el hecho de que la problemática esencial pasa a ocupar un lugar muy modesto en sus últimas obras (F. T. L., C. M. y Krisis). Por nuestra parte creemos que la interpretación de la fenomenología como esencialismo objetivo se debe en gran medida a la insuficiente difusión de las 5ª y 6ª Investigaciones Lógicas, que permanecieron prácticamente ignoradas, en contraste con los Prolegómenos, ampliamente conocidos. Lo mismo puede decirse con respecto a "Experiencia y Juicio", que sólo fue publicado en alemán. El orden de verdades ideales como inseparable del orden real y la fundamentación de los objetos categoriales en la sensibilidad se encuentran ya en la base del pensamiento husserliano de la 6ª Investigación. Dice A. de Wailhens, al referirse precisamente a esta época:

"Husserl... jamás ha pensado, por confusas e inciertas que sean todavía en este estado de su historia, algunos puntos de su doctrina, en separar lo real de lo ideal, en profesar una forma cualquiera de platonismo... Su filosofía no ha abandonado jamás la pretensión de ser empirista (en el sentido que él da a este término), y desde su primer período se esboza la tesis, según la cual no hay juicio que no esté fundado en la experiencia pre-predicativas"³.

³ A. de WAILHENS: *Phénoménologie et idéalité*, P.U.F., París, 1953, págs. 9 y 12.

II. — OBJETOS CATEGORIALES E INTUICIÓN CATEGORIAL

Husserl parte de dos distinciones fundamentales: la distinción entre los objetos reales y los objetos categoriales, y —correlativamente— entre intuición sensible e intuición categorial.

El objeto real se da en la experiencia sensible como unidad espacio-temporal; sus propiedades se conciben como momentos independientes (parte) o no independientes, de un todo intuitivo. El acto de la percepción sensible, a pesar de ser ya una forma de actividad concienzial, se presenta frente al objeto como fundamentalmente pasivo-receptivo. Las objetividades categoriales (situaciones objetivas —*Sachverhalte*—, sujetos, predicados, conjuntos, relaciones, etc.) son, por el contrario, productos ideales de las operaciones (*Leistungen*) sintéticas del yo, esencialmente activas. La actividad categorial (el predicar, el contar, el ordenar) confiere a los objetos dados en la intuición sensible —que funcionan como sustratos materiales— una forma categorial que, sin embargo, no afecta para nada sus propiedades reales².

Afirmar que las objetividades categoriales (Husserl habla indistintamente de objetividades categoriales [L. U.], sintácticas [Ideas I] o del entendimiento [E. U.]) son de una clase distinta de los objetos sensibles implica la necesidad de caracterizar con mayor precisión las respectivas diferencias.

Un objeto real se da como existente de antemano (*vorgegeben*), la percepción está determinada por los datos, es mera receptividad. Los objetos categoriales son productos de la actividad voluntaria; se originan en la actividad sintética del yo.

En segundo término, un objeto sensible se da en apariciones, en esbozos o matices; nunca se da el objeto mismo, sino tan sólo un aspecto de él. El objeto es justamente la unidad sintética de un sistema de apariciones³. Por el contrario, el producto de las operaciones predicativas es el objeto categorial mismo y no su aparición⁴.

Pero el carácter distintivo más importante es la diferencia de su temporalidad. Los objetos reales se dan en apariciones; éstas son vivencias, insertadas en el flujo de la conciencia, que poseen una duración en el tiempo incesante. El objeto intencional del cual estas vivencias son apariciones tiene su temporalidad propia, que en la temporalidad objetiva del mundo real. Tenemos que distinguir, pues, el tiempo de la percepción del tiempo del objeto. El objeto sigue durando, aunque yo deje de percibirlo. En el tiempo objetivo el objeto real tiene su duración propia y es precisamente esta propiedad —la de tener duración en el tiempo— la que lo individualiza, lo convierte en objeto individual. La duración del ob-

² Cf. Husserl, *Arbeits II. Zur ontologischen und transzendentenphilosophischen Begründung der Logik*, Buenos Aires, 1935.

³ *Ibid.* I, § 41.

⁴ E. U., p. 302.

objeto real es continua: un objeto puede identificarse como el mismo, a pesar de aparecer en dos tiempos diferentes, sólo si su duración continúa ininterrumpida a través del tiempo que separa los dos momentos.

También los objetos categoriales se dan en cierto tiempo; son productos de la actividad del yo, que se constituyen en un acto temporal: por ej. el acto de jugar. El tiempo inmanente es la forma de darse de todos los objetos, sean éstos sensibles o categoriales. Pero el objeto categorial no posee una duración en el tiempo objetivo; aunque se da originariamente en un acto temporal, no tiene una situación temporal propia, es decir, carece de diferenciación temporal. Una proposición no se individualiza, es siempre la misma proposición; un juicio emitido en tiempos diferentes, por personas diferentes, sigue siendo el mismo juicio, hay aquí una identificación absoluta; por tanto, los objetos categoriales "no están en ninguna parte y están en todas"; en una palabra, son irreales o ideales. Esta supratemporalidad de los objetos del entendimiento no significa otra cosa que la omnitemporalidad: estos objetos pueden hacerse presente en todo tiempo. Mientras que un objeto real tiene "su" tiempo y "su" duración, un objeto irreal es omnitemporal y la omnitemporalidad es un modo de la temporalidad. De manera que también en los objetos ideales podemos distinguir el tiempo de darse (tiempo inmanente de la conciencia) y el tiempo del objeto mismo: la omnitemporalidad. Los distintos modos de la temporalización determinan las distintas formas de objetividad: los objetos reales y los ideales ⁶.

* * *

Correlativamente con la distinción de objetos, Husserl distingue entre la intuición sensible y la categorial ⁷. Por intuición Husserl no entiende una afección del yo por algo externo, sino una relación puramente inmanente: es el modo de darse de un objeto, sin que se prejuzgue nada sobre la categoría óptica del mismo. Todo objeto, sea real o ideal, una piedra, un triángulo, una alegría, un acontecimiento histórico, todos pueden convertirse en objetos de un correspondiente acto de intuición. La intuición es originaria cuando el objeto se da en evidencia, como presente, con mismidad, en oposición a la mera re-presentación o presentificación (Vergewärtigung), operación por la cual nos hacemos presente un objeto que no lo es (recuerdo, fantasía, imagen).

Las objetividades categoriales, en especial todas las determinaciones lógicas, sólo pueden aprehenderse en la intuición categorial: como productos de la actividad categorial de la conciencia, ellas no poseen una dimensión real, carecen de toda significación para el mundo dado en la mera experiencia sensible ⁸.

⁶ E. U., §§ 63/64.

⁷ E. U., 6^a Investigación, § 45.

Mientras que la intuición sensible se caracteriza como simple, lo cual quiere decir que el objeto sensible se da inmediatamente en un acto que no tiene necesidad de otros actos, la intuición categorial aparece como necesariamente fundada en otras intuiciones, precisamente en las sensibles. Esto significa que la intuición categorial presupone como previa una intuición sensible y se funda en ella. Para formular el juicio "este libro es verde", tengo que ver primero el libro mismo. La situación objetiva (el ser verde del libro) se constituye sobre el fundamento de los datos sensibles. Un juicio formulado sin la presencia del libro verde permanecerá en el plano meramente verbal, será un juicio oscuro, alejado de la "cosa misma". Mas hay que tener cuidado: la "cosa misma" del juicio no es el libro percibido (objeto real), sino justamente la situación objetiva enjuiciada por el juicio (el objeto categorial). Este objeto categorial se da originariamente tan sólo sobre el fundamento de una intuición sensible. En este sentido es un objeto de orden superior y, en tanto que se erige sobre lo sensible, se lo puede llamar "supra-sensible".⁹

* * *

La distinción entre los objetos de la sensibilidad y del entendimiento, y la noción de fundamentación, permiten a Husserl dar una nueva solución a uno de los problemas capitales de la filosofía moderna: la relación de lo sensible con lo inteligible.

La tarea histórica de Kant fue señalar límites a la razón humana, mostrando la vacuidad del pensar puramente especulativo, alejado de la experiencia. Los conceptos nos permiten pensar, pero no conocer; un conocimiento efectivo y, por lo tanto, ciencia, sólo es posible dentro de los límites de la experiencia. Con ello Kant no sólo derribó los grandes edificios de la metafísica racionalista, sino, a la vez, señaló el papel preponderante que desempeña la experiencia en el conocimiento. A la Lógica Transcendental precede la Estética: el entendimiento está condicionado por la sensibilidad. Mas aquí se plantea un difícil problema: ¿Cómo justificar la objetividad de la ciencia? ¿Cómo pueden de una experiencia "hic et nunc" derivarse leyes necesarias y verdades universales? ¿Cómo es posible que la realidad dada en la percepción concuerde con los juicios formulados por la ciencia?

Kant resuelve este problema subordinando la sensibilidad a las categorías lógicas del entendimiento: determinando éstas como conceptos puros a priori las condiciones de posibilidad del objeto en general, es decir, del objeto de toda experiencia posible, una

⁹ L. U., 6ª Investigación, § 64; *Recurso*: Op. cit., p. 33.

¹⁰ *Cfr.* L. U., 6ª Investigación, § 45; *TRASCENDENTAL: PHÄNOMENOLOGIE ET MÉTHODES DIALECTIQUES*, ed. Minuit-Tan, París, 1931.

¹¹ KANT: *Erstlich der reinen Vernunft*, B 161 (y 28 de la Deducción Transcendental).

experiencia no conforme a las categorías, no sería experiencia de un objeto, por tanto, no tendría sentido hablar de experiencia.

"Por consecuencia, toda síntesis por la cual la percepción misma es posible está sujeta a las categorías; y como la experiencia es un conocimiento por percepciones entrelazadas, las categorías son las condiciones de la posibilidad de la experiencia, y valen, por consiguiente, a priori para todos los objetos empíricos"¹⁰.

De modo que la síntesis conceptual (como unidad del entendimiento) prescribe las reglas a la síntesis intuitiva, que al nivel de la sensibilidad constituye los objetos de la percepción. Antes de la acción del entendimiento, en la pura sensibilidad, no tenemos objetos, sino solamente una multiplicidad temporal. De esta manera, pese a la restricción del entendimiento al uso empírico, éste conserva su predominio sobre la sensibilidad: la autonomía de la Estética Transcendental queda suprimida, pues el sentido de la objetividad es absorbido por las condiciones lógicas del conocimiento.

Husserl señala la falta de distinción entre los objetos sensibles y los categoriales, que permite a Kant asegurar la necesaria concordancia entre la síntesis intuitiva y la conceptual, y la ambigüedad de la noción de "objeto de toda experiencia posible". Este objeto, ¿es un objeto sensible o categorial? Es evidente que Kant está pensando aquí en el objeto categorial, pero luego extiende los resultados a los objetos de la intuición sensible, aprovechando la ambigüedad de su terminología. El análisis fenomenológico aclara esta confusión: la distinción entre los objetos sensibles y categoriales señala la oposición entre los dominios de la sensibilidad y el entendimiento: lo que vale para los objetos ideales no puede aplicarse a los que se dan en la experiencia, con su singularidad espacio-temporal; al mismo tiempo, la noción de fundamentación permite explicar la conexión existente entre ambos: la evidencia categorial está fundada por la evidencia sensible, el objeto categorial se constituye sobre el fundamento de la experiencia¹¹.

* * *

Si la actividad categorial significara una transformación real del objeto sensible en una objetividad nueva, entonces el conocimiento, en vez de ser una aprehensión objetiva de lo dado, importaría una modificación y, por tanto, falsificación de la realidad. Si por el contrario, la actividad categorial, como hemos dicho, no afecta al objeto sensible, aparece el problema de la relación de las categorías con los objetos reales. La validez de este "velo ideal

¹⁰ *Trans-Acto-Trans*: Op. cit., § 5 y § 12.

¹¹ La derivación de las estructuras fundamentales del juicio a partir de la experiencia sensible, que Husserl emprende en esta obra —una de las pocas que no se reducen a presentación de "programas"— es un intento muy valioso, aunque limitado a las formas clásicas del juicio "S es P", de mostrar efectivamente la génesis de las categorías lógicas.

echado sobre el mundo de la intuición y experiencia inmediatas" (E. U., p. 42) se fundamenta mostrando cómo las categorías se originan en la experiencia pre-predicativa, tarea a la que Husserl dedica su "Experiencia y Juicio"¹³.

En la experiencia pre-predicativa las cosas se dan como unidades espacio-temporales, cuya génesis reenvía al complejo de apariciones o esbozos. La percepción se desarrolla como una serie de síntesis de identificación en que cada aparición es ligada a las anteriores como aparición de la misma cosa. Cada una de ellas es continuación de la precedente, que permanece todavía co-presente en la retención. La receptividad y la actividad del yo no son conceptos antagónicos; al contrario, la receptividad es el grado inferior de la actividad "yóica". Dentro de la experiencia receptiva Husserl distingue tres fases: la mera aprehensión, la explicación del horizonte interno y la explicación del horizonte externo. Nos interesan sobre todo las dos primeras.

La mera aprehensión es la intuición contemplativa dirigida al objeto "en su totalidad" y representa el grado inferior de la actividad objetivante. El siguiente grado del interés perceptivo representa la contemplación explicativa. Se trata de una penetración en el horizonte interno del objeto: la mirada atencional recorre las distintas determinaciones (forma, color, etc.), permaneciendo el objeto total siempre presente en la retención. En este proceso de explicación (síntesis explicativas) se originan las categorías pre-lógicas de "sustrato" y "determinación": la mirada atencional mantiene como "presente" en la retención el sustrato S y recorre sus determinaciones p, p₁, etc. Mientras que el interés se dirige activamente al sustrato (en la mera aprehensión) y luego, reteniendo al sustrato, a sus determinaciones, se constituye pasivamente la identificación entre el sustrato S y su determinación p, enriqueciéndose de este modo el sentido del sustrato S con la incorporación de la determinación p a su contenido significativo¹⁴.

Lo peculiar de la síntesis categorial (en especial de la síntesis predicativa) consiste en la realización activa, voluntaria, del paso sintético del sustrato S a su determinación p. El sustrato de la explicación se convierte en sujeto y los momentos determinantes en los predicados de un juicio predicativo (apofántico). Tal cosa ocurre, porque la mirada se dirige a la unidad, en cierto modo oculta, que se ha pre-constituido pasivamente en el proceso de explicación (en la actividad receptiva). Dirigirse a esta unidad, aprehendiéndola, significa repetir el proceso en actitud modificadora, hacer una síntesis activa de una pasiva. La actitud modificada significa que no estamos realizando de nuevo una explicación contemplativa, sino una actividad de identificación predicativa, y ésta es una conciencia aprehensiva de actividad poliédrica¹⁵.

¹³ E. U., § 17 y § 30.

¹⁴ E. U., § 30.

"Resumiendo: la síntesis predicativa tiene esencialmente siempre dos grados (Stufen): 1) El paso de S a los momentos p, q, que surgen recubriéndolo: p y q son aprehendidos como tales. El interés que seguía al sentido objetivo de la pre-constitución, y correlativamente al contenido que se devela allí como contenido del objeto S, se dirige a las determinaciones, pero S, como también sus momentos ya aprehendidos, permanecen "asidos" (im Griff). 2) Luego se produce una operación nueva: el interés del yo retorna a S, y explicitando de nuevo p en un acto particular, y dirigiendo de nuevo la mirada hacia él, toma conciencia del enriquecimiento del sentido de S y se "astura" (sättigt sich), recreando este enriquecimiento en un acto originario en el cual reafectúa el paso a p. Y así para todas las determinaciones. La determinación se constituye siempre en dos tiempos. Así queda descrito el proceso de predicación, que la tradición ya tenía a la vista bajo los títulos de "síntesis" y "diáresis", sin poder aprehenderlo efectivamente"¹⁸.

* * *

La conciencia constituyente se presenta originariamente como conciencia sensible; lo inteligible surge de lo sensible como explicitación de las significaciones pasivamente pre-constituidas en el "mundo de la vida" (Lebenswelt). El juicio no es origen del conocimiento: reenvía al objeto de la percepción y éste no se deja reducir a mera multiplicidad temporal como en Kant; tiene su estructura propia. Juzgar significa originariamente juzgar sobre un objeto real, individual. Juzgar es decir algo de algo; este "algo", sobre el cual se juzga, pertenece a la realidad, no es un mero reasimiento. Si digo "este libro es verde", estoy enunciando sobre el libro real, trascendente: la situación objetiva que se pre-constituye es el juicio determina la realidad misma. Mediante un cambio de actitud (nominalización) puedo tematizar la situación objetiva: ella es una objetividad categorial que permaneciendo siempre idéntica a sí misma, determina idealmente la realidad o, en otras palabras, constituye lo inteligible de la realidad. Lo inteligible no forma, pues, un reino aparte de lo sensible; se constituye en la sensibilidad misma como su determinación ideal¹⁹.

El mundo de la experiencia inmediata aparece, en consecuencia, como una infraestructura que da sentido y validez a todas las construcciones de las ciencias. La concepción del "mundo de la vida", como la esfera originaria y fundante, abre las puertas a la historicidad y a la relatividad de las verdades ideales. Ya en la "Lógica formal y trascendental"²⁰ Husserl, al relativizar la idea

¹⁸ F. U., § 50, pág. 246.

¹⁹ *Trans-Deo-Trans*: Op. cit., § 19 y 20.

²⁰ F. T. L., §§ 102/103, en especial pág. 245; traducción francesa de S. Bachelard, pág. 328.

de la evidencia, abandona las concepciones fundamentales de una "Prolegómena", cuya teoría de la evidencia lógica absoluta y apodictica, implica —según Raggio— "una extensión injustificada a un ámbito de idealizaciones constructivas de los tipos de evidencia práctica del mundo de la vida."¹⁸

La formulación de la fenomenología como teoría del mundo de la vida en "La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental" representa la última etapa de este desarrollo.

III. — LA CONSTITUCIÓN DE LAS GENERALIDADES.

En "Experiencia y Juicio" Husserl comienza por describir la constitución de los objetos en la sensibilidad (contemplación y síntesis explicativa), para pasar a estudiar la de las objetividades del entendimiento (síntesis categorial), desde las más sencillas (situaciones objetivas) que se originan en el juzgar categórico predicativo sobre sustratos individuales. Llega así —subiendo la escala de generalidad creciente— a la constitución de los conceptos empíricos precientíficos, científicos y puros (esencias).

El juzgar predicativo sobre situaciones individuales, con los objetos categoriales que en él se constituyen (situaciones objetivas) sólo representa la primera etapa de la actividad del entendimiento: generalmente no nos contentamos con enunciar el mero ser o ser-así de una cosa, sino tratamos de subsumir lo juzgado bajo conceptos generales. En las operaciones subjetivas del pensar conceptual se originan nuevas objetividades —generalidades de mayor o menor extensión. El sustrato de los juicios generales ya no es un individuo, sino una generalidad. En estas nuevas y superiores operaciones de objetivación "los objetos no sólo son constituidos como unidades de identidad sobre la base de la formación predicativa, sino a la vez son conceptuados (begriffen) y por ello conocidos en un sentido específico"¹⁹. Solo el pensar general conduce a enunciados que proporcionan conocimientos intersubjetivos que van más allá de las situaciones dadas.

En la base de la constitución originaria de lo general, encontramos la síntesis asociativa: la síntesis originariamente pasiva de lo igual con lo igual. Las notas percibidas en un objeto individual se acumulan en la memoria y se anticipan inadvertidamente en cada nueva experiencia. Se produce una síntesis de coincidencia de las notas iguales o semejantes; gracias a ella experimentamos las cosas con familiaridad, no como totalmente nuevas, sino como ya de alguna manera conocidas. De esta manera, merced a la sedimen-

¹⁸ Raggio, *Artículo R.: Husserl y la lógica moderna*, presentado al VI Congreso Interamericano de Filosofía, Buenos Aires, 1958.

¹⁹ E. U., § 80, pág. 394.

tación en la conciencia de las notas semejantes, se forman conceptos de ciertas generalidades²⁰.

Estos conceptos, preconstituidos en la receptividad (y que permanecen atemáticos), permiten conocer típicamente el mundo fáctico de la experiencia. Las cosas son experimentadas como tipos, vale decir, como árbol, casa, animal, piedra, etc. Lo aprehendido típicamente tiene también un horizonte de experiencias posibles, con una tipicidad de notas esperadas, aunque no experimentadas todavía: cuando vemos un perro, prevenimos en seguida su modo de comportarse típico, su manera típica de saltar, comer, etc. La experiencia efectiva puede confirmar estas expectativas, o desmentirlas. El enriquecimiento de las notas típicas amplía la extensión y permite la subdivisión del tipo en tipos particulares. Por supuesto toda realidad concreta tiene también sus notas individuales, pero éstas tienen, a la vez, una forma típica²¹.

Estas generalidades atemáticas de la experiencia cotidiana, pueden tematizarse por medio de la reflexión. El entendimiento tematiza los conceptos y los forma activa o espontáneamente. La labor científica consiste en gran parte en aclarar estos conceptos generales, explicitando y delimitando las notas comprendidas en ellos. La experiencia inmediata distingue y clasifica las cosas según notas arbitrariamente elegidas: generalmente se trata de las propiedades más manifiestas. Sobre el fundamento de esta tipicidad pre-científica y, como la llama Husserl, extractencial, se constituye la tipicidad esencial de la ciencia, en ella se busca determinar aquellas notas que, aunque estén más ocultas, permiten hacer clasificaciones más amplias, con un horizonte abierto de notas desconocidas, que pueden referirse a las ya conocidas. Así, por ejemplo, en el caso de la ballena, se considera más esencial la propiedad de ser mamífero, que su modo de vida acuático, aunque ésta última nota sea más manifiesta (el nombre de la ballena en alemán —Walfisch— revela su clasificación precientífica entre los peces). El criterio pragmático con que procede la ciencia en la selección de notas que determinan "tipos esenciales" es evidente.

* * *

Las generalidades empíricas formadas por asociación y comparación son rigurosamente contingentes: siempre están expuestas a una posible rectificación, pues cada nueva experiencia puede obligar a modificar el concepto así formado²². Pero un cambio de actitud permite enfocar esta generalidad empírica, como una idealidad pura.

²⁰El concepto puede aprehenderse en su idealidad como un objeto que tiene un ser puramente ideal, que no presupone

²⁰ E. U., §§ 16, 81 y 83.

²¹ E. U., § 83.

²² E. U., § 86, pág. 409.

ninguna existencia efectiva de particularidades correspondientes" ²³.

En vez de estudiar la génesis del concepto, que como todo objeto del entendimiento se constituye sobre el fundamento de la experiencia sensible, se puede enfocar la significación misma en su ser ideal, poseedor de todas las características de objetos ideales señalados mas arriba: universalidad, invariabilidad, omnitemporalidad. Todo concepto puede tomarse en su contenido propio, un análisis de este concepto determinará sus límites.

Husserl propone para esto un método especial: la variación ²⁴. Tomando un individuo (real o imaginado) de la especie en cuestión, lo someto en la fantasía a una transformación múltiple, modificando sus notas arbitrariamente, con la conciencia de poder seguir variando al infinito. El conjunto de aquellas notas que permanecen invariables, es decir, las que no podrá variar sin que desaparezca el objeto como tal, como perteneciente a la especie "sub examen", determinan el contenido esencial del concepto. Mas como lo que estoy variando son individuos imaginados de una especie, tengo que tener a ésta de antemano, pues de lo contrario no sabría qué variar. El interés se dirige hacia una significación ya constituida: el método de variación no hace más que explicitarla, determinando su contenido, al que Husserl da el nombre de esencia o eidos. Este contenido no es un individuo, sino la unidad concreta de ciertas notas comunes a varios individuos, notas que hasta pueden ser incompatibles entre si, en el sentido de no poder coexistir en un mismo individuo. Es el sustrato idéntico frente a lo variable de todos los individuos imaginables, que se constituye en la identificación a través de las diferencias (*Deckung im Widerstreit*) y permanece atemático durante el proceso de la variación: pero por un cambio de actitud podemos dirigir la atención hacia él y aprehenderlo activamente en un acto de intuición, que se llamará esencial o eidética. Este acto es intuitivo en razón de su inmediatez, en él la esencia se da originariamente como presente. La posibilidad de captación intuitiva de las generalidades, y no solamente de objetos individuales, es uno de los supuestos básicos de la filosofía husserliana.

IV. — EL CONOCIMIENTO ESIDÉTICO.

Nos encontramos ya en condiciones de caracterizar las esencias y determinar la naturaleza y el alcance del conocimiento esencial.

1) La intuición eidética no tiene nada de místico; no se trata de una facultad misteriosa reservada a unos pocos elegidos, sino de un proceso laborioso, una verdadera técnica, que puede aprenderse y realizarse por todo el mundo. El proceso de la ideación

²³ E. U., § 82, p. 298.

²⁴ Los textos más importantes que se refieren a la variación son: *Ideas I*, § 70; *F. T. L.*, § 98; *C. M.*, § 34; *E. U.*, §§ 87/97.

consta en resumen de tres fases: a) libre variación de un individuo de la especie, cuya esencia se pretende captar; b) la síntesis unificadora de las notas que permanecen invariables, en la pasividad de la conciencia (= preconstitución pasiva de la esencia); y c) la identificación activa de lo invariable frente a las diferencias variables.

La constitución de esencias es igual a la de todos los objetos del entendimiento y de las generalidades en particular, como lo dice Husserl expresamente en "Experiencia y Juicio" (pág. 414).

2) El método de variación no debe confundirse con la comparación empírica. En vez de comparar distintos individuos reales, estamos imaginando individuos posibles, sin referencia alguna a la realidad ("excluyendo toda tesis de ser"). Se trata de la posibilidad de pensar, no de la posibilidad de la existencia real. Un concepto al que se llega sobre la variación de puras posibilidades será un concepto puro, en oposición al concepto empírico, que abarca realidades efectivas. La "pureza" de las esencias quiere decir precisamente que las esencias comprenden posibilidades puras, de las cuales algunas pueden "realizarse" o "incorporarse" en individuos o hechos, o no realizarse en ninguno. Hemos puesto entre comillas la palabra "realizarse": se trata de una expresión metafórica que es necesario aclarar. Hay aquí dos problemas diferentes; el problema de la extensión de los conceptos puros: la esencia como idealidad pura no posee naturalmente ninguna extensión de hechos, de realidades empíricas, sino tan sólo la de puras posibilidades, que excluyen todo problema de existencia²⁵; y el problema de la relación de la esencia con la realidad empírica, que se tratará a continuación.

3) El conocimiento de esencias no proporciona ningún conocimiento de la realidad, precisamente en virtud de haberse obtenido sobre la base de la variación libre de puras posibilidades.

"El poner y ante todo el aprehender intuitivamente esencias no implica en lo más mínimo el poner existencia individual alguna: las puras verdades esenciales no contienen la menor afirmación sobre los hechos, por lo que tampoco cabe concluir de ellas solas la más insignificante verdad de hecho"²⁶.

4) El los juicios sobre esencias son a priori y además no proporcionan ningún conocimiento de la realidad es porque son analíticos, en el sentido kantiano del término²⁷.

Hemos dicho ya que la variación es una técnica de análisis conceptual, no es de extrañar, pues, que no me suministre ningún conocimiento fáctico, sin perjuicio de su importancia en otros sen-

²⁵ E. U., § 36, pág. 426.

²⁶ *Ideas* I, § 4.

²⁷ Sobre la concepción de lo analítico en Kant y su posterior desarrollo, véase Carlos E. Alvarado: *La metamorfosis de la analiticidad*, ponencia al VI Congreso Interamericano de Filosofía, Buenos Aires, 1959.

tidea. En los conceptos llamados exactos, como por ej. triángulo, la esencia (triangularidad) está mencionada expresamente por el concepto: tres rectas que se cortan entre sí determinan la esencia. En cambio, tratándose de conceptos "vagos" (y tienen esta característica todos los conceptos precientíficos y buena parte de los científicos) las notas esenciales no están explícitas: en la variación las explicitamos, viéndonos frecuentemente obligados a tomar decisiones. Vamos a aclarar esto con un ejemplo. Supongamos que se quiera captar la esencia "perro". Tomando un perro cualquiera, empezamos a variar: nos imaginamos un perro blanco y otro negro, con pelo largo o liso; todos siguen siendo perros. Pero ahora nos imaginamos un animal parecido al perro, pero con cinco patas y dos cabezas; ¿es también perro o no? ¿Se ha tocado una nota esencial "sin la cual el objeto deja de ser tal"? La respuesta es clara: todo dependerá de la decisión que se adopte al respecto. Si entendemos por perro a animal con cuatro patas y una cabeza, el animal imaginado no será perro. Si nos parece incidental la cantidad de extremidades, seguirá siéndolo. Repárese que aquí no interesa la cuestión si existen animales con cinco patas y dos cabezas. Se trata tan sólo de decidir a qué animales (existentes realmente o meramente fantaseados) voy a llamar perros. La decisión se dirige a mí, no a los datos de la experiencia. Ninguna experiencia posible puede refutar, ni confirmar, la decisión adoptada, ésta es independiente de la experiencia, vale decir, a priori. La aprioridad de los juicios esenciales es analítica, de ahí su necesidad.

* * *

Si bien Husserl no lo dice expresamente, tal es —a nuestro modo de ver— el resultado de sus propios análisis.

Véase como ejemplo típico para la primera época de Husserl la descripción de un caso concreto de ideación, que data de 1907²⁸:

"Tengo una intuición particular de un rojo... Realizo la reducción fenomenológica. Separo todo lo que el rojo significa además y que lo puede hacer aparecer como trascendente, como por ejemplo, el rojo del secante sobre mi escrito, etc. Y ahora efectué en una intuición para el sentido del pensamiento "rojo" en general, rojo in specie, lo universal idéntico que la intuición destaca de lo particular. Ya no es mentado lo particular como tal, como esto o aquello, sino el rojo en general. Teniendo la intuición pura del rojo en general, ¿podríamos todavía dudar razonablemente qué es lo mentado aquí, qué es según su esencia?"

El párrafo transcrito ha provocado el siguiente comentario irónico de Tran-Duc-Thao²⁹, al cual no podemos menos de

²⁸ *Die Idee der Ph.*, pág. 36/37.

²⁹ Tran-Duc-Thao: *Op. cit.*, pág. 62/63.

adherirnos: "...Si nous examinons l'exemple proposé, nous voyons qu'il ne s'agit, en somme, que d'une analyse conceptuelle. On dégage "le sens de la pensée rouge en général". Que les résultats bénéficient d'une évidence absolue, personne ne s'étonnera; on m'a fait que expliciter le contenu du concept. Mais nous ne voyons pas qu'on ait avancé dans la connaissance de la chose."

En las obras posteriores de Husserl y en "Experiencia y Juicio" en particular, el carácter analítico de los juicios esenciales aparece con toda claridad.

La distinción entre las esencias sintéticas o materiales (sachhaltig - con contenido) y analíticas o formales es importante con referencia al origen de las esencias, pero no permite fundar la distinción de juicios sintéticos a priori (basados en la intuición de esencias materiales) y juicios analíticos a priori (basados en la de las esencias formales), como lo ha creído Husserl en su primera época⁸⁰.

Las esencias materiales se originan en la síntesis de identificación de lo igual, cuyos términos de comparación son objetos de mera experiencia, es decir objetos sin formación sintáctica. Ección esta identificación y la pertinente abstracción, les dan una forma sintáctica. Si la identificación es anterior a la explicación, se obtienen conceptos materiales concretos; si, en cambio, es posterior, aparecerán conceptos materiales generales, por ej., árbol, casa, que contienen múltiples predicados originados en la actividad explicativa.

Las esencias formales se constituyen en la comparación de objetividades del entendimiento sintácticamente formadas. La igualdad no se basa aquí en la posible unidad de una intuición sensible, sino es creada por las formaciones sintácticas. Ejemplos de conceptos formales: diferencia, unidad, pluralidad, conjunto, todo, parte, objeto, propiedad, etc., en una palabra, todos los conceptos lógicos puros⁸¹.

Como las esencias formales se originan sobre el fundamento de objetividades categoriales, no dependen de la experiencia, son conceptos apriorísticos. Por el contrario, las esencias materiales son conceptos a posteriori, tienen origen empírico. Pero los juicios que versan sobre esencias (basados en la intuición de esencias materiales o formales) son siempre analíticos, pues no hacen más que explicitar el contenido del respectivo concepto.

Esta interpretación del pensamiento husserliano permite establecer contactos muy interesantes con una corriente filosófica aparentemente tan distante de la fenomenología como el empirismo lógico. El profundo parentesco interior de ambas escuelas fue señalado por Andrés B. Raggio, en su comunicación al VI Congreso Interamericano de Filosofía, reunido en Buenos Aires en

⁸⁰ L. U., III Investigación, §§ 11 y 12.

⁸¹ R. U., § 63 y § 62.

1959²¹. Nos limitaremos a destacar la notable similitud que acusan algunas concepciones de C. I. Lewis, para quien "el a priori" es independiente de la experiencia, no porque prescriba una forma a la que han de adaptarse los datos de los sentidos, o porque anticipa alguna armonía preestablecida de la experiencia con el entendimiento, sino porque representa una "actitud categorial del entendimiento" que posibilita la experiencia misma, al aportar el elemento de orden, de clasificación, de definiciones, etc., y da origen a verdades necesarias e independientes de la experiencia²².

¿Significa lo dicho que en la fenomenología husserliana no hay cabida para la síntesis a priori, y que todo conocimiento es forzadamente empírico o analítico, como lo sostendría el empirismo lógico?

Este problema escapa a la temática de la presente investigación; sólo hemos querido mostrar la imposibilidad del conocimiento a priori de la realidad óntica. La posibilidad de la síntesis a priori ha de buscarse en otra dimensión: la del conocimiento ontológico (en el sentido que Heidegger da a estos términos). Husserl mismo lo vió claramente, como lo indica el desplazamiento progresivo de la problemática esencial por la genético-constitutiva, que se opera en la obra de Husserl con posterioridad a la publicación de "Ideas".

²¹ Rosseto, A.: *Husserl y la lógica moderna*, etc.

²² C. I. Lewis: *A pragmatic Conception of the "a priori"*, *Readings in Philosophical Analysis*, de Feigl-Sellars, New York, 1949, pág. 286; véase también C. I. Lewis: *Mind and the World Order*, y *Meaning and the World Order: The Kantian Elements in Lewis' Theory of Knowledge, Philosophy and Phenomenological Research*, XIX, Nº 1, sept. 1958.

Abreviaturas de las obras de Husserl, usadas en el texto:

L. U.: *Logische Untersuchungen* (Investigaciones Lógicas), 2ª ed., 1922.

Die Idee d. Ph.: *Die Idee der Phänomenologie* (La idea de la fenomenología), *Husserliana*, t. II, La Haya, 1928 (3ª ed.).

Ideas I: *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie* (Ideas para una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica), tomo I, *Husserliana*, t. III, La Haya, 1950; trad. con. de J. Garro, F. C. E., México, 1949.

F. T. L.: *Formale und transzendentale Logik* (Lógica formal y trascendental), *Husserliana*, 1929.

C. M.: *Cartesianische Meditationen* (Meditaciones cartesianas), *Husserliana*, t. I, La Haya, 1929.

E. U.: *Erfahrung und Urteil* (Experiencia y Juicio), 2ª ed., Hamburg, 1954.

Krisis: *Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie* (La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental), *Husserliana*, t. VI, La Haya, 1954.

¿PUEDEN LOS JUECES ARGENTINOS DECLARAR DE OFICIO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES?

Por

ADOLFO PLINER

I. — SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRESERVACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

1. — La validez de todo el orden jurídico en que se traduce el estado de derecho finca en su subordinación a la norma fundamental y en su conformidad con ella. De dónde las normas secundarias o derivadas —o, más precisamente, condicionadas— son derecho en tanto se acuerden con las reglas superiores de aquella norma fundamental que en la pirámide keiseriana es la constitución política del Estado. Quiere esto decir que la regla jurídica —o que tiene su forma exterior— no es obligatoria por el solo hecho de haber sido producida, aún dada por el órgano específico instituido, si sus preceptos están en contradicción con las prescripciones de la norma superior. Esta pluralidad primaria de normas en grado de subordinación supone que inevitablemente ha de producirse la necesidad de jugar su coincidencia u oposición, y que los sujetos sometidos a la obediencia del orden establecido se encuentran precisados a optar entre regla y regla decidiendo si existe o no con

* Monografía presentada en el Instituto de Derecho Procesal, correspondiente al curso de doctorado, año 1953, a cargo del Prof. Dr. José Sartorio.

† Recuerda Enrique Guzmán Mazou (h.) la anécdota que cuenta Bryce en su "República Argentina", del inglés que habiendo sido que la Suprema Corte Federal fue creada para proteger la Constitución, e inventada de la autoridad necesaria para anular las leyes repugnantes a sus preceptos, pasó dos días basando en el texto de la Constitución de los Estados Unidos las disposiciones señaladas a su admiración, y naturalmente, no pudo encontrarlas. Lo mismo le habría pasado al inglés del cuento —agrega— examinando la Constitución argentina que, al igual que su modelo, no contiene una sola palabra al respecto. El *Resumen Extraordinario*, pág. 31, Buenos Aires, 1913.

Supongo que el acierto del inglés habrá sido mucho mayor cuando se enteró que el papel de protector de la Constitución atribuido a la Corte Suprema es fruto de una interpretación judicial y de una repetición machacona de frases hechas a través de años de fallos y de escritos doctrinarios. Para eso —se habrá dicho— no era necesario hacer una Constitución escrita, minuciosamente elaborada, si luego se vuelve a una suerte de common law en que el derecho de los "casos" termina adquiriendo jerarquía de ley expresa.

flicto entre dos mandatos normativos igualmente coercibles en principio. Descontado está que los propios sujetos alcanzados por las encontradas prescripciones de conducta no son quienes adoptarán la decisión última en el caso dado, pues es de la esencia del estado de derecho ese poder de decisión y el de arbitrar los medios jurídicos adecuados para asegurar la vigencia permanente de la ley suprema —la constitución— y entre esos medios el de determinar las competencias de los órganos constituidos para pronunciarse al respecto con poder vinculatorio.

2. — Trasladados estos principios a la realidad positiva argentina, encontramos que la constitución nacional proclama enfáticamente en su art. 31 que "esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales"¹. Pero ninguna previsión contiene nuestra Carta, como tampoco existe, en el modelo norteamericano, que ordene la forma o el procedimiento para asegurar en la práctica la efectividad de la supremacía constitucional, ni se ha dado expresamente a órgano constituido alguno la competencia específica para decidirla y para sancionarla¹.

Sin duda que una norma suprema que puede no observarse deja de ser suprema, y el orden jurídico que descansa sobre ella vendría a deshacerse en el caos y en la anarquía, que es la negación del derecho. Pero el orden jurídico existe y no puede negarse a sí mismo; si la constitución, "ordenación de las competencias supremas del estado"², no instituye de una manera explícita el poder encargado de su propia preservación, debe entenderse que cada uno de los órganos creados debe, en las respectivas esferas de sus atribuciones, cumplir con la misión esencial de observar y hacer observar la ley fundamental de donde proviene sus propios poderes².

3. — Lo que se ha dado en llamar el "control" de constitucio-

¹ Este texto, que reproduce casi literalmente el párrafo segundo del art. VI de la Constitución de los EE. UU., ha sustituido el mandato dirigido "a los jueces de cada Estado", que contiene el original, de acomodarse a la ley suprema no obstante cualquiera disposición local en contrario, por el más amplio y perentorio que previene "a las autoridades" de cada provincia de la necesidad de someterse al derecho federal.

² MANUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 19. Madrid, 1937.

³ J. SEVER: *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*. Traducción de Nicolás Antonio Calvo, t. I, pág. 333. Buenos Aires, 1888.

nalidad de las leyes⁷⁷ no es más que un capítulo o un episodio de la accidentada historia de la preservación de la constitución. La carta política de un estado constitucional puede ser violada de diversos modos, y la infracción provenir del Poder Legislativo, del administrador, de cualquier funcionario, de cualquier habitante o grupos de personas, o de los jueces mismos. El orden jurídico es un mecanismo sutil de conductas condicionadas y entrelazadas en íntima trama infinta donde la lesión de una norma substancial, en cualquier parte que se realice, repercute y conmueve la pirámide entera. La defensa de la ley suprema es, pues, tarea permanente, especie de constante vela de armas, que la propia constitución no ha encomendado a nadie exclusivamente, pero que pesa sobre todos como castigo de los actos injustos en que vivimos, y con una intensidad sobre aquellos que han asumido una responsabilidad determinada por el lugar que ocupan en la organización jurídico-política de la sociedad.

Por eso prefiero hablar aquí de "preservación de la constitución" y dejar para más adelante el examen de la idea del "control constitucional" en la medida de nuestro derecho positivo como un capítulo —de ningún modo secundario— de la vigilancia y defensa de la autoridad y pureza del dogma constitucional.

El acierto genial del juez Marshall al dar forma definitivamente madura, y de una sola vez en el acto mismo de su nacimiento, a la doctrina que permite a los jueces revisar la constitucionalidad de las leyes del Congreso en el acto de aplicarlas, importó descubrir y poner en evidencia en el complejo mecanismo de la Constitución norteamericana el fundamento de esa facultad⁷⁸. Pero si ese poder —en tanto instrumento de la defensa de la Constitución— es exclusivo de la Corte Suprema o del Poder Judicial, ni basta el que los jueces pueden ejercer para agotar las posibilidades del resguardo integral de su intangibilidad.

Creo que si las expresiones acuñadas por una inveterada re-

⁷⁷ No hay control constitucional propiamente dicho si las decisiones del órgano que lo efectúa no tienen ninguna eficacia directa ni inmediata sobre la ley, decreto, reglamento o ordenanza que califica en sus pronunciamientos, puesto que la "invalidez" no trasciende del caso juzgado, y el juez no ha hecho otra cosa que recoger la norma que se conformaba con el orden del art. 31 de la Constitución Nacional, prefiriendo otra que a su juicio era inaplicable, aunque esa inaplicabilidad resultase de la inconstitucionalidad que la vicia.

No es lo mismo el juzgamiento de constitucionalidad que prevale la Constitución austríaca de 1820, redactada en Reims. Allí (art. 140) la decisión del Tribunal Constitucional, contraria a la validez de una ley, causa su directa nulación, y el canciller federal o el jefe del "país" —según fuere el caso de ley federal o local— está obligado a publicar inmediatamente el decreto anulatorio. Igualmente en su régimen actual de la Constitución francesa de 1958, donde una disposición declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigencia (art. 62). En nuestra Constitución, las decisiones de la Corte no interrumpen la vigencia de la ley declarada inconstitucional, y sólo deja de regir si es derogada por el Congreso.

⁷⁸ Caso "Marbury c/ Madison", año 1803.

petición como que la Corte Suprema, o el Poder Judicial, es el "guardián de la Constitución", o de que "ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes" y de los actos de los otros poderes, no son empleadas en sentido estrictamente metafórico, se está incurriendo en una exageración al pronunciarlas. El derecho y el deber de velar por la observancia de la constitución, y el poder de remediar los actos inconstitucionales, están abundantemente repartidos en nuestra carta fundamental; y si bien la parte de ese quehacer que incumbe a los jueces, y en particular a la Corte Suprema, cobra en la realidad y en la trascendencia institucional de su funcionamiento una jerarquía, prestigio y eficacia que la convierten en pieza maestra del sistema, su tarea está lejos de ser exclusiva.

4. — En primer lugar, es función primaria de todos los poderes constituidos del Estado. Al presidente de la República se le impone un juramento expreso en el art. 80 de la Constitución de "observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina", cosa que no solo tendrá ocasión de cumplir en cada uno de sus actos cotidianos de gestión administrativa y política, sino particularmente en las trascendentales decisiones de gobierno en que la defensa de la Constitución es objetivo específico, como cuando veta una ley que reputa contraria a los principios constitucionales, interviene en una provincia para restablecer la forma republicana de gobierno —con ley o sin ella en caso de receso del Congreso o de urgencia— retiene una bula pontificia, o utiliza las fuerzas de la Nación para reprimir una sedición. El Congreso hace la crítica constitucional de sus propios actos en la amplitud del debate bicameral, juzga al Presidente, Vicepresidente, ministros y jueces cuya conducta los hace indignos de la función constitucional que ejercen; los jueces resuelven tener por inexistentes las leyes que reputan en pugna con la Constitución o con el orden por ella creado. Es más, los ciudadanos todos tienen el deber de "armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución" como la manda en el art. 21, y vemos en último término al pueblo en armas como guardián final del "Arca de la Alianza" de la Nación Argentina, ese mismo pueblo que pacíficamente honra y defiende a la Constitución en el ejercicio normal del derecho de sufragio.

Claro está que en ninguno de los gestos propios del ejercicio del poder, o de la actividad ciudadana, aparece el acto constitucional y la especificidad del acto de afirmación de la supremacía de la Constitución como cuando el juez se pronuncia por la ineficacia de una ley, decreto, ordenanza —o hasta de una disposición contenida en una constitución local— por hallarse en pugna con un principio de la Constitución nacional. Una decisión de esta clase hierre fuertemente la imaginación popular, la que subestima por lo común lo que el hecho contiene de auténtica trascendencia para no ver en la sentencia judicial —sobre todo cuando proviene de

la Corte Suprema— sino un amago de conflicto de poderes, un enfrentamiento de órganos superiores del Estado que puede conmover las instituciones. Semajante concepción no es rara aún en la literatura jurídica que trata la cuestión en nuestros medios, donde es habitual encontrar afirmaciones del corte de "ley anulada", "ley declarada sin valor", referidas a resoluciones judiciales que reputaron inconciliable con la Constitución, en el caso juzgado, a una ley o a un decreto.

La idea de "nulidad" se encuentra ya en la exposición de Marshall en la sentencia de *Marbury c/Madison*, prestigioso antecedente que no me parece bastante para legitimarla, como tampoco la legítima al frecuente empleo de la misma expresión por nuestra Corte Suprema. Los jueces, en la Argentina como en los Estados Unidos de América, carecen de poder para anular una ley o un decreto, puesto que se limitan a juzgar un caso concreto aplicando en la especie, si hay leyes contradictorias de diferente jerarquía, la que debe preferirse según el orden Constitucional, dejando de lado la que conforme a ese orden carece de vigor. Esta selección de la norma —juicio jurídico y no político— no trasciende del caso decidido, y la norma preterida no sufre menoscabo formal. La supremacía constitucional se hace efectiva así "en el caso", y el supuesto control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley se cumple de manera indirecta, puesto que los jueces no enjuician la ley misma, ni su pronunciamiento va dirigido contra ella.

II. — CONTROL CONSTITUCIONAL. SU TÉCNICA.

5. — El procedimiento para asegurar la supremacía de la Constitución se problematiza con la aparición de las Cartas modernas. La de los Estados Unidos de América, de 1787, solo consignó el principio, como *vixens*, sin articular el recurso para hacerlo efectivo. La elaboración jurisprudencial que la siguió, organizando el procedimiento de la impugnación judicial, no fué pura creación de la Corte Federal, pues reconoce antecedentes en la actividad de los tribunales locales antes de la unión de las trece colonias, inspirada en la doctrina del juez inglés sir Edward Coke¹, y una concepción ya claramente hecha en la conciencia pública. Durante el ardoroso período corrido entre la clausura de la convención de Filadelfia el 17 de setiembre de 1787, que aprobó la Constitución, y su aceptación definitiva por todos los Estados, escribió Hamilton en "El Federalista" sobre la necesidad de "la consideración obvia de que debe existir siempre un medio constitucional de impartir eficacia a las disposiciones constitucionales. ¿De qué servirían, por ejemplo, las restricciones a las facultades de las

¹ ALBERTO J. GARCÍA, "Las Cortes constitucionales, su constitucionalidad", pág. 10. Buenos Aires, 1952.

"legislaturas locales, si no existe algún procedimiento constitucio-
 "cional para exigir su observancia? En el plan de la convención
 "hay una porción de cosas que se prohíben a los estados algunas
 "de ellas por ser incompatibles con los intereses de la Unión, y
 "otras con los principios de buen gobierno. . . Ningún hombre de
 "sentido común será capaz de creer que tales prohibiciones se
 "respetarían escrupulosamente si el gobierno carece de poderes
 "efectivos para impedir y sancionar las infracciones que se comen-
 "tan. Estos poderes deben consistir en un veto directo sobre las
 "leyes de los estados o en la potestad conferida a los tribunales
 "federales de hacer a un lado aquellas que contravengan de modo
 "resoluto los artículos de la Unión. No existe, en efecto, sistema
 "que me sea posible imaginar. La convención ha considerado que
 "el segundo es preferible al primero, y supongo que también re-
 "sultará el más aceptable a los estados" ³.

No se advierte aún la posibilidad del ejercicio de ese poder por los jueces para "hacer a un lado", como dice Hamilton, a las leyes del propio Congreso Federal. Sin embargo, como ya lo dejó anotado más arriba, la doctrina norteamericana, que habría de irse consolidando en sucesivos fallos de la Corte Federal, creó una forma jurídica de preservar la supremacía constitucional sin que las decisiones de los tribunales importasen un juzgamiento directo y frontal de la ley ni la aniquilación de su vigencia. Ensayos posteriores, particularmente en Europa, buscaron la solución del mismo problema, pero, en una inculcable desconfianza hacia la judicatura, se orientaron en la tarea de inventar instituciones nuevas que sirviesen a los fines del control constitucional de las leyes, las que a la vez de guardar las apariencias de un celo riguroso por la observancia de las prescripciones fundamentales del estado, tuviesen la suficiente flexibilidad para no herir demasiado la susceptibilidad de los parlamentos omnipotentes.

6. — El primer ensayo lo hace la Francia revolucionaria. La Constitución del 22 Primario del año VIII confería a un Senado Conservador la función de "anular o mantener todos los actos que le sean propuestos como inconstitucionales por el tribunal o por el gobierno". Como es lógico, la figura absorbente del Primer Cónsul —Emperador, luego— no dió ocasión a ese tribunal constitucional para hacer uso de sus poderes. Se acordó de ellos recién el 3 de abril de 1814, a los tres días de la entrada de los aliados vencedores a París, caído Napoleón, para declarar en su calidad de guardianes de la Constitución, la caducidad de los poderes del Emperador "culpable de repetidas violaciones constitucionales" ⁴. El Senado Conservador habría de sobrevivir, sin embargo. Lo tene-

³ HAMILTON, JAY y MADISON: *El Federalista*, pág. 346. Edic. Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

⁴ JEAN CHARRAUME: *Le Nouvelle Constitution et le Régime Politique de la France*, pág. 172. París, 1859 (Bergers-Levrault).

mos hoy, metamorfoseado, en el Consejo Constitucional de la reforma de 1958, que vino con el general De Gaulle al poder.

7. — Aunque la doctrina de la separación de los poderes ha sido originariamente expuesta en Francia, su aplicación cabal sólo se llevó a cabo en América. Las naciones europeas no terminan por aceptar que la función judicial importe el ejercicio de un poder del Estado del mismo nivel que el ejecutivo o el legislativo, y en las constituciones más modernas del viejo mundo la administración de justicia es una dependencia más o menos prestigiosa, más o menos autónoma del "gobierno", de modo que resulta así razonable dentro de tal concepción que los jueces no sean admitidos a calificar la constitucionalidad de las leyes que van a aplicar. Sobre todo en los sistemas de gobierno parlamentario en que el propio poder ejecutivo es una emanación de las asambleas legislativas. Una decisión judicial negando eficacia a una ley tiene así para ellos todos los contornos de un alzamiento escandaloso contra el orden jurídico⁷.

Pero la existencia de una constitución escrita y la necesidad de organizar un medio jurídico eficaz para asegurar su supremacía, particularmente frente a la tendencia tradicional de los parlamentos de sentirse depositarios absolutos de la soberanía y de usar de sus poderes sin restricciones, a imago del Parlamento inglés, obligó a crear fórmulas nuevas, a veces instituciones híbridas, para arbitrar un modo de control de los actos del poder legislador, sin ninguna preocupación de encuadrarlas en el esquema de la división para nosotros clásica de la división tripartita de los poderes.

En términos generales, las constituciones modernas defieren el control constitucional de las leyes a: 1) Un órgano político especial; 2) Un alto tribunal judicial; o 3) A los poderes jurisdiccionales ordinarios.

8. — En el primer grupo es Francia la nación que con más ahínco ha rehuido la autoridad de los jueces para la ponderación

⁷ Dice Juan Comaroff (op. cit., pág. 170), luego de transcribir un párrafo principal del voto del juez Marshall en el caso *Marbury c/ Madison*: "Es el terreno de la lógica para, la demostración es irresistible. Los jueces deben preservar el derecho en vigor, en caso de conflicto entre dos textos de valor diferente tienen que excluir la aplicación del texto de valor inferior. Como lo dice vigorosamente Marshall, "es la esencia misma del poder judicial". Una consideración ya no lógica, sino política, puede, sin embargo, conducir al rechazo de esta conclusión. Todo juicio sobre la constitucionalidad de una ley es al mismo tiempo, aún bajo una forma discreta, un juicio sobre el legislador. Pero éste es un rolaje superior del Estado, representa una fuerza política preponderante, y no admite, pues, siempre ni fácilmente el ser controlado por jurisdicciones que políticamente no son sino órganos secundarias. Esta consideración lleva a menudo a reservar el control de la constitucionalidad a un órgano especial, lo bastante aislado y bien encumbrado en la jerarquía de los órganos del Estado para que el Parlamento tolere —o sufrir— el ser juzgado por él".

Esta transcripción se hace por sí misma para revelar la posición mental del publicista francés —de alguna manera aislado— frente a la judicatura y frente al Parlamento: la subordinación de la primera, y la hipotecia política del segunda.

constitucional de las leyes. El Senado Conservador postrevolucionario sobrevivió a las alternativas y borrascas políticas del siglo pasado, y más o menos destigurado siguió con atribuciones similares hasta la tercera república. Finalizada la segunda guerra mundial, Francia se da su nueva Constitución en 1946. En esta ocasión las funciones de supervisión de la constitucionalidad de las leyes son acordadas a un Comité Constitucional de característica emanación legislativa. Lo preside el Presidente de la República y lo integran: el presidente de la Asamblea Nacional, el del Consejo de la República (Senado), siete miembros designados por la Asamblea y tres por el Consejo de la República. Fácil es comprender, sobre todo si se advierte que los integrantes del comité se eligen por un año, que huyendo de la supuesta parcialidad judicial se encomienda el juicio de constitucionalidad de las leyes prácticamente a los mismos que las dictan. Surgida esta creación de un compromiso político⁶, se extinguió sin tener casi ocasión de actuar, al cabo de once años.

La nueva Constitución francesa de 1958 persevera en el criterio del organismo de carácter político. Instauró un Consejo Constitucional formado por nueve miembros. Tres son designados por el Presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea, y tres por el presidente del Senado. Duran nueve años en sus funciones y no son reelegibles. Integran este tribunal de pleno derecho los ex presidentes de la República. Sus atribuciones esenciales, aparte de las de carácter de tribunal electoral (arts. 58 a 60) consisten en dictaminar sobre la conformidad o incompatibilidad de las leyes sancionadas con los preceptos constitucionales. Emiten su juicio a requerimiento del Presidente de la República, del primer ministro o del presidente de cualquiera de las cámaras legislativas. Las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias deben serles sometidas forzosamente. Si la decisión del Consejo es contraria a la validez constitucional de la ley o reglamento, su pronunciamiento importa su nulidad: no puede ya promulgarse ni ponerse en vigor (art. 62).

Admitamos que se ha creado un tribunal constitucional con fuerte autoridad. Pero ofrece blanco a dos serias objeciones. Primero, por su constitución de raíz política y la periodicidad de las funciones de sus miembros, que le resta independencia y auténtica jerarquía de tribunal judicial; segundo, porque el juicio en abstracto de la ley, antes de observarla en su aplicación, y mediante una decisión única y definitiva, puede tanto malograr por un juicio apresurado un instrumento útil y valioso, como validar —y ya sin recurso— una ley repugnante a la Constitución, cuyo vicio no se advirtió precisamente porque se juzgó en abstracto y bajo el apremio de términos angustiosos (un mes que puede reducirse a ocho días).

⁶ JEAN CHATELAIN: *Op. cit.*, pág. 173.

9. — El sistema de confiar a un alto tribunal judicial el control de constitucionalidad es el más generalizado, pero con manifiesta tendencia a substraer a estas funciones a los más elevados tribunales de la jurisdicción común. Prácticamente es un organismo específico, menos político pero tampoco decididamente judicial, pues sin estar colocado en el cuadro de la administración de justicia se vincula a ella en el conocimiento de ciertos recursos relacionados con la competencia suprema que se le atribuye en materia de orden constitucional. No olvidemos que en Europa la noción de "Poder Judicial" es generalmente desconocida², y que aun entre los poderes políticos los límites no siempre son netos, de modo que no constituye motivo de preocupación el encuadre exacto de un órgano en la distribución de las competencias de poder.

La Constitución austriaca de 1920 instituyó un Tribunal Constitucional de este tipo. Sus miembros eran elegidos por vida por el Consejo Nacional (Diputados) y por el Consejo Federal (Senado). Entre sus muchas atribuciones de tribunal político, le estaba reservada privativamente la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a requerimiento de los gobiernos federal o locales, o a instancia de un tribunal ordinario de justicia. También podía hacerlo de oficio cuando la ley viciada hubiera de constituir la base de un fallo del Tribunal Constitucional. Declarada la inconstitucionalidad, la ley u ordenanza quedaba automáticamente privada de vigor, y el canciller federal o el jefe del "land" (Estado local) estaba obligado a dar inmediata publicidad al fallo invalidatorio (art. 140).

Este tribunal nada tenía de común con el Tribunal Supremo de Viena, cabeza e instancia última de la organización judicial austriaca (art. 92), pero sin facultades para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley. Si en el curso de una causa un tribunal común, o el propio Tribunal Supremo, reputase inaplicable una ley por ser repugnante a un principio constitucional, deberá suspender el pronunciamiento y proponer al Tribunal Constitucional la declaración pertinente que sólo éste puede producir (artículo 89).

Una ley preconstitucional de Checoslovaquia del año 1920 estableció también un Tribunal Constitucional de extracción política, similar al austriaco, y con facultades privativas en la materia que estamos tratando. Sin embargo en la Constitución que en ese mismo año se dictó — una de las pocas de su tiempo que instituye un "Poder Judicial" — se acordó a la justicia ordinaria la potestad de examinar la validez constitucional de las leyes desde

² En la Constitución francesa de 1958 "el presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial", expresión que revela una relación de subordinación o de tutela que en la práctica llega a extremos que hacen indistinguible el status del magistrado del de cualquier funcionario administrativo.

el punto de vista formar de su sanción, mas no por razón de su contenido substancial.

Parejos organismos híbrida mezcla de tribunal judicial y de alto consejo político, se observan en las constituciones alemanas de Weimar (1919) y de la actual República Federal de Bonn. La Carta que se dió a la República Española de 1931 establecía un Tribunal de Garantías Constitucionales con competencia parecida al de la Constitución austriaca, pero la declaración de inconstitucionalidad sólo podía obtenerse por vía de recurso o de consulta, no admitiéndose el procedimiento de oficio. Lo peculiar de este tribunal es su constitución en la que se procuró atenuar la gravitación del elemento político. Están representados en él el Parlamento, la administración y las regiones autónomas, pero también los Colegios de Abogados y los profesores de las Facultades de Derecho. No por heterogénea esta composición deja de ofrecer positivas garantías de preacendencia política y de acierto, y si se agrega a ello que el conocimiento de los casos le puede ser llevado tanto por vía de consulta como de recurso, el arbitrio ideado —perfeccionamiento del que Kelsen construyó para Austria— ofrecía una solución muy bien concebida al problema de la preservación de la autoridad de la Constitución.

En la última reforma constitucional uruguaya se adoptó un sistema que tiene algunos puntos de contacto con el criterio predominante en Europa. "Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de su forma o de su contenido" (art. 256), pero esta facultad compete a la Suprema Corte en forma original y exclusiva (art. 257), y si la cuestión fuera planteada ante un juez o tribunal inferior, éste debe suspender el pronunciamiento y elevar la causa a la Corte para su decisión sobre el punto constitucional debatido, tal como estaba previsto en la Constitución austriaca y en las que siguieron su inspiración. Cabe destacar que en el Uruguay es posible que los jueces procedan de oficio a elevar un caso a la Suprema Corte si consideran que se verán expuestos a aplicar una ley que reputan inconstitucional.

10. — El caso uruguayo ofrece los caracteres de un sistema de transacción entre el tipo general europeo de ponderación constitucional por tribunales especiales, y el característico de las constituciones argentina y norteamericana. Si bien el juicio es deferido a un tribunal judicial dentro del cuadro del respectivo poder, y puede producirse en el curso de cualquier contienda ordinaria, ningún juez inferior puede declarar la ineficacia constitucional de una ley, manteniéndose así un resabio de desconfianza hacia los jueces de cualquier grado, con lo que la Suprema Corte viene a constituirse en una especie de tribunal de garantías cuyas decisiones en esta materia no le competen en el ejercicio del poder jurisdiccional común, acercándose a la configuración de una atribución de control político.

III — LOS TRIBUNALES ARGENTINOS Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

11. — Entre nosotros, con un texto constitucional substancialmente idéntico al de los Estados Unidos de América, la doctrina elaborada en aquel país ha sido recibida plenamente. El seguro razonamiento del juez Marshall sigue siendo la cartilla elemental en la materia, y la facultad de cualquier juez de abstenerse de aplicar una ley del Congreso o de una legislatura, ordenanza, decreto, o hasta una constitución provincial, que juegue contraria a la Constitución federal, se reputa una consecuencia indiscutible del orden que debe observarse de acuerdo con el art. 31 de la Carta Fundamental. También tenemos nuestro caso magistral en la sentencia de la Corte Suprema de la Nación en que se expuso por primera vez, y en forma brillante y acabada, la doctrina argentina coincidente con la del modelo inspirador. Dijo entonces nuestro alto tribunal "que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen Y EL DEBER EN QUE SE HALLAN los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional, y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos; que tal atribución es, por otra parte, un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza subordinada y limitada de este último." (Municipalidad de la Capital c/Ellorondo. Fallos, t. 33, pág. 162).

La peculiaridad de nuestro sistema está en su flexibilidad, en que el juzgamiento circunstancial de la ley carece de la trascendencia espectacular propia de los actos de contenido político, y en que es el ejercicio ordinario de la función judicial de optar entre normas contradictorias de diferente jerarquía.¹²

El juez no se enfrenta con el legislador o con el poder administrador. No juzga su conducta ni interfiere en el ejercicio de sus respectivas facultades. Se limita a aplicar la ley de acuerdo a las normas expresas de la Constitución, y así no hace otra cosa que

¹² "Cuando un juez, cualquiera que sea su jerarquía, al decidir una cuestión que se le somete por las partes se encuentra con que hay dos leyes contrarias, está obligado a elegir una de ellas. Cuando la contradicción es entre una ley calificada de superior y otra que no lo es, o una ley superior y otra inferior, el juez tiene que decidirse en favor de la ley superior o superior. La facultad de los jueces de decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable es lo que constituye en realidad la esencia del poder judicial". José Nicolás Marcano: *Lecciones de Derecho Constitucional*, pág. 211. Buenos Aires, 1925.

obedecer los mandatos de la ley fundamental en la esfera de su propia acción. Y, para preclarar con mayor rigor este ceñimiento a sus funciones, los jueces sólo pueden pronunciar incidentalmente la inconstitucionalidad de la ley, porque no existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que tal declaración sea el objeto mismo y esencial del pleito. No se puede reclamar ante ningún tribunal nacional argentino que sea declarada la ineficacia constitucional de una ley por el solo hecho de hallarse en pugna con la Constitución ¹¹. Lo que se demanda es la reparación de un perjuicio derivado de la aplicación de la ley reputada contraria al orden jurídico establecido, o la cesación o supresión de sus efectos en razón del agravio a un interés concreto, o la aplicación preferente de otra ley que excluye a la primera por conformarse al orden del art. 31 de la Constitución, pero teniendo siempre en vista el interés de orden privado que mueve la acción del peticionante. La decisión se pronunciará en un caso o controversia judicial que versará sobre asuntos de la esfera del interés particular de los litigantes, con cuyo motivo la disputa constitucional se abre ¹², y el pronunciamiento se referirá a la especie debatida donde el juez aplicará la ley que considere apropiada según las circunstancias y el orden constitucional. Si al fallar estima que la ley impugnada no es aplicable según el art. 31, prescindirá de ella, juzgando conforme a la que estime vigente para el supuesto concreto. No tendrá que "declarar" la inconstitucionalidad de la ley preterita, sino simplemente fundar su apartamiento de ella. Y si hace una declaración solemne, innecesariamente, las consecuencias no trascenderán, de todos modos, del caso juzgado ¹³.

12. — Ni aún los pronunciamientos de la Corte Suprema tienen el alcance de invalidar la ley "declarada" inconstitucional. "Al pronunciarse el Poder Judicial —ha dicho la Corte— sobre la constitucionalidad de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traido a su jurisdicción, es decir que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos de gobierno" ¹⁴. Y más tarde volvió a expresar

¹¹ En la provincia de Buenos Aires esto es posible. La Suprema Corte tiene, según el art. 143, inc. 1°, de la Constitución local, competencia originaria para resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, etc., por vía de acción, y el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial (arts. 371 y sigtes.) reglamenta el proceso de esta demanda o acción de inconstitucionalidad, para cuya legitimación basta que el actor sea parte interesada comprendida en las disposiciones de la ley impugnada y que se sienta agraviada porque le debe ser aplicada. La posibilidad de ejercicio de esta acción conyugal de inconstitucionalidad hace de la Corte bonaerense, eventualmente, un verdadero poder de control constitucional en abstracto, pues en casos como el propuesto la acción tiene carácter preventivo y la defensa del presunto agraviado se hace antes que la aplicación concreta de la ley viciada sea intentada aplicar.

¹² C. S. N., "Fallos", 242-262, 263-177.

¹³ C. S. N., "Fallos", 139-65, 183-76, 184-358, 303-18.

¹⁴ C. S. N., "Fallos", 139-65.

que "el tribunal no decide la conformidad o disconformidad de las leyes o decretos con la Constitución, sino que dejando a salvo la independencia y autoridad de los otros poderes, resuelve si en el caso concreto y definido los preceptos legales o reglamentarios se ajustan o no a los principios constitucionales"¹². En sentencia muy reciente concretó una nota de cordura que caracterizó a nuestra Corte Suprema en casi toda su historia, diciendo que "sólo decide la inconstitucionalidad cuando no le queda la vía de optar por la interpretación constitucional de la ley. La Corte al ejercer el control de constitucionalidad de la ley debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa del uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes y a las autonomías provinciales"¹³.

13. — Nuestra Corte Suprema es un tribunal exclusivamente judicial —la Constitución no le atribuye poderes políticos— y se ha mostrado siempre celosa de mantenerse en el plano de equilibrio y prescindencia que le compete. Esto acreció su prestigio tradicional y da a sus decisiones toda la prestancia propia de los fallos judiciales de óptima jerarquía. Ése es el sello del llamado control de constitucionalidad que ejerce en grado supremo (arts. 100 y 101 Const. Nac.). Resuelve conflictos concretos y no entiende dar directivas a los otros poderes, pero cada vez que la acción de éstos en infracción de normas constitucionales, lesiona intereses legítimos, los agraviados hallarán en el Poder Judicial el amparo de las normas menoscabadas; no porque la administración de justicia emiende al legislador o al ejecutivo, sino porque es de la esencia de la misión constitucional del Poder Judicial decidir el derecho de las personas cuando fuere negado, contradicho o desconocido; es la función propia del poder jurisdiccional, y su ejercicio legítimo no puede tener la significación de un avance sobre la competencia de los demás departamentos de gobierno. Por ello el carácter de amparo del interés privado que tiene la función judicial en tales circunstancias, ha sido precisado por la Corte Suprema recientemente, diciendo: "Es principio jurisprudencial, fundado en ponderables razones de prudencia que la elucidación de la cuestión de la invalidez de las normas impugnadas de inconstitucionalidad sólo es pertinente para los jueces en la medida necesaria para el reconocimiento del derecho que asiste a las partes que las objetan"¹⁴, señalando una valla más que la prudencia y la discreción judicial no debe ultrapasar, y que contribuye a ubicar con precisión en el juego institucional argentino la entidad de ese poder limitado y objetivo para juzgar de la constitucionalidad de la ley.

¹² C. S. N.: "Fallos", 183-319.

¹³ C. S. N.: "Fallos", 242-75.

¹⁴ C. S. N.: "Fallos", 243-65, citando los contenidos en 190-142 y 183-158.

IV. — ¿PUEDEN LOS JUECES ARGENTINOS DECLARAR DE OFICIO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES?

14. — Hecha esta sumaria revista panorámica de los modos y alcances de la revisión constitucional de la ley, voy a contraerme al tema propuesto.

Corresponde fijar, en primer lugar, el sentido de la expresión "declaración de oficio". Los jueces obran de oficio cuando su actividad no ha sido provocada por petición de parte interesada, cuando su acto es espontáneo, sin obedecer a un requerimiento externo sino a un impulso de su conciencia. Tomada la expresión en toda su latitud supondría interrogarse si un juez puede, por propia iniciativa, y sin que su actividad jurisdiccional fuera impulsada, declarar la inconstitucionalidad de una ley. La respuesta no ofrece dudas. Un comportamiento tal sería extraño al modo propio de proceder del Poder Judicial, cuya función es decir el derecho de las partes a requerimiento de quien tiene interés en accionar. Pues así como no basta que haya un juez presto a hacer una declaración sobre una materia determinada, tampoco es suficiente que alguien la reclame; es preciso que quien la demande tenga interés en hacerlo; que ese interés sea legítimo e importe la decisión de una contienda particular, concreta. En suma: un caso. Véase, pues, cuán lejos estamos de la posibilidad de una declaración espontánea y abstracta de inconstitucionalidad por cualquier juez, sea cual fuere su jerarquía o jurisdicción.

Por lo demás, como hemos visto, esta clase de decisiones no pueden producirse sino en una contienda judicial, y sin más alcance que al caso juzgado. Fuera de una controversia donde la cuestión constitucional se suscite en la disputa de los intereses contradictorios, y donde el juez se vea precisado a elegir la ley que deba aplicar, la declaración de inconstitucionalidad es inconcebible. Además, sería estéril e involucraría un decidido acto de hostilidad hacia los otros poderes del Estado.

15. — En un sentido más restringido se entiende por "declaración de oficio" la que pronuncia un juez, mediando controversia regularmente planteada ante sus estrados, y en la que resuelve no aplicar una ley que reputa inconstitucional, no obstante no haber sido objetada su validez por las partes en litigio; cuando el problema constitucional no es parte de la controversia.

Ahora la cuestión no es tan sencilla. Si bien el juez está obrando dentro de un caso sometido a su decisión, ninguna de las partes cuestionó la validez constitucional de la ley, por lo que, si se resuelve a plantearse la cuestión la habrá introducido en el pleito con prescindencia de la intención y de la voluntad de los litigantes, pronunciándose sobre un punto ajeno al litigio; y los jueces tienen el deber de fallar con arreglo a las acciones deducidas (art. 216, Cód. de Ptos. Civ.), es decir decidiendo las cuestiones que le son sometidas, y no otras. Claro está que el derecho invo-

cado por las partes puede ser erróneo y el juez no se encuentra stado a las citas legales del litigante, sino que aplica el derecho que entiende que rige el caso, según el milenarismo principio que se condensa en la fórmula latina "iura novit curia". Sería aventurado, sin embargo, hacer viable la discusión constitucional de una ley, no impugnada por parte alguna, por el solo pretexto de que el juez debe conocer y aplicar la norma pertinente aún ante el silencio o el error del interesado. No se trataría aquí de la aplicación de la regla apropiada, sino de la existencia o no de un capítulo de contienda. Y también de saber si el juez tiene poderes para violar el acuerdo expreso o tácito de las partes de aceptar como buena una ley que el magistrado reputa, en opinión suya, sin eficacia vinculatoria.

16. — Recordemos que el fundamento mismo de la facultad judicial de no aplicar una ley que considera inconstitucional, está en la prescripción imperativa del art. 31 de la Constitución, que establece un orden de prioridad para decidir en caso de colisión de normas. De donde cada vez que el juez se encuentre en el deber de elegir entre una regla que se acuerda con la Constitución y otra que la repugna, deberá necesariamente optar por la que se conforma con la ley suprema.

En nuestra doctrina se ha sostenido —y algún eminente jurista lo sigue sosteniendo aún— que ese poder debe ser ejercido inexcusablemente por los jueces cuando se enfrentan con el problema de tener que aplicar una ley que estimen constitucionalmente ineficaz, aunque no mediase impugnación específica de inconstitucionalidad; y aún se afirma que es una obligación suya que deriva del art. 31 de la Carta Fundamental, y a la que no puede substraerse sin violar sus deberes²⁴.

Así lo había entendido la Cámara de Apelaciones de Mercedes (Buenos Aires) en un viejo fallo²⁵ donde expresó que las cuestiones de inconstitucionalidad no sólo deben resolverse de oficio, sino con carácter previo. No parece, sin embargo, haber reincidido en aquella tesis, pues no tengo noticia de que la mantuviese ulteriormente.

Hugo Albina se pronuncia en favor de la decisión de oficio "cuando esa declaración sea indispensable para asegurar un derecho, garantía o exención" asegurada en la Constitución²⁶, y

²⁴ La antigua Cámara Civil Segunda de la Capital, juzgando en apelación una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de un decreto del gobierno defacto, dijo: "Para llegar a ese resultado no era necesario oír a la parte ni que la cuestión hubiese sido planteada en primera instancia... el tribunal ha podido proceder aún de oficio en cumplimiento del deber ineludible que se le impone a todo magistrado... de observar por sobre todo los preceptos de la Constitución como ley suprema de la Nación..." (7 de agosto de 1945). "Jurisprudencia Argentina", 1945-IV, pág. 238.

²⁵ 6 de agosto de 1920. "Jurisprudencia Argentina", t. 3, pág. 176.

²⁶ Hugo Albina: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal*, 3^o edic., t. II, pág. 79. Buenos Aires, 1957. *La Justicia Federal*, pág. 165. Buenos Aires, 1931.

del mismo modo piensa Pablo A. Ramella¹⁶, quien hace girar su razonamiento sobre el principio de que una vez sometido el caso a la decisión judicial, como el juez puede y debe suplir el derecho no invocado por las partes, es obligación del magistrado aplicar en primer término la Constitución.

Lo cierto es que son excepcionales los casos de los tribunales argentinos que se aventuran a obrar de oficio e nesta materia —por lo menos de manera ostensible¹⁷—, de ahí que una sentencia como la dictada por la Cámara Segunda Civil y Comercial de Córdoba, el 24 de agosto de 1956, adquiriera contornos de sensación¹⁸, no sólo porque afrontó la responsabilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley nacional muy controvertida, sino por el espíritu un tanto polémico que trasuntan los votos de los jueces. Tratábase de una cuestión de competencia planteada por declinatoria entre una Cámara Paritaria de la ley 13.246 y un juzgado local, y la Cámara de Apelación cordobesa declaró que las leyes 13.246 y 13.897 eran repugnantes a la Constitución Nacional y que los tribunales por ellas creados no tenían jurisdicción ni eran tribunales de justicia. Revindicó para sí la facultad de pronunciarse en ese sentido, aun sin petición de parte, pues "cuando los tribunales deben aplicar una ley en sentido material, lo primero que deben establecer es su conformidad con la Constitución Nacional, de suerte que si hay colisión de conceptos, si repugna la ley a los principios constitucionales, los magistrados deben declarar inaplicable la ley, cuestionada o no cuestionada".

17.—Se hace necesario señalar aquí que la sentencia que acabo de mencionar ofrece una modalidad que obliga a considerar el caso en particular. La cuestión planteada era un problema de competencia en que el excepcionante requiere del tribunal que decline la competencia que le correspondía como juez local para la aplicación del derecho común. La declinatoria debía producirse a favor de una de esas Cámaras Paritarias creadas por las leyes 13.246 y 13.897, que dependen del Poder Ejecutivo (Ministerio de Agricultura) y que administran justicia en los territorios de las provincias al margen de las más elementales normas de nuestro derecho constitucional. La médula del conflicto no era una cues-

¹⁶ Pablo A. Ramella: *La Estructura del Estado*, pág. 402. Buenos Aires, 1946. El autor cita erróneamente una sentencia de la Corte Suprema ("Fallos", 11-257) como sosteniendo la tesis a que adhiere. En realidad en ese fallo nada dijo la Corte sobre la declaración de la inconstitucionalidad de oficio. Quien lo sostuvo fue el juez federal Dr. Zavalera, cuyos votos no recogió el alto tribunal.

¹⁷ Tal ocurre con numerosas decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en que se resuelve que los juicios de desahajo deben ser juzgados de acuerdo a la ley vigente al tiempo de trabarse la relación procesal, no obstante las disposiciones en contrario de las leyes posteriores que imponen a los jueces sentencias conforme a las reglas de las leyes nuevas, que declaran aplicables de inmediato y de orden público. Las pronunciamientos de la Suprema Corte ("Ac. y Sent.", 1956, II, págs. 393, 713, etc.) hacen presunción de una norma del legislador sin petición de parte y sin declaración expresamente inconstitucional.

¹⁸ "La Ley", t. 83, pág. 353.

ción de interés privado, sino un problema de orden público como es la defensa de la jurisdicción propia de los tribunales locales de una provincia, invadida por un organismo administrativo nacional. No se trataba, tampoco, de un caso de jurisdicciones concurrentes en que las competencias pueden ser optativas o prerrogativas. En la especie se intentaba substraer a la autoridad de los tribunales provinciales el conocimiento de una causa que les competía constitucionalmente, y quien se la disputaba era una dependencia administrativa nacional que adoptaba la irrita postura de tribunal judicial. En defensa de sus atribuciones constitucionales el tribunal de Córdoba pudo obrar de oficio, pues las prerrogativas propias de los órganos de poder no pueden estar expuestas a la negación por falta de defensores particulares, ni requieren la iniciativa de éstos para preservarse a sí mismos, que es la preservación del orden supremo del Estado: el orden público por excelencia.

No olvidemos que fué precisamente un caso bastante similar al expuesto el que sirve de pristino origen a la doctrina de la revisión constitucional de las leyes por los jueces en un régimen constitucional como el nuestro. En efecto, en el caso de *Marbury c/Madison* la Corte Norteamericana declaró de oficio la inconstitucionalidad de la Judiciary Act que le atribuía una competencia extraña a la fijada por la Constitución, permitiéndole la interferencia en los actos privativos de otro poder del Estado. La Corte se rehusó a aceptar un poder de quien no podía dárselo, e invalidó la ley que ampliaba sus atribuciones, que, consideró, sólo podían provenir de la Carta Fundamental.

18. — La tradición invariable de nuestra Corte Suprema se pronuncia por la negativa del ejercicio judicial de la facultad de control constitucional si no media concreto requerimiento de parte. Es condición esencial de la organización del Poder Judicial la de que no le es posible controlar por su propia iniciativa —dijo en una ocasión— los actos legislativos o los decretos de la administración²⁸, ni puede hacerlo si la cuestión de inconstitucionalidad no ha sido concretada en la demanda ni sostenida en el alegato²⁹. Y en el caso *Morales c/Cánovas*³⁰ llegó a revocar una sentencia que había pronunciado una inconstitucionalidad de oficio porque la nulidad por inconstitucionalidad debe ser alegada y probada en juicio. "Es cierto —admitió la Corte en otro caso— que en alguna oportunidad fué resuelto por el tribunal que puede aún de oficio avocarse al examen de las actuaciones de la causa que se digan o aparezcan realizadas con violación de los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia; pero ello solo se juzgó viable como recaudo de excepción,

²⁸ C. S. N., "Fallos", 130-142.

²⁹ C. S. N., "Fallos", 194-408.

³⁰ "La Ley", t. 82, pág. 684.

destinado exclusivamente a evitar que los magistrados intervinientes se apartasen de las normas o reglamentos a que debían someter su desempeño²¹, con lo que no se aleja de su línea trazada, pues tratábase de un característico caso de ejercicio de su superintendencia, es decir en función de atribuciones privativas. A esta regla definitivamente invariable²² responden diversas decisiones de los más distintos tribunales del país, como la Cámara Civil Primera de la Capital²³, la Cámara Federal de la Capital²⁴, la Suprema Corte de Mendoza²⁵. La Cámara Federal de Bahía Blanca, en una sentencia bien fresca²⁶, dijo, planteando una variante novedosa, que los actos de los poderes públicos tienen la presunción de legitimidad "salvo que dicha constitucionalidad fuere expresamente cuestionada, o que el acto afecte o roce prerrogativas esenciales del otro poder, subordinándolo, en cuyo caso no sería a un órgano subalterno del Poder Judicial —Juez o Cámara— a quien competiera el respectivo planteamiento, sino a la propia Corte Suprema". Parece-me que esta última tesis es errónea. Cuando el acto inconstitucional afecta a las prerrogativas del Poder Judicial, el juez de la causa en que el acto se intenta hacer valer debe pronunciarse de oficio sobre su inconstitucionalidad. No se trata de la defensa "personal" de los privilegios de la Corte, sino del restablecimiento de los valores constitucionales en punto al discernimiento de las competencias supremas, y el juez preserva el orden constitucional perturbado. Debe defender el orden establecido en la Constitución recabando para el poder que representa la plenitud de sus atribuciones constitucionales. La Corte Suprema "representa" al Poder Judicial, como cabeza visible que es, pero cada juez, cualquiera sea su jerarquía, inviste la plenitud del Poder Judicial en el momento en que realiza el acto de juzgar.

19. — La Corte Suprema, como los tribunales inferiores de la nación, no son más que eso: tribunales de justicia. Cierto es que en nuestro régimen político la organización judicial está constituida en poder del Estado; pero un poder que, al igual que los demás, obra con facultades y dentro de una esfera de acción delimitada por las reglas de la Constitución. Y si pretende ser guardiana del orden jurídico —pretensión que ya señalé como excesiva en tanto se considere esa atribución como exclusiva— debe comenzar por respetarlo. El poder judicial administra justicia y nada más, y si intenta invadir las competencias de los otros poderes erigiéndose en su mentor o en su censor, aunque fuera con la mejor de las intenciones para preservar el orden constitucional,

²¹ C. S. N.: "Fallos", 242-118.

²² Más casos, entre muchos: C. S. N.: "Fallos", 190-142, 199-448, 204-67, 205-163 y 243, 234-344- 242-128.

²³ "Jurisprudencia Argentina", t. 34, pág. 67.

²⁴ "Jurisprudencia Argentina", t. 30, pág. 766.

²⁵ "La Ley", t. 90, pág. 363.

²⁶ "La Ley", del 5 de octubre de 1959, fallo número 43.961.

lo romperá en el momento mismo en que extralimite su función específica. Mientras administre justicia aplicando la ley que repete acorde con la del ordenamiento supremo, y rehusándose a reconocer poder vinculatorio a la ley que infringe la Constitución, ejercerá sus propias atribuciones; fuera de ellas se expone a entrar en conflicto con otras competencias constitucionales. "Si anticipándose a un requerimiento de parte legítima avanzara una Corte de justicia declaraciones generales acerca de la legitimidad con que hayan procedido los otros poderes del gobierno —escribe Carlos de la Vega²⁷— de hecho quedarían éstos supeditados a aquélla y el principio del armónico equilibrio que debe presidir su funcionamiento desaparecería desde luego."

20. — La Corte —y con mayor razón los tribunales inferiores— conoce y decide en "causas", como lo prescribe el art. 109 de la Constitución Nacional, es decir en controversias concretas entre partes, y debe pronunciarse sobre las cuestiones debatidas haciendo justicia a los litigantes, que no otra es su función. Sólo si para "dar a cada uno lo suyo" conforme al derecho vigente encuentra a modo de obstáculo una ley en franca colisión con las normas superiores del ordenamiento del art. 31, le es lícito allanarlo haciendo a un lado esa ley que constitucionalmente no obliga. Pero ese obstáculo debe ser real, y el conflicto no tener otra solución. "La Corte no debe entrar a decidir cuestiones sobre validez constitucional de la legislación a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser necesariamente resueltas", escribe Charles Evans Hughes²⁸, y Manuel García Felayo acota: "es decir cuando carezca de otro fundamento legal, pero no cuando exista éste, o cuando la decisión de anticonstitucionalidad no encierre consecuencias jurídicas prácticas para las partes"²⁹. No hace mucho dijo la Corte misma³⁰ que "la elucidación de las cuestiones de invalidez de las normas impugnadas de inconstitucionalidad sólo es pertinente para los jueces en la medida necesaria para el reconocimiento del derecho que asiste a la parte que las objeta" o "cuando no le queda la vía de optar por la interpretación constitucional de la ley".

Se impone, así, la conclusión de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley por los jueces nunca puede ser un fin: es sólo un medio para alcanzar su objeto específico de administrar justicia. Y como en esa función lo primordial es dar satisfacción al derecho de las partes, que son intereses privados, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes se convierte en problema incidental que únicamente aflora a la problemática de la sentencia

²⁷ "Jurisprudencia Argentina", t. III, pág. 469.

²⁸ "La Suprema Corte de los E. U. U.", pág. 51. Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 431.

³⁰ C. S. N., "Fallas", 243-65 y 243-75.

en función de un agravio a un interés particular, y que ese agravio funde por esa razón el reclamo judicial.

Esta afirmación no menoscaba ni resta jerarquía a la augusta atribución jurisdiccional de calificar la ley para encuadrarla en el orden de primacías del art. 31 de la Constitución, pero hay que recordar que la actividad del juez se debe rigurosamente a las pretensiones que se hacen valer en el proceso, y que en tanto se ventilan cuestiones que pertenecen al interés privado, el problema constitucional no nace si ese interés privado no lo suscita. Vuelvo, pues, a las palabras escritas en los comienzos de este trabajo cuando expresé que las grandes frases como "guardián de la Constitución" y "control jurisdiccional" mueven a engaño por excesivas. Los jueces son guardianes de la Constitución y ejercen el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes cuando se los requiere para ello, en causa legalmente trabada, por parte que tiene interés personal y legítimo, y la declaración de inconstitucionalidad se hace necesaria para impartir la justicia que se demanda²¹.

21. — Pero puede ocurrir que en la contienda judicial una de las partes invoca en su favor una ley que el juez reputa contraria a la Constitución, y el oponente funda sus defensas en otras razones que la inconstitucionalidad de la norma que sustenta la acción. Puede ocurrir también que una y otra parte asienten sus pretensiones en disposiciones evidentemente inconstitucionales, y en ninguno de los casos los litigantes cuestionen la validez obligatoria de la ley. ¿Podría el juez, juzgando con su personal criterio jurídico, decidir el caso precludiendo por razón de inconstitucionalidad, de las leyes invocadas o aceptadas como buenas por los interesados?

Parecería, en principio, que sí, puesto que el juez debe aplicar las leyes acatando el orden de prioridades del art. 31. Esto es lo que sostiene Rafael Bielsa, para quien la aplicación de las leyes en el orden constitucional "es siempre regla inefragable para todos los tribunales de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales y provinciales. Cuando ellos deben aplicar una ley en sentido material lo primero que deben establecer es su conformidad con la Constitución Nacional, que es ley suprema"²². Esto es cierto; pero no perdamos de vista que la función judicial no tiene el destino específico de controlar la validez constitucional de las leyes sino el de administrar justicia a los sujetos que la piden. Y si lo que piden o disputan son derechos o intereses de su entera disponibilidad, nada ni nadie puede impedirles que renuncien al ejercicio de unos o a reclamar los otros. Para el litigante el objeto del pleito es la reparación de un agravio, la exigencia del cum-

²¹ En este sentido Joaquín V. González: *Manual de la Constitución Argentina*, N° 314.

²² RAFAEL BIELSA: *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, pág. 45, 2° edic. Buenos Aires, 1939.

plimiento de una obligación o el reconocimiento de un derecho. Si para la más cumplida satisfacción de sus pretensiones se opone una ley inconstitucional y no reclama la declaración de su ineficacia, ello no importa la renuncia a un derecho de orden público, ni se hace cómplice de la infracción de una norma de la ley fundamental: sólo ha renunciado a un derecho que interesa a su persona o a su patrimonio, un interés de que puede disponer libremente, y que el juez no puede obligarle a ejercer. Por eso, la renuncia a impugnar la validez de una ley —aun tícita es perfectamente lícita, y el juez no puede sustituir al renunciante cuestionando una materia que no integra la relación procesal. La Corte Suprema ha resuelto inúmeras veces que el vicio de inconstitucionalidad de la ley, cuando afecta la esfera del derecho privado, es consentible. "La garantía, el derecho o el privilegio federales que asistieron al litigante pueden ser renunciados por vía del consentimiento" ²⁰. La actitud definida que supone reconocer la validez de una ley u ordenanza debe ser considerada como una renuncia a impugnarla después ²¹. Quien ha invocado a su favor una ley no puede atacarla luego de inconstitucionalidad ²². La convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos ²³. Abundan las decisiones de la Corte en que declaró tardío el cuestionamiento de la constitucionalidad de las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales de las leyes 13.246 y 13.897, porque el ataque era llevado por quien había acudido espontáneamente a ellas, o había consentido su competencia como demandado. Convento, ello no obstante, que ese obstáculo viene demorando —tal vez demasiado— una impostergable condenación de inconstitucionalidad de estos absurdos "tribunales", repugnantes por muchos motivos a los principios más esenciales de nuestra Carta Fundamental. Razón tiene, y sobrada, el eminente jurisconsulto que se oculta bajo el pseudónimo de Prócuro o Nerva en las incisivas notas de la revista "La Ley", con que fustiga la mora de nuestra Corte Suprema en marcarlos de una buena vez con el sello de la invalidez constitucional.

22. — Si es correcta la constante jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que el consentimiento del vicio de inconstitucionalidad cierra la vía de impugnación, la validez de la tesis es circunscribe, repito, a la esfera del interés privado. Cuando el orden público está interesado no hay nulidad convalidable ni vicio purgado. Esto es de doctrina elemental. Los particulares pueden declinar derechos y renunciar privilegios o garantías, pueden

²⁰ C. S. N.: "Fallo", 183-459, 183-124.

²¹ C. S. N.: "Fallo", 182-242, 182-477, 183-444.

²² C. S. N.: "Fallo", 184-361. "La Ley", 30 de octubre de 1950, folio 44-013.

²³ C. S. N.: "Fallo", 183-458.

desprenderse de sus bienes y hacer abandono de todos sus intereses. Pero los poderes públicos no están facultados para hacer dejación de sus deberes o responsabilidades, ni para renunciar a las atribuciones y competencias establecidas por la Constitución. Así como el legislador no puede renunciar al derecho y al deber de legislar —a menos que renuncie al cargo y dejará de ser legislador— ni el presidente de la Nación puede consentir que gobierne por él quien no tiene calidad constitucional para ello, los tribunales de justicia —el Poder Judicial— no pueden contemplar impensables que la función jurisdiccional que les viene, privativa, de la Constitución, sea ejercido por personas que no traen la investidura constitucional de jueces.

Cuando la Corte Suprema —o otro tribunal con competencia en el caso dado— conoce en una causa donde advierte que comisiones de extracción administrativa ejercen facultades judiciales desplazando al órgano creado por la ley suprema con jerarquía de poder, no se halla frente a un problema de interés privado cuyo consentimiento cierra al interesado la vía de impugnación. El caso ofrece como espectáculo un profunda subversión del orden constitucional en que está rudamente afectada la autonomía y el ámbito de poder que es privativo de un departamento de gobierno. La Corte Suprema no puede dejar de pronunciarse sobre la "incompetencia" de las Cámaras Paritarias, porque el avance del poder administrador desplazando a los jueces de la Constitución no es susceptible de ser constatado por los particulares, ni puede ser consentido por el Poder Judicial sin declinar las facultades que le dió la Constitución para usarlas al servicio del orden jurídico establecido en nuestra Carta Magna. La función de guardiana de la Constitución no le ha sido señalada de una manera precisa ni exclusiva, pero por el solo hecho de ser cabeza de uno de los poderes del Estado, la guardianía le está impuesta como carga de cumplir los mandatos de la ley suprema, y preservar su intangibilidad, defendiendo la porción de autoridad de que es depositaria.²²

22. — En suma, concluyo que no es discutible la imposibilidad en que los jueces argentinos se encuentran de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, si el agravio derivado del vicio sólo afecta la esfera de los intereses privados; pero que si la decisión que deben pronunciar toca al orden público, particularmente a la materia esencial del supremo ordenamiento constitucional como el referido a las altas competencias del poder, y se ponen en conflicto las prerrogativas de un poder del Estado, los jueces tienen el deber de restituir las cosas al orden de la Constitución si la cuestión se pone de manifiesto en una causa sujeta

²² Algunas de las notas de Frócula-Nerco: "La Ley", t. 82, pág. 584; t. 82, pág. 109; t. 83, pág. 1. Diario "La Ley", 30 de octubre de 1958, nota a folio 44.011; 4 de noviembre de 1958, nota a folio 44.072.

a su decisión. Sería contradictorio y perturbador esperar que sean los particulares quienes salgan en defensa de las facultades privativas de los poderes públicos, erigiéndose en defensores de la armonía constitucional ante quienes tienen el deber institucional de velar por ella y preservar de la subversión su propia investidura, y, con ella, la fuente misma del orden jurídico en que vivimos.

Buenos Aires, 12 de noviembre de 1959.

BIBLIOGRAFIA

- CARLOS A. AROCOPI: *Anotaciones sobre algunos aspectos del Control Judicial de la Constitucionalidad*. "La Ley", t. 33, pág. 1.631.
- HUGO ALAIMA: *La Justicia Federal*. Buenos Aires, 1931.
- *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal*, 2ª edic., t. II. Buenos Aires, 1937.
- CARLOS A. AVARREBARAT: *Frases del art. 85 de la Constitución Nacional*. "Jurisprudencia Argentina", 1954-III, pág. 28, sec. doctr.
- BARBARO BORDA: *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, 2ª edic. Buenos Aires, 1938.
- JAMES BRAY: *La République Américaine*. Paris, 1911/13, 2 tomos.
- JEAN CHEVALER: *La Nouvelle Constitution et le Régime Politique de la France*. Paris, 1939.
- CARLOS DE LA VEGA: *Bajo qué condiciones puede darse un Funcionamiento de Inconstitucionalidad*. "Jurisprudencia Argentina", t. III, pág. 469.
- FELIX A. ESTEL: *La Suprema Corte Federal*. B. Aires, 1922.
- FELIX J. FALSA (h.): *La representación de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema*. "Jurisprudencia Argentina", 1951-III, pág. 23, sec. doctr.
- MIGUEL GARCÍA ESCOBAR: *El problema constitucional de la Democracia moderna*. Madrid-Barcelona-Ba. Aires, 1931.
- MIGUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1937.
- ALFONSO GONZÁLEZ: *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. B. Aires, 1932.
- JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: *Manual de la Constitución Argentina*, Reedicida, B. Aires, 1956.
- JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN: *Derecho Constitucional Argentina*. Seg. ed., Buenos Aires, 1923.
- HAMILTON, JAY y MADISON: *El Federalista*. México, 1943. Fondo de Cultura Económica.
- CHARLES FRANK HUGHES: *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México, 1946. Fondo de Cultura Económica.
- ESTEBAN IMAS y RICARDO REY: *El Recurso Extraordinario*. B. A., 1943.
- SERGIO V. LINARES QUINTERO: *Tratado de la Círca del Derecho Constitucional*. B. A., 1926. Seg. ed.
- PABLO A. RAMBILLA: *La Estructura del Estado*. B. A., 1946.
- CÉSAR ENRIQUE ROMERO: *Garantías Jurídicas Especiales contra el Poder*. "La Ley", del 15 de setiembre de 1959.
- CARLOS SÁNCHEZ VIALONTE: *El Poder Constituyente*. B. A., 1937.
- *El Constitucionalismo y sus Problemas*. B. A., 1937.
- CARL SCHMITT: *La Defensa de la Constitución*. Barcelona, 1931.
- JOEL STOWY: *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*. Trad. N. A. Calvo. B. A., 1934.
- FALSA de la Corte Suprema Nacional. Rev. "Jurisprudencia Argentina". Revista "La Ley". Acuerdos y sentencias de la Suprema Corte de Buenos Aires. Constitucionales.
- HORACIO CARNEVALLI MURON: *Vías y efectos de la Señalada de Declaración de Inconstitucionalidad*. "Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Costare", pág. 129. Montevideo, 1937.



ENSAYOS

EFFECTO JURIDICO DE LA RUPTURA DE ESPONSALES

Por

ERNESTO B. FRIEDMAN y CARLOS A. B. LAGOMARSINO

I. — CONCEPTO Y LEGISLACIÓN COMPARADA.

Espensales es el contrato de derecho de familia por el cual dos personas de distinto sexo, se comprometen a celebrar matrimonio en virtud de una promesa recíproca tendiente a ese fin¹.

De este concepto podemos extraer cuales son los presupuestos necesarios de dicho acto: a) distinto sexo en los celebrantes; b) promesa de contraer matrimonio; y c) que la promesa sea recíproca. Resulta obvio destacar que el mismo debe realizarse con las formalidades que cada ley nacional exija y concurriendo en los dos promitentes capacidad suficiente.

Sentadas estas bases previas, resultará útil a nuestro estudio un breve examen histórico y una ligera visión de la legislación comparada, adelantando desde ya, que son dispares las soluciones que nos ofrecen los derechos positivos y la jurisprudencia extranjeras.

Esta institución hunde sus raíces en el tiempo, sin que pueda afirmarse con precisión cuándo y dónde nació. Lo cierto es que el derecho romano ya la conoció y existían normas concretas que hacían referencia a ella. Entre los pobladores del Lacio, los espensales estaban garantizados con la *actio ex sponsa* que obliga-

¹ Advertimos que este concepto o definición está formulada en términos generales y no es válida para nuestro derecho positivo actual. Véase n° II de este trabajo.

ba al que quebrantaba su promesa al pago de una cantidad². Por el contrario, en el derecho romano se priva de efectos a la cláusula penal que se hubiere estipulado para asegurar su cumplimiento, aunque luego en la época romano-helénica se importa de Oriente³ el sistema de afianzar su cumplimiento por medio de las arras sponsalicias, con lo que se vino a reducir a bien poco la utilidad de la cláusula penal⁴.

Des son los efectos que suelen destacar los autores como propios de los esponsales en el derecho romano: a) el otorgar al novio la *actio injuriarum* por la ofensa inferida a la novia y b) el considerar adulterio la infidelidad de la prometida. Esto sin desconocer que mismo en Roma, la promesa matrimonial tenía otros efectos como por ejemplo, el constituir un impedimento para la celebración del matrimonio y ser considerado como parricidio el homicidio del futuro suegro o suegra.

Posteriormente, al ser recibida la institución por el derecho canónico y las Leyes de Partida, comenzó a generalizarse, pero esa generalización trajo con ella su desprestigio. El hecho de que los esponsales (tal como lo estableciera Justiniano) pudieran ser celebrados a la edad de siete años⁵, se prestó a toda clase de abusos y favoreció los casamientos concertados por los padres a espaldas de sus hijos, que llegó a constituir un mal frecuente, tan fielmente reflejado en obras como *El sí de las niñas* de Moratin.

Las Partidas establecían que los esponsales podían celebrarse al llegar el menor a los siete años, aunque luego para que el matrimonio se celebrase era menester que el menor llegado a los catorce años los ratificase. Por otra parte, si bien los esponsales no autorizan a exigir casamiento, el juez eclesiástico podía negar al que quebrase la promesa, la licencia para casarse con otro y el juez civil condenarlo a pagar los perjuicios⁶.

Aquel desprestigio del que habláramos fue el que influyó en el espíritu de los legisladores franceses y los hizo guardar silencio sobre los mismos y el que decidió a Vélez a redactar su artículo 186, citando en la nota la opinión de Seoane de que los esponsales estaban "desusados" en toda Europa.

El derecho canónico actual, consagra la validez de los espon-

² Véase Benfante, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*, 2ª Ed., Edit. Reus, Madrid, 1931, n° 62, pág. 195.

³ Arangio Ruiz, Vincenzo: *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Depalma, 1932, pág. 332.

⁴ Benfante, P.: *op. cit.*, pág. 195.

⁵ Partida 4, Tít. 1, Ley 2.

⁶ Para una amplia información sobre la materia en Leyes de Partida, véase Escriche, Joaquín: *Diccionario Abrevado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Vda. de Ch. Bourat, Paris-Méjico, 1923, págs. 644 y 645.

sales formalizados por escrito (Decreto *Ne temere* de 1907) y si bien ellos no autorizan a exigir casamiento, permiten al inocente reclamar del culpable que ha dejado incumplida su promesa una justa indemnización (Cánon 1017 del Código de 1917).

El Código Francés, ya lo hemos dicho, nada estableció sobre la materia, pero la jurisprudencia, que en un primer momento fue vacilante, admitió a partir de un fallo de 1838 que si bien no nacen de ellos ninguna obligación civil, hacen surgir en cambio, una obligación natural y, por lo tanto, lo pagado voluntariamente no puede ser luego repetido. Aún más, los tribunales franceses, negándose a valorar como contrato a los esponsales, han admitido la responsabilidad extracontractual del que incurre en el no cumplimiento de su promesa y por lo tanto, éste se encuentra obligado a indemnizar no sólo el daño material, sino también el moral⁷.

El Código Alemán dedica los artículos 1297 a 1302 a esta materia. El primero de ellos consagra el usual principio de que los esponsales no autorizan a exigir matrimonio, agregando que es nula la cláusula penal que se añade para asegurar su cumplimiento. Los artículos siguientes obligan a la indemnización del daño por parte del que desiste de los esponsales, siempre y cuando no haya tenido "un importante motivo" para hacerlo. Se hace responsable también al prometido que da lugar al otro a la resolución "por culpa que constituya un motivo importante". El artículo 1300 autoriza a exigir la indemnización del daño moral si la mujer siendo "intachable" ha permitido a su prometido la cohabitación. El art. 1301 establece que si no se lleva a cabo el matrimonio "cada prometido puede exigir del otro la restitución de aquello que le ha donado o que le ha dado como símbolo de los esponsales, según las disposiciones de la restitución de un enriquecimiento sin causa". El último artículo que hace referencia a esta institución, establece que "las acciones que emergen de las disposiciones precedentes prescriben a los dos años de la disolución de los esponsales".

Lehmann⁸ aclara que los esponsales no necesitan forma especial, que pueden ser celebrados por apoderado, que son nulos los esponsales simulados y que la existencia de algún impedimento no dispensable los hace también nulos. El mismo autor⁹ explica que la calidad de mujer intachable no es sinónima de mujer virgen, ya que la viuda puede ser intachable, y que los prometidos tienen entre sí un vínculo similar al de los parientes lo que pro-

⁷ Véase especialmente Masséou, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, Trad. de Alcalá Zamora y Castillo, E.J.E.A., Ed. An., 1938, Parte I, Vol. III, n.º 723, págs. 83 y 84.

⁸ Lehmann, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*, Vol. IV; *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Madrid, 1933, n.º 6, págs. 49 y 50.

⁹ Lehmann, Heinrich: *op. cit.*, pág. 52.

duce efectos tanto en el derecho penal como en las leyes procesales.

El Código suizo, como lo hacen notar Rodríguez Arias Bustamante y Dulio Arroyo¹⁸, si bien establece un régimen similar al Código Alemán, ofrece algunas peculiaridades, ya que da el carácter de legítimos a los hijos de padres que entre sí hayan celebrado esposales (art. 260) y otorga un carácter más amplio a la indemnización, pues ésta procede en todo caso como reparación del daño moral y no limitada como en el artículo 1300 del Código alemán.

El Código español de 1889 trae dos artículos, el 43 y el 44 que hacen referencia a nuestra institución. El primero declara que los esposales no producen obligación de contraer matrimonio. El art. 44 por su parte prescribe: "Si la promesa se hubiese hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieran publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contados desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio."

En Estados Unidos de Norte América, dice Oliva Vélez¹⁹, las rupturas de esposales "ocasionan frondosos litigios" al punto de que existe un nombre especial para designarlos: "breach of promise suit". Claro, que a estar a las informaciones que el autor nos suministra, los jueces admíten con excesiva facilidad la procedencia de esta acción, lo que viene a introducir complicaciones de trascendencia en la institución, ya que de ese modo son los propios tribunales los que dan pie a que se desarrolle una verdadera industria de estos pleitos, que más de una vez tendrán como protagonista o accionante a una mujer oportunista que no teme el escándalo, sino que por el contrario lo busca como coadyuvante de su finalidad.

Así se encuentra justificada la crítica que cita Oliva Vélez hecha en un artículo aparecido en *Harvard Law Review* de que constituye una manifiesta injusticia "el requerir la prueba escrita para probar un contrato de venta de mercaderías por valor de cincuenta dólares y autorizar en cambio, a una mujer a demandar

¹⁸ Lina Rodríguez Arias Bustamante y Dulio Arroyo en *Enciclopedia Jurídica Osmía*, Edt. Bölling Arg., Bs. As., 1939, Tomo X, pág. 740.

¹⁹ Oliva Vélez, Héctor Alberto: *Los juicios por ruptura de esposales en los Estados Unidos de Norte América*, La Ley, Tomo 33, pág. 940 y sig.

cuarenta mil dólares o más sobre la base de su propia palabra, negada estruendosamente por el demandado”²¹.

Varios estados norteamericanos. —Nueva York fue el primero— han abolido los juicios por ruptura como consecuencia de las severas críticas que suscitaren en la opinión pública de aquel país²².

El Código Civil brasileño de 1917 al tratar de los actos ilícitos, en el artículo 1548 dispone que la mujer que ha sido agraviada en su honra puede reclamar del ofensor una dote (que debe ser de acuerdo a su condición) si fuese seducida con promesa de casamiento y no quisiere o no pudiere remediar el hecho con la celebración del matrimonio.

En el derecho uruguayo, el art. 81 del Código Civil dispone: “Los esponsales, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y que no produce obligación alguna en el fuero externo. No se puede alegar esta promesa, ni para pedir que se efectúe el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios”. El art. 82 niega valor a la cláusula penal inserta para asegurar el cumplimiento de la promesa, no dando lugar a la restitución si la multa se hubiese pagado voluntariamente, de acuerdo a los principios que rigen las obligaciones naturales.

El Código Civil italiano de 1942 por su parte, consagra una solución similar a la del derecho canónico, exigiendo la escritura y dando lugar al resarcimiento de los gastos. Por igual sistema se pronuncia el Código de Méjico. El moderno Código venezolano de 1942, también admite la acción por indemnización, aunque no requiere la escritura.

Cabe finalmente destacar que en Francia, el Anteproyecto de Reformas al Código Civil, tratando de adecuarse a la más actual tendencia legislativa mundial y haciéndose eco de las soluciones jurisprudenciales adoptadas en ese país, dedica algunos preceptos a nuestra institución, estableciendo no sólo la responsabilidad del promitente incumplidor, sino también la de las personas que por tener autoridad sobre él, lo hayan incitado a romper el noviazgo cuando el promitente sea menor de edad.

También se responsabiliza como en el Código alemán (art. 1289) al que haya dado al otro celebrante justos motivos para romper. Además, se admite toda clase de pruebas y se establece el término de un año como plazo para intentar la acción.

²¹ Oñes Vilas, Horacio A.: op. cit.

²² Berón, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia*, 2ª ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1938, T. I, n° 64, pág. 70.

Un fallo de la Corte de París de noviembre de 1857 ¹⁴, basándose en que los esponsales no son un contrato, sino un hecho, ha admitido toda clase de pruebas, tendencia ésta a la que se encuentran adheridos prestigiosos juristas franceses y que como acabamos de ver se adoptó expresamente en el Anteproyecto de Reformas, aun cuando todavía no es solución unánime de los tribunales, ya que hay Cortes que exigen principio de prueba por escrito ¹⁵.

II. — NATURALIZA JURÍDICA DE LOS ESPONSALES.

Como lo pone de manifiesto Lehmann ¹⁶, tres doctrinas tratan de explicar la naturaleza jurídica de los esponsales: la teoría del contrato, la del hecho y la del contrato de derecho de familia.

Fácil es advertir que así como en Alemania se ha abierto paso sin dificultad la concepción de que los esponsales son un contrato, (ya de mero contenido obligacional, ya de contenido especial, de derecho de familia) tal posición resultaría insostenible en nuestro país, donde un texto expreso como lo es el art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil dice enfáticamente que no se reconocen esponsales de futuro.

Puede pues, concluirse afirmando que no es posible, dado el estado actual de la legislación comparada, sostener categóricamente una concepción determinada con validez general; más acertado será decir que mientras para algunas legislaciones (Alemania, España, etc.) los esponsales constituyen un contrato, en otros, (Argentina por ejemplo) un simple hecho ¹⁷. Esto, sin negar que la más moderna concepción doctrinaria parece inclinarse por considerarlo como un contrato de derecho de familia.

Lo que no creemos útil, ni siquiera real (ni en nuestro país, ni en ningún otro) es distinguir como lo hacen los juristas Mazeaud entre esponsales y promesa de matrimonio ¹⁸ argumentando que los esponsales dan origen a una mayor indemnización, porque llevan además del elemento intencional, un elemento de publicidad que es el anuncio de la promesa hecha a los parientes y amistades. Nada autoriza esta distinción que juzgamos artificial y que creemos que no encontrará eco en la doctrina.

Esponsales y promesa de matrimonio recíproca, son pues si-

¹⁴ Véase Orta, *Manuel: Jurisprudencia y Doctrina Francesas en el Segundo Trimestre del año 1858*, J. A., 1939-1; *Sen. Doc.*, págs. 12 y 13.

¹⁵ Mazeaud: *op. cit.*, pág. 93.

¹⁶ Lehmann, Heinrich: *op. cit.*, pág. 30.

¹⁷ Sin olvidar que en un mismo país, Francia, hay autores que sostienen que es un contrato, mientras que otros se inclinan por pensar que es un simple hecho.

¹⁸ Mazeaud: *op. cit.*, n° 723, pág. 81.

nónimos²⁹ que pueden ser usados indistintamente ya que no hacen más que designar un solo y mismo hecho³⁰.

III. — El Código Civil Argentino: sus fuentes.

Vélez Sarafiel legisló sobre esponsales en un único artículo: el 166. Decía así: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado."

La breve nota que inserta al pie de la citada disposición da como referencia el Proyecto de García Goyena, artículo 47. Si recurrimos a dicho cuerpo legal y nos ubicamos en el mencionado artículo leemos: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil ni eclesiástico admitirá demanda sobre ellos." Se advierte que Vélez agregó: "Ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado"³¹.

Freitas por su parte, en el artículo 1248 de su Esbozo, después de disponer que no podrán presentarse tales contratos en juicio concluye, "ni para exigir cualquier pena o indemnización de pérdidas e intereses."

Parece claro entonces, que Vélez inspirándose en García Goyena y Freitas respectivamente, redactó su art. 166 que hace un repudio franco de los esponsales en el derecho argentino.

El concepto que García Goyena tenía de los esponsales, surge nítido a través de sus propias palabras que reproduce Rébora³²: "mujeres impudentes que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor y la inexperiencia de la juventud... escandalizan todos los días al público y a los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y el único objeto de su pretendida seducción; porque es muy notable que jamás se dejen seducir por un pobre."

Argumentos tan valederos hacen reflexionar profundamente sobre la institución, sobre todo, cuando palabras más o menos parecidas leemos en otros autores de distintas épocas y latitudes.

²⁹ Conf. Orgaz, *Arturo: Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, 4ª ed., Ed. Asandri, Córdoba, 1934, pág. 168.

³⁰ Así, no podría aducirse que los esponsales se han celebrado en el acto que entre nosotros se denomina *compromiso*, ya que aquellos suelen precederle y celebrarse en la intimidad sin ninguna clase de publicidad o solemnidad.

³¹ Este agregado hace decir a Romero del Prado, Víctor N.: (*Matrimonio y Divorcio*, Ed. Asandri, Córdoba, 1958, pág. 33) que tal como quedó redactado el artículo en nuestro derecho se "colera el engaño en tales promesas de matrimonio".

³² Rébora, Juan Carlos: *Instituciones de la familia*, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs. As., 1943-47, T. I, n° 42, pág. 271.

Ahora bien, vimos ya cual era la opinión de Goyena. Veamos entonces cómo organizaba la institución Freitas, destacando desde ya que esto tiene importancia, porque aunque nuestro Código haya sido más parco que el Esbozo, puede decirse que en ambos cuerpos la institución recibe parecido tratamiento.

El juriconsulto brasileño dedica varios apartados a los responsables que se encuentran algo dispersos en su Anteproyecto.

Comienza por establecer en el art. 1240 que no son necesarios para la celebración del matrimonio los esponsales previos, aunque la ley no los prohíbe (art. 1241). Se expresa que tienen capacidad para celebrarlos todos los que no tuvieren impedimento para casarse (art. 1238). El art. 1248, ya citado, establece la imposibilidad de presentar los contratos de esponsales en juicio "ni para obligar al matrimonio convenido, ni para exigir cualquier pena o indemnización de pérdidas e intereses", aunque si se paga voluntariamente no se puede repetir por vía judicial (art. 1249). Por último el artículo 1250 deja a salvo el derecho a uno de los celebrantes de reclamar del otro la restitución de lo que le hubiese donado con motivo del frustrado matrimonio.

Noa cabe agregar, para concluir este parágrafo, que la ley de secularización del matrimonio N° 2393, mantuvo la redacción del art. 166 y lo incluyó como artículo 8. Bibrón en su Anteproyecto se limita a reproducir esa disposición y el Proyecto de 1936 en su art. 338 dispuso: "No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio." De lo que surge de las actas de la Comisión es posible afirmar que la procedencia de indemnización debe ser regida por los principios que gobiernan los daños y perjuicios derivados de los hechos ilícitos.

IV. — CUESTIONES QUE SE SURCITAN EN NUESTRO DERECHO.

Tres son los problemas que hacen surgir los esponsales en nuestro derecho; ellos son: a) saber si los mismos dan o no lugar a exigir matrimonio, b) saber si se puede exigir indemnización y c) saber qué ocurre con las donaciones que se han hecho entre si los prometidos.

a) El derecho a exigir matrimonio.

Ninguna duda cabe ante la clara redacción del artículo 8 que los esponsales no dan acción para exigir la celebración del acto matrimonial. Como bien dice Busso²², se ha querido unificar el proceso formativo de dicho acto.

²² Busso, Eduardo R.: Código Civil Anotado, Ediar Edita, Bs. As., 1938, Tomo II, 1° parte, Comenz. art. 8 L.M.C., n° 30, pág. 36.

b) Derecho a indemnización.

Los autores se encuentran profundamente divididos al respecto. Algunos como Segovia, Frayones, Lafaille²⁴ y Borda entienden que ante la redacción del artículo 8 no sería posible exigir, bajo ningún concepto, indemnización alguna.

Frayones, por ejemplo, aplaude la disposición de la ley por considerar "que no encuadra en nuestras costumbres" el exigir indemnización en tales casos y que "por temperamento nosotros separamos de los intereses pecuniarios todo lo que se refiere a los sentimientos del corazón"²⁵.

Borda²⁶, entiende que "esta acción abre el camino al chantage y a que mujeres desaprensivas se presenten a los tribunales, levantando escándalos por pretendidas seducciones."

Frente a estas opiniones que hemos recordado se levanta la posición sostenida por Rébora y que ha recibido adhesión por parte de Busso. Afirma aquel autor²⁷ que si bien no es posible fundar una acción en la responsabilidad contractual (dado que la ley no reconoce espousales de futuro) nada impediría, aplicando los principios generales en materia de responsabilidad extracontractual, responsabilizar al que por su culpa haya producido la ruptura de la promesa matrimonial.

Busso por su parte, se manifiesta partidario de esta tesis y termina expresando: "En todo caso será una cuestión de hecho la de apreciar si la conducta del prometido que se niega al matrimonio constituye acto ilícito"²⁸.

Adherimos sin reparos a esta posición, porque creemos que es la única posibilidad que existe en nuestro derecho por ruptura de espousales. No creemos que esa haya sido la intención de Vélez Sarsfield, muy por el contrario pensamos que el jurista cordobés quiso eliminar toda acción al respecto, pero legislando como lo hizo, dejó una hendidura abierta por donde es posible filtrar la justicia de una solución que se nos aparece como innegable. Por eso adherimos con entusiasmo a la tesis de Rébora y como él creemos que la solución que propugna es un "criterio protector"²⁹.

Cabe preguntarse ahora, si dicha indemnización debe o no comprender el daño moral. En un primer y frío análisis podría-

²⁴ Este autor, afirma sin embargo que, "habría que considerar el resarcimiento que siempre reconocerán los cónyuges y aceptar casi todos los códigos modernos". Lafaille, *México: Derecho de Familia*, Bibliot. Jur. Arg., B. A., 1930, n° 46, pág. 50.

²⁵ Frayones, *Eduardo B.: Derecho de Familia*, 7° ed., B. A., 1934, n° 12, pág. 31.

²⁶ Borda, G.: *op. cit.*, pág. 65.

²⁷ Rébora, Juan Carlos: *op. cit.*, pág. 419.

²⁸ Busso, Eduardo B.: *op. y loc. cit.*

²⁹ Rébora, Juan Carlos: *op. cit.*, Tomo I, n° 47, pág. 373.

mos creer que ante la presencia del artículo 1078 C.C., salvo que exista un delito del derecho criminal, no sería reparable dicho daño. Sin embargo, no sólo advertimos que la jurisprudencia en repetidos pronunciamientos ha aceptado el resarcimiento del daño moral aún sin concurrir los requisitos del 1078, sino que, a poco de examinar el problema se termina por ver que el mayor daño que se ocasiona con la ruptura injustificada de una promesa matrimonial es precisamente de esa índole y no material. De ahí entonces que concluyamos afirmando que el daño moral es indemnizable en este supuesto que examinamos²⁰.

Ya vimos que no es posible exigir indemnización alguna en base al contrato de esponsales, ¿qué ocurriría entonces si uno de los promitentes después de dejar incumplida su promesa pagara (por propia voluntad o por error de hecho o de derecho) una suma determinada? Freitas lo solucionaba estableciendo que no había lugar a repetición judicial. No es otra la solución de nuestra ley. En efecto, el artículo 515 del Código Civil al definir y enumerar las obligaciones naturales, establece en su inciso 5º que son tales "las que derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos, pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego". Es por lo tanto una obligación natural²¹ (fundada en el derecho natural y en la equidad) y no podría tampoco repetirse su pago, cuando éste se hubiese hecho por un error de hecho o de derecho, de conformidad a lo prescripto en el artículo 791, inciso 5º C. Civil.

Un último interrogante es posible formular dentro del tópico de la indemnización, y es acerca de si sería posible en nuestro derecho —admitida la responsabilidad extracontractual por ruptura de promesa matrimonial— que el celebrante cuyo novio le ha dado motivos justos para romper la promesa puede exigir indemnización alguna al hacerlo en base a la culpa del otro. Entendemos que sí. No habría razón alguna para excluir esta hipótesis (contemplada en el art. 1288 del C. alemán) del cuadro general de la responsabilidad extracontractual. De lo contrario, fácilmente se eludiría la sanción civil provocando la ruptura por parte del otro celebrante para eximirse de responsabilidad.

c) Las donaciones entre los prometidos.

¿Qué ocurre con las donaciones que se han hecho entre sí los promitentes mientras se mantenía el noviazgo?

²⁰ Casi nos atreveríamos a afirmar que la solución propugnada surgiría además de la aplicación analógica del art. 109 Ley de Mat.

²¹ Cf. Colzo, A.: *Tratado Teórico Práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil Argentino*, 2ª ed., Bs. As., 1928, T. I, n.º 84, pág. 66, y Segovia, L.: *Código Civil Argentino Anotado*, Lafont Edit., Bs. As., 1924, pág. 22.

Segovia, con una fórmula desconcertante dice que se puede "exigir la restitución de regalos existentes... como pago indebido"²². En verdad, no se acierta a comprender de qué modo puede jugar en nuestra hipótesis la institución del pago indebido. Por el contrario creemos, dado que la ley nada establece al respecto, que las donaciones han quedado irrevocablemente aceptadas y por lo tanto, no mediando alguna de las causas de revocación que el código enumera al legislar sobre el contrato de donación, los bienes donados han pasado a ser propiedad del otro prometido y no se puede exigir su devolución. Esto, sin dejar de reconocer como dice Frayones, que es usual en nuestro medio que al romperse un noviazgo, los prometidos se restituyan recíprocamente anillos, cartas y regalos²³.

V. — NUESTRA OPINIÓN.

Hemos contemplado el panorama que nos presenta el derecho comparado, el problema de la naturaleza jurídica de los esponsales, las disposiciones del Código Civil, sus fuentes y la opinión de los autores nacionales. Arribamos así al fin de nuestro trabajo, pero no sin antes escribir algunas líneas sobre la opinión que nos merece la institución examinada.

Somos, ya lo dijimos, decididamente partidarios del reconocimiento de los esponsales en derecho. Ante la imposibilidad de hacerlo en forma amplia, por la presencia del art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil, adherimos sin vacilaciones a la tesis de Rábora y creemos que es un buen remedio a la situación existente. Y somos partidarios del reconocimiento de los esponsales en derecho, porque creemos que las críticas que se le formulan no son de fondo, sino de forma.

Decir que ellos facilitan el chantaje y que permiten el desarrollo de escandalosos litigios promovidos por aventureras inescrupulosas, no es atacar la institución, sino la forma en que se halla legislada o en que es interpretada por los tribunales. Si en Estados Unidos ocurrió lo que narra Oliva Vélez en el trabajo citado, no cabe duda que buena parte de culpa tendrán los tribunales por admitir con excesiva facilidad la procedencia de tales acciones²⁴. Si por el contrario se exigiere rigurosa prueba de lo que nosotros nos permitiríamos denominar estado esponsalicio y se imponiera al litigante temerario la sanción de las costas procesales, amén de las acciones que pudieran caberle al demandado,

²² Segovia, L.: op. y loc. cit. en nota anterior.

²³ Frayones, E.: op. cit., pág. 31.

²⁴ ¿Qué pensarían los partidarios de la teoría del abuso de derecho si la vieran convertida por los jueces en la teoría del "atropello del derecho"? ¿Creen acaso que la institución es mala en sí misma por eso?

se evitarían los excesos a que hacen referencia los detractores de la institución y en cambio se daría posibilidad a ciertas personas, que víctimas de su prometido, no encuentran ahora (según la tesis que combatimos) el medio de recurrir a los tribunales en demanda de justicia⁸².

Por otra parte, debería legislarse sobre los bienes donados y su situación y por sobre todo, nos parece digna de imitarse la disposición del Código suizo que da carácter de matrimoniales a los hijos nacidos de padres que han celebrado entre sí esponsales⁸³.

Además, hay otra razón fundamental que mueven nuestras simpatías por la institución y es el problema económico que en nuestros días soportamos. Ya no podrá pensarse que conviene unificar el proceso formativo del matrimonio y que los esponsales no tienen razón de ser existiendo aquél, puesto que el problema pavoroso de la vivienda y de la carestía de la vida, hacen frecuentes hoy los noviazgos prolongados que se sostienen en base precisamente a esa promesa de matrimonio que el derecho no puede declarar inocua sin sancionar una injusticia.

Quien ha esperado cinco, seis, quien sabe más años, paciente y resignadamente, y luego se ve burlado en su fe, en sus esperanzas, por la conducta culpable del prometido no puede ser abandonado por la ley sin que a la vez no se le haga perder su fe en el derecho. Y ¿qué se le contestará cuando pregunte porqué el orden jurídico no la protege? ¿Que es porque los esponsales son utilizados por mujeres intencionalmente como medio de chantaje? No. Sería lo mismo que negarle derecho a un acreedor honesto para cobrar su crédito, porque muchos aprovechan igual situación a la suya para ser usureros.

No queremos extendernos más, sólo nos resta desear que en una próxima reforma legislativa —parcial, por supuesto— de nuestro Código Civil, se someta a examen el problema y se llene el vacío que hoy se siente en nuestra legislación.

⁸² Téngase en cuenta que también Vélez en una cuestión mucho más delicada, prohibió la investigación de la paternidad o maternidad a los hijos adultérinos, incestuosos y sacrilegos (art. 343) para evitar los "pequitos escándalos" que originaría (note el art. 325) y sin embargo razones más poderosas han influido para que la ley 14.367 permitiera esa investigación con la sola excepción de que se quiera atribuir un hijo a una mujer casada.

⁸³ No se podría decir que con tal proposición intentamos vulnerar la familia basada en el matrimonio. Muy por el contrario, creemos que una disposición al tenor de la del Código suizo, tiende a lograr una mayor cohesión entre los miembros de una futura familia, adelantando su proceso formativo al asignar serios consecuencias jurídicas a un vínculo que al fortalecerse, nace con su propia institución matrimonial.

ESCRITOS JUDICIALES

PRESENTACIÓN SOLICITANDO CONVOCATORIA DE ACREEDORES

Por
LUIS E. CAMPS

El modelo de escrito que más adelante se transcribe tiende a determinar en forma práctica, los requisitos elementales que debe contener una solicitud de esta índole. Cabe consignar que la Ley admite la concesión de un plazo breve para completar aquellos omitidos (art. 12 de la ley 11.719), pero ello es facultativo para el Juez y no procede otorgarlo cuando las omisiones se refieren a la mayoría de los extremos previstos por la ley.

SOLICITA CONVOCACIÓN DE ACREEDORES

Señor Juez Nacional en lo comercial: ¹

David Fernández, en mi carácter de socio en uso de la firma social de "Fernández y Cía. Sociedad Colectiva", con domicilio comercial en la calle Sarmiento 2500, de esta Capital Federal y constituyéndolo legal en el del letrado que me patrocina Dr. quien a los efectos arancelarios también lo constituye allí, a V.S. digo:

Primeros datos.

Mi carácter de socio se justifica con el testimonio del contrato social, debidamente inscripto en el Registro Público de Comercio o Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, que adjunto al presente. En su cláusula cuarta se previene que todos los socios tienen, en forma individual facultad de administrar la sociedad y el uso de la firma ².

¹ El escrito debe dirigirse al Jefe de Comercio (art. 8 de la ley 11.719), pero debe presentarse en la Mesa de Entradas de la Cámara Comercial quien determinará por serlo el Juzgado que debe conocer en el juicio. En el supuesto de desistimiento, las solicitudes posteriores también se remiten al mismo Juzgado.

² A falta de determinación contractual expresa, todos los socios poseen facultades para obrar individualmente a nombre de la sociedad (art. 251 inc. 3º del Cód. de Comercio). Tratándose de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada corresponde obtener la ratificación de la asamblea en el primer caso y en el segundo de la mayoría de socios que representen mayoría de capital, la que deberá ser presentada a los autos antes del día de la audiencia (art. 9 de la ley 11.719); caso contrario se tendrá por desierta la solicitud sin que obste a una nueva presentación.

COMPETENCIA.

Vuestra Señoría es competente para conocer en el presente, por cuanto la sociedad tiene su principal establecimiento y la administración de sus negocios en esta Capital Federal, calle Sarmiento N° 2500, tal cual resulta de la cláusula octava del contrato². Deberá tenerse presente que la sociedad tiene una sucursal en la Provincia de Córdoba —Ciudad de Río Cuarto— calle San Martín N° 900, debiendo mandar se publiquen edictos también en esa localidad³.

INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.

El contrato social otorgado el día 1° de abril de 1950, fue inscripto en el Registro Público de Comercio con fecha 16 de junio de 1950, bajo el número 2520, al folio 300, libro 26 de sociedades colectivas; idéntica formalidad se cumplió con el contrato de ampliación de su duración, otorgado el 1° de marzo de 1955, inscripto el 10 de marzo del mismo año, bajo el número 4530, al folio 500, libro 27 de sociedades colectivas. Todo ello resulta de los testimonios y constancias obrantes al pie de los mismos; al V. S. lo crea necesario dejó desde ya solicitado el oficio al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, a efectos de confirmar dicha aseveración. Todo esto deberá tenerse en cuenta a los fines del art. 10, inc. 3° de la ley 11.719.

ANTECEDENTES COMERCIALES Y CAUSAS DE LA PRESENTACIÓN.

Tal como se relató en el apartado anterior, la sociedad se constituyó el día 1° de abril de 1950, por un lapso de cinco años, siendo sus socios, los señores Juan Pérez, José Fernández y el suscripto; el capital era de \$ 200.000 m/n., íntegramente aportado en efectivo por parte iguales, participando en idéntica forma en las ganancias y pérdidas (cláusula 2° y 3° del contrato). También en el apartado anterior se informa acerca de su prórroga por seis años más. El ramo previsto para sus actividades es el de confección de ropa de trabajo para hombres y su venta al público.

Al comienzo del giro los negocios se desarrollaron en forma óptima; tanto es así que los primeros cuatro balances arrojaron beneficios netos crecientes: el primero: \$ 30.000; el segundo: \$ 40.000; el tercero: \$ 60.000 y el cuarto \$ 85.000 m/n. Durante los años 1954 y 1955 hubieron en vez, ligeras pérdidas imputables exclusivamente a dos hechos fortuitos, la quiebra de dos fuertes compradores de la firma, deudores a ese momento. Mas estas circunstancias no alarmaron a los socios por cuanto las reservas provenientes de años anteriores permitieron absorber sin esfuerzo esos resultados negativos. En el año 1956 se desarrollaron en forma tan óptima los negocios, que el beneficio neto fue de \$ 120.000 m/n. y

² Art. 8, ep. 2° de la ley 11.719.

³ Art. 14 de la ley 11.719.

en el año 1957 de \$ 150.000 m/n. Esa prosperidad determinó en los socios el razonable deseo de ampliar los negocios, por cuyo motivo se encaró la reforma total de nuestra sede central, ampliando sus instalaciones, obra cuyo costo ascendió a \$ 240.000 m/n.; también se resolvió la instalación de una sucursal en la Ciudad de Río Cuarto, a fin de extender el negocio mediante la venta al público, pues hasta entonces se había limitado a la confección de ropa. Esto último demandó una inversión de \$ 175.000 m/n.

Sin embargo el desenvolvimiento posterior de las operaciones no justificó ese optimismo.

Como es de público conocimiento, durante los años 1958 y 1969 y el actual se produjo una notable retracción en las ventas, que para ser superada determinó la necesidad de otorgar créditos importantes a nuestros compradores habituales. El incumplimiento de varios de ellos, y la necesidad de hacer frente a las deudas originadas en la ampliación de la sede e instalación de la sucursal, provocaron una creciente descapitalización de la sociedad. Pese al empeño y dedicación de todos los socios, la situación se ha agudizado de tal modo que nos vemos en la imposibilidad de afrontar regularmente los pagos a nuestros acreedores. Por ello, a fin de mantener la igualdad y en el deseo de no recurrir a créditos usurarios que en definitiva sólo constituirían un paliativo momentáneo a nuestra situación, nos vemos obligados a ocurrir ante Vuestra Señoría. Tenemos la absoluta seguridad de que ciertas concesiones por parte de nuestros acreedores, unidas a nuestra voluntad de trabajo nos llevarán a superar esta situación.

BALANCE - NÓMINA DE ACREEDORES.

Al presente escrito se adjunta un balance general de nuestros negocios, suscripto por el Contador de la sociedad y el representante. Asimismo se agrega una nómina de nuestros acreedores con todos los requisitos determinados por los incisos 1 y 2 del art. 10 de la ley 11.719.

CESACIÓN DE PAGOS.

Como fecha de cesación de pagos, indicamos el día de ayer, en que se protestó un pagaré librado por la sociedad a la orden de "Tejidos Aconcagua S.R.L.", por un monto de \$ 17.000 m/n.

CONTABILIDAD.

La sociedad llevó su contabilidad en libros rubricados desde el comienzo de su giro, practicándose las anotaciones de acuerdo a lo dispuesto por el art. 43 y siguientes del Código de Comercio. Los libros en cuestión son: Diario, Inventario, Copiador de Cartas y tres Auxiliares, todos los cuales pongo a disposición de Vuestra Señoría.

CONCORDATO ANTERIOR.

A los fines previstos por el art. 10 inc. 4º de la ley 11.718, manifestamos que ésta es nuestra primera presentación en convocatoria.

En mérito a lo expuesto, solicito a V. S.:

1. Me tenga por presentado, parte y por constituido el domicilio.

2. Con los requisitos acompañados y lo expuesto en el presente escrito se tengan por cumplidas las formalidades previstas por la ley, y se proceda a declarar abierto el juicio de convocatoria de "Fernández y Cía. Sociedad Colectiva".

Proveer de conformidad, que

SERÁ JUSTICIA.

UNIVERSITARIAS

PRIMER SEMINARIO DE DERECHO ARGENTINO

28 DE JUNIO-22 DE JULIO

Por

NORA B. CHAMOLÉS

El 28 de junio de 1960 tuvo lugar en la sede del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, un acontecimiento de indiscutible trascendencia en nuestro país: la inauguración del Primer Seminario de Derecho Argentino.

Mediante un acto sencillo en su forma exterior, pero de profundo significado por su contenido, jóvenes y destacados alumnos de diversas Facultades de Derecho de América, fueron acogidos en él con hospitalaria cordialidad, mediante las palabras pronunciadas en su discurso por el prestigioso jurista Dr. Eduardo B. Busso y a través del diálogo amable sostenido con profesores y estudiantes argentinos. A la Asociación Argentina de Derecho Comparado le corresponde el alto honor de haber auspiciado y logrado su realización. En una sesión efectuada en el mes de marzo del corriente año, el Dr. Ignacio Winkler propuso incluir en el programa de actos proyectados por dicha entidad, en adhesión al 150° aniversario de la Revolución de Mayo, Cursos de Derecho para estudiantes universitarios pertenecientes a países situados en el Hemisferio Norte.

Esta iniciativa tuvo como principal objeto, brindar a estudiantes de Derecho, Sociología, Humanidades y Ciencias Políticas, la oportunidad de visitar nuestro país para informarse especialmente de los principios y de las normas fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, de las costumbres peculiares de nuestro pueblo y de su evolución histórica-institucional.

El intercambio de opiniones acerca de problemas jurídicos, económicos y universitarios de gravitación actual, configuró su primordial finalidad. Sin embargo, esta idea renovadora y constructiva no fué acogida en todos los sectores con beneplácito. Algunos factores despertaron desconfianza en el éxito del Seminario, entre ellos la falta de personas especializadas para emprender la tarea de organización y la escasez de recursos monetarios para poder desarrollar el plan esbozado en forma eficaz.

Sin duda alguna, el proyecto causó gran sorpresa, porque era acostumbradamente ambicioso. En efecto, estaba destinado originalmente a 50 alumnos —comprendidos entre los 17 y los 25 años de edad— y no se contaba con un fondo de financiación adecuado a las circunstancias.

Un grupo de abogados recientemente egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires¹, bajo la dirección del Dr. Ignacio Winisky, tuvo a su cargo la misión de cooperar en la preparación de los cursos, obtener los alojamientos necesarios y programar las visitas, entrevistas y agasajos.

Como los gastos de transporte debían abocarlos los becarios, fué necesario obtener algunos descuentos para que los viajes no resultasen demasiado onerosos. Profesores, abogados y estudiantes de Derecho ofrecieron gentilmente sus casas para albergar a los visitantes. Directivos de Instituciones Públicas y privadas, comprometieron su colaboración desinteresada en favor del buen resultado de esta interesante obra.

A mediados del mes de junio supimos con certeza el número de alumnos que participaría de los cursos y por lo tanto qué países y universidades estarían representados. Cierta sensación de desconcierto nos invadió cuando advertimos que solamente ocho estudiantes extranjeros se beneficiarían con esta nueva experiencia². Pero si analizamos un solo elemento, se advierten con facilidad las razones que justifican este hecho. Evidentemente, las notificaciones no se enviaron con la debida anticipación, puesto que recién en el mes de marzo el proyecto fué aprobado. Las Facultades invitadas a enviar sus representantes no pudieron, por lo tanto, adoptar las precauciones indispensables para solventar los gastos de los viajes.

Los Dres. Walter M. Beveraggi Allende, Julio A. Decoud, Segundo V. Linares Quintana, Marco A. Risolia, Fernando L. Sabsey e Ignacio Winisky integraron el cuerpo de profesores. Se desarro-

¹ Jorge Andrés Bauer Mendelberg; Juan José Roberto O'Connor; Ricardo Lúdic; María Esther Postiguero y Nora B. Chazales.

² Robert Kaplan (Universidad de Toronto, Canadá); Javier Romo Mielon (Universidad de Medellín, Colombia); Luis del Toro y Calero (Universidad Nacional Autónoma de México, México); Becarios de la Fundación Fulbright, procedentes de E.E.U.U., que ya se hallaban en Buenos Aires cursando estudios: Dirk Lorenz (Universidad de Columbia); Jerry Dion (Universidad de Yale); Judith Fedérick (Beloit College, Wisconsin); Eugene Radins (Universidad de Carolina del Norte), y Teddy Roe (Universidad de Montana), becario de la Sociedad Interamericana de Prensa. Cabe agregar que siete estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, se inscribieron en el Seminario; dos de ellos asistieron regularmente a todas las clases: Erika Glenda Fernández y Nora Rodríguez Bella.

laron las siguientes asignaturas: Economía y Geografía Política; Derecho Público; Derecho Privado (Civil); Sociología Institucional Argentina y Derecho Comparado³. Las clases programadas en tres idiomas⁴ fueron dictadas solamente en castellano; los becarios de EE. UU. y Canadá no quisieron perder la oportunidad de perfeccionar un idioma que ya conocían. Para que pudieran captar en forma integral el nivel de vida cultural, económico e intelectual de la República Argentina, concretamos entrevistas con personalidades destacadas de nuestro país, visita a instituciones de diversa índole, y organizamos frecuentes reuniones en casas de profesores y estudiantes. Los becarios aprehendieron algunos matices y características de la vida del interior de nuestro país, mediante una breve estadía en la ciudad de Córdoba y en un establecimiento de campo.

Se efectuaron tres mesas redondas en las cuales los becarios y un grupo de estudiantes argentinos⁵ formularon distintos planteos, revelando constante inquietud por los mismos. Se refirieron a los principios fundamentales de la organización jurídica correspondiente a los países que representaban y expusieron los problemas universitarios de mayor convergadura, para solicitar luego sugerencias en materia de soluciones concretas. Dos ilustrativas conferencias completaron el plan de información previamente elaborado⁶.

Quiénes seguimos de cerca el desarrollo del Primer Seminario de Derecho Argentino constatamos que ha arrojado un saldo positivo: Jóvenes de Canadá, Colombia, Estados Unidos y México recibieron el valioso aporte de las enseñanzas de renombrados juristas argentinos. Los estudiantes de nuestro país adquirieron nociones sobre las instituciones jurídicas más relevantes de tres grandes países americanos. Cabe destacar finalmente la faceta más humana: todos aquellos que lo integraron aprendieron a comprenderse mutuamente un poco más.

En virtud del éxito obtenido, el año próximo probablemente se inscribirán muchos más estudiantes. Como no sería posible atender a todos con el esmero y la dedicación que merecen, nos

³ Se dictaron 21 clases en total: 4 de Economía y Geografía Política Argentina; 1 de Derecho Penal; 5 de Derecho Constitucional; 2 de Derecho Civil; 7 de Sociología Institucional Argentina, y 2 de Derecho Comparado.

⁴ Francés, Inglés y Francés.

⁵ Las mismas se desarrollaron, al igual que las clases de los profesores, en el Salón del Directorio del Colegio de Abogados.

⁶ Los Dres. Guillermo Fraguani Rey y Carlos Moubet, disertaron sobre "Derecho Municipal Comparado" y "Derecho Municipal Argentino" respectivamente, en el Consejo Deliberante de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

permitimos sugerir algunas reformas⁷. Consideramos conveniente limitar el número de países a invitar. Estimamos, ya en el ámbito de las valoraciones, más útil como primer paso tratar de lograr un estrecho acercamiento entre las juventudes de América. Además, el jurado tendrá que seleccionar a los 20 alumnos más destacados de entre todos aquellos que envíen las solicitudes de inscripción.

Después de haber expuesto esquemáticamente el funcionamiento del Seminario, sólo nos resta afirmar rotundamente que esta experiencia debe repetirse y que deben aunarse todos los esfuerzos posibles para concretar con perfiles cada vez más pulidos una idea destinada a contribuir a la formación de una cultura jurídica universal y al mejor entendimiento de los pueblos.

⁷ Resulta interesante señalar que los gastos ocasionados en total a la Asociación Argentina de Derecho Comparado ascendieron a \$ 7.000 m/n. Esta reducida suma se explica perfectamente, porque la base de financiación del Seminario la constituyó la buena voluntad y el espíritu de cooperación de aquellas personas que directa o indirectamente se hallaban en situación de colaborar en su desarrollo. A título de ejemplo cabe destacar que la Subsecretaría de Cultura de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires proporcionó gratuitamente localidades para conciertos, funciones de ópera y representaciones teatrales. Dos empresas industriales compartieron íntegramente los gastos del viaje a Córdoba en avión y del alojamiento en dicha ciudad.

LEGAJOS EJEMPLARES

ALFREDO COLMO

Decía un distinguido autor, desde estas mismas páginas:

"Hay en el archivo de nuestra Facultad muchos ejemplos aleccionadores, cubiertos por el polvo de una pesada indiferencia."

"Emprendemos la tarea de descubrirlos, con el propósito de despertar en los jóvenes una firme y consciente emulación."

"Haremos la semblanza objetiva de los maestros que enseñaron en esta Casa, sobre la base, principalmente, de la información que registran sus legajos."

"Los viejos maestros seguirán así cumpliendo su labor docente y los jóvenes de hoy hallarán en la recapitulación de esas vidas, expuestas a su examen con absoluta objetividad, señalado el camino de una acción noble y fecunda"¹.

Inspirados por tan bellos pensamientos y guiados por el afán de rendir justiciero homenaje a los maestros de ayer, para ejemplo de los estudiantes que pueblan las aulas de hoy, seguimos los pasos del precursor de estas notas, para señalar a otro de los más grandes civilistas argentinos: ALFREDO COLMO.

I.—Alfredo Colmo, hijo de padres italianos, nació en la Parroquia de Flores, en el año 1878.

La personalidad de estudioso que caracterizó al alumno, se vino perfilando desde sus años de Nacional, en cuyas aulas estuvo un solo año. Aprobó los cursos restantes como alumno libre, y se recibió de bachiller en el meteórico plazo de... dos años y tres meses. Tal era su capacidad de estudio y sus ansias vehementes de saber. En efecto, en diciembre de 1893 este hombre extraordinario —precoz, diríamos— aprueba todas las materias del segundo y tercer año de su bachillerato. Tenía a la sazón, 16 años. En el único curso que asiste a la escuela —el cuarto— obtiene un promedio general de 9.90 puntos; al mes rinde el quinto y obtiene su diploma.

El tiempo corría. Estudioso, inteligente, dinámico, no se daba tregua. En el folio primero del legajo personal de Don Alfredo

¹ M. A. R., *Legajos ejemplares*: HÉCTOR LAPALLA, en LECCIONES Y ENSEÑANZAS N.º 2, pág. 113.

J. Colmo, consta su ingreso a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de Buenos Aires, a los 18 años, en "calidad de estudiante oficial, el 29 de febrero de 1895".

El alumno ejemplar, rinde en diciembre de 1895 las tres materias correspondientes al primer año, y obtiene por calificaciones un distinguido y dos sobresalientes.

En diciembre de 1896 rinde todas las materias correspondientes al segundo curso, que son calificadas con un distinguido y tres sobresalientes.

En diciembre de 1897 rinde cuatro materias y merece por ello otras tantas calificaciones de sobresaliente.

En diciembre de 1898, da cinco exámenes sobre los que recae la nota común de sobresaliente.

En diciembre de 1899, sus exámenes arrojan por resultado tres sobresalientes y un distinguido.

En diciembre de 1900, año de su graduación, obtiene tres sobresalientes.

En resumen: Sobre un plan de veintitrés materias, obtuvo veinte sobresalientes, un distinguido (7 puntos) en Introducción al Derecho, y dos distinguidos (9 puntos) en Derecho Romano 1ª Parte, el uno, y en Filosofía del Derecho, el otro.

Su promedio de calificaciones fue de 9,782 puntos.

Su tesis, que versó sobre el tema "De la prescripción en materia comercial. Exposición y crítica del Código", mereció la calificación de sobresaliente.

Recibió sus diplomas de Doctor y Abogado el 8 de julio de 1901, haciéndose acreedor a los premios "Universitario" (medalla de oro a las mejores notas), y "Facultad" (medalla de oro a la mejor tesis).

II. — Alfredo Colmo no pertenecía a una acaudalada familia, ni era estudiante de grandes recursos. Como dijo un autor, la pobreza fue su mayor fortuna.

Cuando cursa el 5º año se dirige por nota al Decano de la Facultad y le expresa "que deseando acogerse al beneficio de la exención de los derechos de examen que el Reglamento de la Facultad acuerda a algunos de sus alumnos que carecen de medios suficientes y que hayan obtenido en sus exámenes un promedio elevado de clasificación, viene a solicitar se sirva acordarle el permiso de exámenes en estas condiciones". Dos testigos cuyas firmas resultan ilegibles ratifican la posición modesta del alumno.

En Febrero del año siguiente solicita se lo exoneré de abonar el derecho de matrícula, "acreditando su falta de recursos los Sres. D. Mirant-Borde i Hipólito Leys". En octubre de ese año, renueva su solicitud de exención de pago de derechos de examen, con el testimonio de H. García Juanicó. Otra solicitud en ese mismo sentido, es abonada por Nicolás Casarino y B. Llerena.

III. — El gran autodidacta, asume desde temprana edad la delicada labor docente; pero lo hace con esa capacidad y respon-

sabilidad, de que sólo pueden hacer gala los hombres de gran vocación, por el estudio y la enseñanza. Pocos como él interpretan en la hora actual, cuál es, la sagrada función profesoral.

En efecto, en 1899, dos años antes de recibir su diploma de abogado, el joven estudiante obtiene por concurso una cátedra de Castellano en el Colegio Nacional del Sur, donde en 1902, obtendría la cátedra de Filosofía.

De las múltiples actividades desarrolladas por el prestigioso maestro y que llevan el brillo de su genio y su talento, podemos señalar las siguientes:

- 1901 — Con motivo de su graduación, pronuncia un discurso en nombre de los doctores en jurisprudencia que reciben su título.
- 1903 — Obtiene el diploma de profesor de enseñanza secundaria en la Facultad de Filosofía y Letras; es designado Profesor de Legislación Educacional en la Escuela Normal de Profesores de Buenos Aires (donde permanece hasta 1904); es nombrado secretario de un juzgado en lo Civil (donde se desempeña hasta 1907); y, finalmente, el 27 de noviembre de ese mismo año, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, lo exalta a la docencia universitaria, nombrando al novel abogado Profesor suplente de Derecho Civil.
- 1904 — Logra, por concurso, el cargo de Profesor suplente de Sociología, en la Facultad de Filosofía y Letras, de donde egresara el año anterior, y en el que profesaría hasta 1906. Una obra notable, sus "Principios sociológicos", publicada en 1905, le abre la incorporación como miembro del Institut International de Sociologie, de París, en 1906.
- 1905 — Pronuncia una conferencia inaugural en el Curso de Derecho Civil —y por segunda vez, en 1909— que pone de relieve una notable madurez de pensamiento en el joven profesor.
- 1908 — El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, incorpora en su sesión del 16 de julio de 1908, al nuevo miembro electo, doctor A. Colmo.
- 1910 — Fue designado Profesor titular de Derecho Civil para suceder al Dr. Galliano, el día 5 de septiembre. La banca estuvo constituida en la siguiente forma: 1º Dr. J. Alfredo Colmo; 2º Dr. Jesús H. Paz; 3º Dr. Juan A. Figueroa.
- 1911 — Abandona su cátedra, para desempeñarse en Toulouse hasta 1912 y luego en Liverpool hasta 1914, como titular del Consulado argentino en dichas ciudades.
- 1913 — Participa como delegado argentino en el Congreso Interamericano de Protección a la Infancia, celebrado en Bruselas. Ese mismo año publica en Liverpool su "Didáctica del Derecho Civil".

- 1915 — Retoma su cátedra de Derecho Civil. En este mismo año, bajo los auspicios del *United States University Club*, pronuncia una conferencia, que versa sobre "Sarmiento y los Estados Unidos".
- 1916 — Participa activamente, integrando varias comisiones, en el Congreso Americano de Ciencias Sociales, reunido en Tucumán.
- 1917 — En la jornada del 17 de septiembre, el Instituto Popular de Conferencias del diario "La Prensa", le brinda su tribuna, donde el ilustre orador habría de referirse a un tema que siempre fue de su especial preocupación: "La reforma del Código Civil". Fue designado Director de "Anales de la Facultad de Derecho", en cuyos ejemplares pueden hallarse diversas notas y comentarios que le pertenecen, firmados con sus iniciales.
- 1918 — Publica la primera edición de su notable "Tratado de las Obligaciones en general", que merece el primer Premio Nacional de Letras de ese año.
- 1919 — Es reelegido como miembro del Consejo Directivo de la Facultad.
- 1920 — Asiste como delegado argentino a la Conferencia del Trabajo reunida en Génova, bajo los auspicios de la Liga de las Naciones, que motiva un informe del que es autor, y que constituye un verdadero libro: "El Derecho Marítimo Obrero". En este mismo año, renuncia como Consejero de la Facultad, y es designado Vocal de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, que hizo famosa por los votos que desde ella formuló y en la que revelara su profunda vocación por la magistratura.
- 1921 — Fue designado por la Facultad para hablar en la ceremonia de colación de grados de ese año, y en un acto académico realizado para conmemorar el cincuentenario del Código Civil, hecho al que se redujeron brillantes iniciativas del maestro — como todo lo suyo — que, votadas por el Consejo de la Facultad, quedaron como letra muerta en el papel¹.
- 1922 — Presenta su renuncia al cargo de Profesor titular de Derecho Civil, el día 21 de agosto.
- 1926 — Interviene activamente en la 3ª Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Córdoba.
- 1927 — Funda el Instituto Cultural Argentino-Norteamericano, que habría de presidir hasta pocos días antes de su muerte.

¹ El discurso extraordinario que pronunciara en aquella oportunidad Alfredo Colmo, constituye una pieza oratoria que asombra e impresiona tanto por la vastedad, como por la profundidad de conceptos vertidos en el mismo, en torno a nuestro Código Civil. Máxima, porque no fue leído. La versión tipográfica del mismo puede leerse, en LECCIONES Y ENSAYOS N° 12, Seco, Teates, pág. 38, Buenos Aires, 1958.

1929 — Como Profesor Visitante de la Universidad de Columbia, de Nueva York, que le discernió el título de "Doctor Honoris Causas", pronunció múltiples conferencias, sobre la historia, la vida, las instituciones, la sociología, la psicología y la economía de nuestro pueblo, que "provocaron aplausos y loas al orador ilustre e ilustrado" ³.

1930 — "Los abogados y sus colegios", fue el tema sobre el que versara su conferencia del 18 de octubre, pronunciada en el Colegio de Abogados de Buenos Aires.

Fue miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

IV — Murió en Buenos Aires, el 6 de julio de 1934, repentinamente, durante el desarrollo de un acto en favor de la ley de educación común. Al respecto, dice un autor: "un espíritu selecto, el Dr. Pablo Calatayud, que fue su discípulo, luego su amigo y colaborador en la cátedra, dijo en esa prensa tan propia que habla caído como el roble abatido por el rayo" ⁴.

V. — En síntesis:

Este jurista, de trayectoria luminosa, fue un estudiante excepcional y brillante, cuya fama habría de trascender pronto de las fronteras de su patria.

A los veintidós años comienza su carrera docente como profesor de Castellano, y a los veinticinco, ya es Profesor suplente de Derecho Civil.

Desapareció a la edad de 56 años, cuando la patria podía aún esperar mucho de él. Justamente, la extraordinaria actividad desarrollada por ese genio infatigable, lo señala como temeroso de no alcanzar a realizar cuanto quiso hacer. Era como si economizando el tiempo —al decir del filósofo— prolongara su vida.

Preocupado por el bienestar de su país y la difusión de la cultura, rogó en su testamento que su valiosísima biblioteca —que constaba de más de 11.000 volúmenes— fuese entregada al Ministerio de Educación, y que este último destinara, a la Biblioteca del Maestro.

Tal era su generosidad y su grandeza.

Alfredo Colmo, fue un hombre admirable en todas las manifestaciones de su vida, que dedicó íntegramente a la cultura; guiado por el estro de su amor y vocación por el estudio, fue un científico notable y docente prestigioso que honró a la cátedra, orador brillante, publicista de mérito, magistrado excepcional que acrecentó la majestad de la justicia, en fin, un ejemplo para la juventud de la patria que tanto amó, y por la que tanto hizo.

VI. — Sus principales obras y trabajos son, en orden cronológico, los siguientes:

³ *Revista G. Misiones*, Doctor Alfredo Colmo, en "Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires", mayo-junio 1933, t. XIII, N° 3, pág. 173.

⁴ Luis M. Borrero Boccosso, *Alfredo Colmo*, en *Diario "E. A."*, día 2/13/1934.

- Nueva faz del derecho civil. (Revista Jurídica, t. 3, págs. 24/42. Buenos Aires, 1899/1900).
- Capacidad e incapacidad de hecho y de derecho. (Revista Jurídica, t. 4, págs. 416/421, y t. 5, págs. 48/65. Buenos Aires, 1900.
- De la prescripción en materia comercial. Exposición y crítica. Tesis para optar al doctorado y al Premio Facultad (Laureada). Ed. Juan A. Alsina. Buenos Aires, 1901.
- Discurso pronunciado en nombre de los graduados como doctores en jurisprudencia. Imp. de J. A. Alsina. Buenos Aires, 1901.
- Conferencia inaugural del curso de Derecho Civil. Año 1905, en Revista Jurídica, t. 1, págs. 163/176.
- Principios sociológicos. Ed. Imp. M. Viedma. Buenos Aires, 1906.
- ¿Universidades o Facultades? Ed. Coni Hnos. Buenos Aires, 1906.
- Carácter del Derecho Civil contemporáneo. (Rev. de la Fac. de Der. y Cs. Sociales, t. II, N° 1, págs. 120/124). (Conferencia inaugural, curso de 1909, en.) . . .
- La encuesta sobre educación secundaria. Ed. A. Cantiello. Buenos Aires, 1909.
- El balance del centenario. Ed. Robles, Herrando y Cia. Buenos Aires, 1910.
- Didáctica del Derecho Civil. Ed. Charles Birchael, Ltd. Liverpool, 1913.
- El ambiente político latino-americano (Cap. de un libro inédito). Rev. Arg. de Cs. Políticas, t. 9, págs. 540/565, 671/686. Buenos Aires, 1914/15.
- Sarmiento y los Estados Unidos. Conferencia pronunciada bajo los auspicios del "United States University Club". Ed. Boletín del Museo Social Argentino, nov/dic. Buenos Aires, 1915.
- Personalidad de las sociedades. Anales de la Fac. de Deho. y Cs. Sociales, t. 5, 2ª parte, 2ª serie, págs. 74/145. Buenos Aires, 1915.
- Los países de la América Latina. Ed. Ha. de Reus. Madrid, 1915.
- La cultura jurídica y la Facultad de Derecho. Ed. Imp. Otero y Cia. Buenos Aires, 1915.
- El nuevo Código Civil Brasileño. El derecho de las obligaciones en el mismo. En Rev. Jurídica, págs. 238/250. Buenos Aires, 1916.
- La reforma de la legislación en los países americanos. Rev. de la Univ. de Buenos Aires, t. XXXIV, pág. 26 y sigtes.
- La técnica jurídica en la obra del profesor Gény. Rev. Jurídica, págs. 5/38, 118/229. Buenos Aires, 1916.

- Obligaciones con acreedores alternativos. Rev. Jurídica, págs. 583/596. Buenos Aires, 1916.
- El código civil argentino en relación a sus principales supuestos. Revista Arg. de Ca. Políticas, t. 14, págs. 618/626. Buenos Aires, 1917.
- Los supuestos estrictamente jurídicos del Código Civil Argentino. Rev. Jurídica, págs. 341/389. Buenos Aires, 1917.
- Apuntes de Derecho Civil (Versión de sus clases). Ed. L. J. Rosso y Cia. Buenos Aires, 1917.
- La Reforma del Código Civil. Versión taquigráfica de la disertación pronunciada el 7 de septiembre de 1917 en el Instituto Popular de Conferencias de "La Prensa". Rev. Jurídica, págs. 683/706. Buenos Aires, 1917.
- Técnica Legislativa del Código Civil Argentino. Ed. Lib. e Imp. Europea. Buenos Aires, 1917.
- El nuevo Código Civil de Venezuela. Anales de la Facultad de Dcho. y Ca. Sociales, t. 19, págs. 379/383. Buenos Aires, 1918.
- De las obligaciones en general. Primer premio nacional de letras, año 1918. Ed. J. Menéndez. Buenos Aires, 1918.
- Mi neutralismo. Ed. Bibliot. Renovación. Buenos Aires, 1918.
- La repetición del pago indebido, en el derecho civil argentino. Anales de la Fac. de Dcho., t. 20, págs. 537/582. Buenos Aires, 1919.
- El Derecho Marítimo Obrero en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Génova en 1920. Ed. Tall. Gráf. del Min. de Agr. Buenos Aires, 1920.
- Discurso (Colación de grados). Discursos académicos, t. II, 1911/1921, pág. 83. Buenos Aires, 1921.
- El Código Civil en su Cincuentenario. Ed. Tall. Gráf. de L. J. Rosso y Cia. Buenos Aires, año 1921. Reprod. en Revista Lecciones y Ensayos N° 13. Buenos Aires, 1959.
- Política Cultural en los Países Latino-americanos. Ed. Rev. "Nosotros". Buenos Aires, 1925. *
- Derecho Objetivo. Rev. de la Fac. de Derecho y Ca. Soc., t. 4, págs. 861/872. Buenos Aires, 1925.
- Emancipación civil de la mujer. Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 3, págs. 157/165. Buenos Aires, 1918.
- Comisión permanente de estudios de legislación común (Trabajo presentado a la Segunda Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Córdoba, en octubre de 1926). Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 5, págs. 3/13. Buenos Aires, 1927.
- El Código Civil de la Rusia Soviética. Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 4, págs. 171/181. Buenos Aires, 1926.
- La Abogacía como carrera. Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 4, págs. 353/362. Buenos Aires, 1926.

- La Reforma del Código Civil. Rev. de Derecho Civil, t. 1, páginas 57/74. Buenos Aires, 1928/29.
- Los Abogados y sus colegios. Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, t. II, págs. 67/77. Rosario, 1930 (Disertación pronunciada el día 18 de octubre de 1930).
- La técnica legislativa en materia de codificación civil. Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 8, págs. 201/209. Buenos Aires, 1931.
- Colombia y sus pasados problemas internacionales. Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 10, págs. 321/324. Buenos Aires, 1932.
- La Revolución en la América Latina. Ed. M. Gleizer. Buenos Aires, 1933.
- Sobre la causa de las obligaciones. Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. II, págs. 1/7. Buenos Aires, 1933.
- La Justicia (obra póstuma). Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1937.
- Finalmente, merecen una mención especial, por su importancia doctrinaria, todos los fallos que, publicados en las revistas especializadas, contienen el voto del eminente magistrado y juristaconsulto.

TEÓFILO MEJALATY

LIBROS Y REVISTAS

El nombre alcanzado por el talentoso y conocido profesor de Derecho de la Navegación, a través de numerosos trabajos que ostentan su firma, en materia de su especialidad, nos relevan de toda presentación a su respecto.

El doctor Ray se refiere en esta monografía, a las cláusulas que restringen la libre negociabilidad de las acciones y que a veces limitan el precio de transferencia a una suma determinada, sin tener en cuenta su valor real, para cuestionar la validez de aquellas que en vez de reglamentar el ejercicio de ese derecho—como pueden hacerlo—lo afectan esencialmente.

El autor analiza en primer término el problema planteado, en las sociedades "intuitu personarum", tema que está en íntima conexión con la aplicación del inc. 4° del art. 1634 del Código Civil que otorga validez a la cláusula del contrato social que estipule que por fallecimiento de cualquiera de los socios, los sobrevivientes pueden quedar con todo el activo social pagándolo a los herederos del prefallido, una cantidad determinada.

Ray considera que dicho artículo constituye una excepción del pacto sobre herencia forosa (art. 1175 Cód. Civ.), alegando que en su opinión el tribunal debe declarar inválidas dichas cláusulas, si con ellas se pretende violar las disposiciones que aluden al mismo "ya que el fundamento invocado por el colisionador en la nota al artículo 1634 inc. 4° desaparecería, y en vez de tratarse de una

cláusula "aleatoria" o de "simple casualidad" establecida con la finalidad de suprimir dificultades en caso de fallecimiento, sería una forma de legislar sobre herencias futuras y reducir indebidamente la legítima de los herederos forosos". Al respecto es preciso decir, que si bien Vélez cita en la nota al art. 1634 las fuentes que tuvo en cuenta, no fundamenta directamente el artículo. Sin embargo, compartimos en principio, la opinión del autor.

Tropiang, citado por Vélez —y reproducido textual y aperturadamente por Ray— dice lisa y llanamente que se trata de una cláusula aleatoria ya que "el socio que fallece, la muerte le juega una mala partida y pierde", lo que no es inequitativo, ya que "la reciprocidad hace desaparecer toda injusticia". Repetiremos que en esta circunstancia, el síen es doble: por un lado se refiere a la duración de la vida de los socios, y por el otro, a la prosperidad de la empresa.

Compartimos plenamente la opinión de Salvat, que contra lo sostenido por Marcos Sotomayor —ambos citados por el autor— aduce que "con cláusulas como la del inc. 4° del art. 1634 del Código Civil, la legítima no se reduce porque debe determinarse al momento del fallecimiento y en el patrimonio del causante sólo se encuentra el valor o haber que reconoce el contrato", y nos apartamos de Ray, que si bien acepta la validez de esta cláusula, considera que "debe analizarse si traduce una arbitrarie-

dad y ha tenido una finalidad prohibida por la ley". (Cuando podemos decir que la cláusula en cuestión traduce una arbitrariedad? La desproporción del valor fijado con relación al valor real de la cuota societaria, está sujeta a un ítem, que puede ser resultados positivos o negativos para el socio, y que si puede ser arbitraria, en principio, es legítima. Una cosa es la fijación caprichosa que encubre una donación inoficiosa y otra, la que establece un valor razonable que circunstancias aleatorias convierten en desproporcionado. Acompañáramos a Ray sólo en el primer caso, porque la cláusula "traduce una arbitrariedad" y "ha tenido una finalidad prohibida por la ley".

Muchas veces, la diferencia existente entre el valor real y el estipulado, respecto de la cuota societaria, bien puede estar destinado a atenuar el golpe que supone para la sociedad, la pérdida de un socio que la constituya precisamente por calidades "inherentes a su persona". Otras veces esa fijación, hecha por resultado impedir la descapitalización (muchas veces la quiebra), de empresas que son el resultado del esfuerzo sostenido durante varios años. (Es posible hablar en estos casos de estipulación arbitraria?

Entendamos en cambio, que debe presumirse constituyendo una donación inoficiosa, al precio predeterminado inferior al aporte efectivamente realizado, ya que en este caso la entrega patrimonial no es aleatoria, sino que aparece integrada al contrato.

El Cap. III de la obra, está dedicado al análisis del problema dentro de la estructura de las sociedades anónimas. El Autor, luego de elaborar algunos conceptos, leyes y precedentes, con la oportuna cita de Copar Boyer, Fisher y Rodríguez Rodríguez, en torno a la naturaleza de la acción, expone la doctrina clásica en la materia, en la que "caracterizada la sociedad anónima como "asociación de

capitales", y la acción como "representación del capital social", se explica que la doctrina considera que no podía limitarse la transmisibilidad de las acciones mediante cláusulas del estatuto, porque era uno de sus atributos esenciales."

En efecto, como lo señala Siburu —citado por el autor— y otros autores nacionales, la sociedad anónima, es una sociedad "intuitu rei", por oposición a la "intuitu personarum", en que el capital debe siempre estar representado por acciones, sin que puedan admitirse partes de interés, constituyéndose entonces de esa manera una nueva estructura de sociedad, al margen de la reglamentación legal existente.

Las opiniones más avilva sustentadas, dan pie al autor para afirmar que "a diferencia y en oposición al principio de intransmisibilidad y aplicación de lo dispuesto en el artículo 1654 del Código Civil, que juega en las sociedades de personas, en las anónimas las acciones son por esencia transmisibles mediante el coto del valor que las mismas representan". Señala a continuación, la evolución doctrinaria que luego se produjo y que, con el objeto de "difundir la sociedad anónima y permitir que se adopte esta forma en aquellos casos en que por el número de socios no puede constituirse una sociedad de responsabilidad limitada y cuando la calidad del accionista tiene cierta importancia, como en los casos de sociedades de familia"... "admitió la validez de las cláusulas limitativas, siempre que reglamentaran y no suprimieran la transmisibilidad de la acción". La revisión de algunos casos jurisprudenciales, le permiten afirmar que "nuestros tribunales han admitido la validez de las cláusulas restrictivas sin determinar su esfera de aplicación, limitándose los pronunciamientos a las particularidades de cada caso."

El Cap. IV de la monografía objeto de estos comentarios, se intitula "La Realta-

ción y la fijación del precio". En el Ray se opone firmemente, a que la transferencia de acciones deba hacerse a los precios fijados estatutariamente puesto que esta, "puede permitir un abuso de la mayoría de la sociedad y violaría el principio de que la acción debe representar una parte del capital de la misma", pero considera que "si en las sociedades civiles y aún en las comerciales de personas, para muchos autores puede admitirse que no existe una equivalencia entre el precio fijado y la parte del socio fallecido o que se retira, es un cambio esencial en la sociedad anónima por la naturaleza de la acción y de este tipo de sociedad."

La idea de Ray es que no puede admitirse que en las sociedades anónimas los estatutos limiten el precio de transferencia de la acción, arbitrariamente, sin fundamento alguno—como no sea el aprovechamiento de la mayoría— y en detrimento de la minoría, porque dicho acto, es realmente antifuncional y como tal, no merece la protección de la ley. De ahí, incluso, que muchos autores hagan alusión a la teoría del abuso de derecho, para invalidar dichas cláusulas. Si considero procedente en cambio, que se reglamenten el procedimiento para determinar el valor de la acción en relación al capital social.

Soriano más adelante—en opinión que comparto— la inaplicabilidad del inc. 4º del art. 1634 del Cód. Civil a las sociedades anónimas, pues "si se reconoce la validez de las cláusulas restrictivas a la transmisibilidad, como excepción a los principios característicos de la acción y de la sociedad anónima, no puede admitirse la de aquellas cláusulas que demuestren esos principios y dejen los derechos de los accionistas minoritarios merced de la voluntad de los mayoritarios."

Con mucho acierto agrega Ray, que "la ley no ha consagrado en forma ex-

presa los principios que sustentamos porque en la fecha de su formulación no se conocía la validez de las cláusulas restrictivas y la doctrina era terminantemente contraria, pero una vez admitida, la esfera de estas estipulaciones no puede entenderse a supuestos que signifiquen una supresión de los atributos esenciales de la acción y de los derechos del accionista que el legislador ha deseado proteger."

Es evidente, que si la opinión sustentada por Ray implica una limitación al principio de la autonomía de la voluntad que tan enfáticamente consagra el art. 1137 del Código Civil, ésta no es arbitraria, y si lo sería en cambio, la que restringiera hasta suprimirlo en la práctica, una característica esencial del título-valor que ocupa nuestra atención: su transmisibilidad.

Un ciro de Mareau, advierte que en Francia se decidió en cierta fallo, "que puede ser declarada inócua la cláusula por la cual el estatuto dispone que la asamblea general fijará cada año arbitraria y soberanamente el precio de las acciones."

El autor cierra el capítulo, reproduciendo las conclusiones a que arribara el juez en un caso reciente, —en el que le tocó patrocinar a la parte demandada—, y que sentó su tesis "sobre la libre transmisibilidad de las acciones al portador, la inaplicabilidad de los incisos 3º y 4º del artículo 1634 del Código Civil a las sociedades anónimas, el reconocimiento del derecho de preferencia y la solución de todos mantos mediante la cual la mayoría puede privar a la minoría del valor real que la acción representa".

Ponderadas "conclusiones", formando capítulo aparte, condensa finalmente, el pensamiento del autor.

A pesar de la brevedad de este trabajo, el útil estudio y llamo del autor, revela la profundidad conceptual de las reflexiones que formula y obliga a repensar

tan importante materia, sobre todo, ante la enorme difusión que va alcanzando la estructura de la sociedad anónima, para las "sociedades de familia", donde con más persistencia se hace presente el problema, precisamente, porque siendo sociedades "instaura personas", adoptan la forma propia de las "sociedad rel". Cons-

tauye éste sin duda alguna, un valioso aporte a la mecánica bibliográfica nacional sobre la materia, ya que la doctrina extranjera avanza otro desarrollo, como puede verse en la que cita el autor, y otros como Garo, al hacer algunas referencias al tema.

TRÓFIMO MURRAYLAVY

GUILLEMO A. BORDA, *Manual de Obligaciones* (437 págs.). Ed. Ferret, Buenos Aires, 1958.

A los ya difundidos *Manuales de Derecho Civil Parte General, Familia y Sucesiones*, se ha agregado ahora el de *Obligaciones*; es, como aquellas, una obra útil para el estudiante, por su nitidez metodológica y conceptual, y por la concisa claridad de su exposición, características de las bien conocidas de todos los libros de Borda. Difiere sin embargo este *Manual*, de los restantes de su autor, por la menor vastedad de su contenido, el que sólo posibilita un conocimiento estrictamente elemental de una materia de tanta trascendencia como es *Obligaciones*.

El desarrollo de la obra, dividida en 11 capítulos que abarcan la totalidad de la asignatura, se ajusta a un esquema por sí decida clásico, aunque tratando de adecuarse en algunos aspectos a la moderna orientación dogmática que preside la enseñanza del Derecho de las *Obligaciones* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Nos referiremos brevemente a cada uno de dichos capítulos, algunos de los cuales creemos que pueden bastar para el conocimiento de los puntos en ellos desarrollados, mientras que otros, por la mayor importancia de los temas que los constituyen, entendemos que deben ser completados con una bibliografía especializada. Trataremos sobre todo de destacar la posición del autor frente a los problemas más controvertidos, en varios de los

cuales discutimos con las soluciones por él propugnadas.

El capítulo I, llamado *Teoría General de las Obligaciones* (tal denominación responde, en paridad, a un significado más amplio que el contenido de este capítulo) comprende los conceptos generales (antecedentes históricos, definición, caracteres, metodología, distinción con los derechos reales — el autor rechaza las doctrinas que los asimilan—, diferencias con los derechos de familia, etc.). Al tratar de los elementos de la obligación, omite, como ya es lugar común en nuestra doctrina, el análisis específico de la capacidad de obligar, respecto del objeto, Borda niega la posibilidad del contenido extrapatrimonial de la prestación, basándose en una presunta distinción entre "la prestación u objeto de la obligación, que siempre debe tener contenido patrimonial" y "el interés protegido, que puede o no ser patrimonial", y sosteniendo que "según el art. 953, el objeto de las obligaciones debe estar en el comercio, vale decir, debe ser apto para ser alienado" (conceptos que no son estrictamente equivalentes). Creemos que este punto debe ser completado, para tener una visión cabal e imparcial del problema. Lo mismo opinamos sobre el estudio que el autor efectúa de la causa, en la cual adhiere a la posición "casualista", más concretamente —como él lo manifiesta— al "concepto subjetivo de

causa" (al que expone en realidad con bastante oscuridad). Por otra parte no es, a nuestro juicio, bastante explícita la visión que el autor brinda de la tesis anticardinalista, y creemos muy fuera de lugar su afirmación de que "la tesis anticardinalista está hoy en franco derrota", cuando en nuestro país ésta, además de una sólida base jurisprudencial (jamás se anuló un acto por falta de causa, que no "more ad finem, un casu ad iudicium" en objeto), es sostenida por juristas de la talla de Ebbioni, Salvat, Galli, Boffi Roggero, Nicotri y Spina. Termina este capítulo con el examen de las fuentes de las obligaciones (excepto Borda la reducción a la voluntad y la ley) y la interdependencia de las obligaciones principales y accesorias.

En el capítulo II el autor se refiere a los efectos de las obligaciones, clasificadas en naturales (cumplimiento de la prestación) y accesorias o subsidiarias (indemnización de daños); al hablar de los últimos, vislumbra la necesidad de distinguir entre las obligaciones nacidas de la decisión voluntaria lícita y las que lo son de los hechos ilícitos, por configurar las mismas distintos sistemas de responsabilidad; as de lamentar que un tema fundamental como éste carezca de un más amplio desarrollo en el libro. Luego enumera como elementos del incumplimiento la mora y la imputabilidad (adelantando que ésta se presume una vez probada aquélla; la culpa por supuesto). A la mora le atribuye un carácter puramente objetivo (conformándose con el retardo y la interpolación), prescindiendo del dolo o culpa, elemento al cual considera relacionado con la responsabilidad emergente de la mora y no con ésta en sí. En materia de culpa, el autor adopta la posición pluralista, alegando la existencia de diferencias notoria entre la culpa contractual y la aquiliana; disintiendo con esto, y consideramos errónea la fundamentación que

él hace, de ambas posiciones. El presente capítulo refiérase después al caso fortuito, la teoría de la imprevisión, la indeterminación (el autor se inclina a rechazar, aún de "lege ferenda", la reparación del agravio moral en el caso de incumplimiento contractual) y la cláusula penal.

El capítulo III abarca el estudio de los Derechos del acreedor sobre el patrimonio del deudor; iniciándose con una breve referencia a los bienes, comprendidos luego en análisis de las acciones subrogatoria, revocatoria y de simulación. El capítulo IV, sobre clasificación de las obligaciones, se divide en tres partes: 1) obligaciones naturales, 2) de las obligaciones en cuanto a su objeto (al examinar las obligaciones de dar cosas de género, el autor admite, de "lege lata", la tesis —con que disintiendo, sin perjuicio de aceptarla, con ciertas modalidades, de "lege ferenda"— de que el acreedor puede obtener una indemnización suplementaria, a más de los intereses, en caso de probar perjuicios mayores), y 3) de las obligaciones en cuanto al sujeto. Estos capítulos, lo mismo que los subsiguientes: V Modalidades de las obligaciones; VI Transmisión y reconocimiento de las obligaciones; VII Extinción de las obligaciones, y VIII Prescripción, presentas, expuestas en forma ordenada y sistemática, un panorama sintético pero adecuado de las instituciones a que hacen referencia.

El capítulo IX, bajo el título de Responsabilidad extracontractual, comprende uno de los aspectos más fundamentales de la materia. Lamentamos que, en vista de la trascendencia que este tema presenta en la actualidad —como el mismo autor lo reconoce— no se lo haya dado una extensión mayor, acorde con dicha importancia, y lo lamentamos doblemente, porque nos parece que el tema ha sido bien ensayado, pero su desarrollo no ha ido más allá de los conceptos muy generales, lo que unido a algunas con-

siones —que tratamos de indicar— nos mueve a afirmar la imperiosa necesidad de completarlo. El capítulo se divide en 3 secciones; la primera de ellas se refiere a las acciones generales, incluyendo la enajenación de los elementos de los actos ilícitos (desde se omite por completa, como desgraciadamente es común en nuestra doctrina civilista, el estudio de las teorías relativas a la relación de causalidad entre el hecho y el daño). Pero en esta misma sección cabe destacar la vigorosa crítica de Borda contra el sistema subjetivo de responsabilidad, imperante en nuestro Código, demostrando con categóricos argumentos, la mayor lógica y superioridad de la teoría objetiva del riesgo creado. Sin embargo, nos sorprende cuando inmediatamente después vemos que trata de distinguir entre "hechos ilícitos propiamente dichos" (con para él los hechos propios del agente, los cuales, al llevar implícito un juicio moral de valoración, hacen posible la aplicación de la teoría de la culpa) y los "hechos no ilícitos o neutros" (daños producidos por dependientes o por cosas, dentro del marco de actividades lícitas pero peligrosas); pensamos que esta diferenciación es discutible, porque precisamente al producirse el daño, el hecho entraña en la figura genérica del *finis* objetivo. Los artículos 2° y 3° tratan, con muy buena metodología interna, de los delitos y los cuasidelitos; el 4° lo hace sobre el ejercicio de las acciones de indemnización (donde se pasa por alto, al hablarse de la cosa juzgada, el importante problema de la asimilación o distinción de la sentencia absolutoria con el *reconvencimiento definitivo*). La sección 2° se refiere a la reparación de los daños (judicial o legal), mientras que la 6° hace lo propio con las responsabilidades de carácter especial (de las personas jurídicas, profes-

sionales, accidentes de trabajo, transporte, etc.), punto que por su importancia consideramos que debe ser ineludiblemente ampliada. Concluire el capítulo con una brevísima mención de las obligaciones "ex lege".

El capítulo X comprende dos partes: en la primera, un correcto desarrollo del *enriquecimiento sine causa*; en la segunda, la controvertida teoría del *debeo del devedor*, cuya vigencia el autor sostiene decididamente. No entramos a criticar su posición, la que no compartimos en lo más mínimo; los argumentos por él expuestos, como los que nosotros podríamos oponerle, son ya demasiado conocidos.

El último capítulo constituye el estudio de los privilegios y el *debeo de retención*. Debemos destacar la plausible inclusión de estas temas, pues es ésta la primera oportunidad en que se pase al alcance del alumno, en forma resumida pero completa (dentro del contexto de un libro de obligaciones) un panorama accesible de ellos; y será de mucha utilidad.

Las conclusiones finales a que podemos arribar sobre esta obra, son indudablemente favorables; es un buen Manual (como todos los de Borda), y pensamos que para la persona que desea obtener un conocimiento básico de la materia, puede servir en forma mucho más ventajosa que cualquiera de los demás manuales actualmente en circulación; pero al mismo tiempo opinamos que el lector debe, necesariamente, completarla, en especial en los puntos que hemos procurado señalar a través del comentario. Agregamos por último que la excelente edición de Perrot, nitida y sin errores, es un factor más de nuestro juicio positivo.

FEDAO A. HERRERA

El profesor Caballero desarrolla a través de cuatro capítulos tres ideas fundamentales, siendo las dos primeras premisas de la conclusión-teoría que la tercera involucra. a) Diferencia conceptual entre Revolución y Golpe de Estado; b) Extralimitaciones anticonstitucionales de las que, surgidos de golpes de Estado, se llaman a sí mismos "Gobiernos de Facto" o "Gobiernos Revolucionarios"; c) Necesidad imperiosa de incriminar tales extralimitaciones, mediante una figura penal nueva que permita hacer efectiva la Constitución en lo que respecta a división de poderes, independencia y estabilidad de la magistratura judicial, garantías fundamentales para la inalienabilidad de los derechos individuales y colectivos de la ciudadanía en todo régimen republicano.

a) Para que exista "revolución" deben actuarse y en su plenitud, según el autor, los siguientes elementos: 1) Sucesión efectiva de quien es Jefe Supremo del Estado; 2) Transformación del sistema o forma de gobierno; 3) Modificación del sistema jurídico (de la Constitución en primer lugar); 4) Una lucha entre dos bandos con participación activa del elemento civil, una lucha "en que el pueblo intervienga de almas". Las facultades de este gobierno son limitadas, tanto en cuanto al ejercicio del poder político como en lo que hace al orden jurídico. Surgirá un nuevo derecho: el *Deberes de la Revolución*.

Todo otro sueldamiento institucional que no reúna tales elementos cae en la categoría de golpe de Estado. Por aplicación de estos conceptos con referencia a nuestra historia patria (el autor analiza minuciosamente distintos episodios de la historia de Francia) son revoluciones: la de Mayo y los llamados "sucesos" de Castro y de Perón. Sin un

cambio golpes de Estado los movimientos del 30, del 43 y del 55.

El golpe de Estado, para mantenerse en el campo de la legitimidad, abarcará exclusivamente al sector político del poder, sector en el cual según el autor sus funciones revertirán legitimidad analoga a la de la gestión de negocios. Además sus actos no deberán transgredir el derecho vigente, la Constitución en primer término. De lo contrario la juridicidad desaparece y quienes actuaron en discreción serán "usurpadores de Gobierno". Tales los *Deberes del Golpe de Estado*.

b) La distinción entre Revolución y Golpe de Estado no es una cuestión terminológica, sino necesaria para delimitar responsabilidades. Así señala como, en los años 30, 43 y 55 los titulares de los golpes de Estado no cumplieron con los deberes inherentes al mismo, se extralimitaron del sector de su actuación legítima y se proclamaron Gobiernos de Facto o Revolucionarios, título que les permitió abarcar no sólo el Ejecutivo sino los dos poderes restantes. "Esa es la consecuencia de asignar carácter de revolución a lo que no la tiene".

En efecto, dejando de lado el respecto proclamado a la Constitución "legislaron indiscriminadamente a semejanza del propio Congreso" y avasallaron al Poder Judicial. No se pensó en el juicio político establecido por la Constitución para quienes han sido nombrados de acuerdo con el art. 61, inc. 17, y 88, inc. 3, ni en los arts. 95 y 96. El autor considera que sólo en el año 55 es que la reestructuración de la magistratura se explicaba en cuanto sus integrantes eran incondicionales del presidente depuesto, aún en este caso, existe una solución acorde con los principios constitucionales: suspender

a los magistrados y supeditar su destitución al respectivo juicio político. En el interior serían reemplazados por personas de reconocida vocación jurídica seleccionadas por organismos competentes y desvinculados por completo del jefe del movimiento.

c) La función de facto puede ejercerse "abusive o extensivamente". En la consideración de esta última se detiene el autor, ya que la anterior se refiere a actos inherentes al Poder Administrador ejercidos en forma abusiva, previstos por el art. 348 del C. Penal. Nuestro Código llama las funciones que la Constitución le ha asignado (art. 67, inc. 11) en cuanto a usurpación de cosas y de cargos o funciones públicas; desoye, en cambio, su imperioso mandato en materia de "usurpación de Gobierno" (arts. 28, 1°, 2, 67, incs. 3°, 4, 7° y 19 de nuestra Constitución). Los arts. 227 y 215 del C. Penal "sancionan a los beneficiarios pero no al beneficiado con aquello que se supone una intencionalidad a la Patria", no incriminan al principal agente del hecho. Nuestra doctrina se ha mostrado pacífica al respecto, como lo hace notar en detalle el autor en el cap. XII in fine. Lo mismo ocurre en países latinoamericanos cuya situación jurídica analice (Colombia, Cuba, cap. XIII). Y es precisamente esta vacía doctrinario y positivo en materia de tanta importancia institucional el que lleva al autor a demostrar que la "usurpación de gobierno" es un delito eventual y como tal debe ser sancionado por el derecho positivo.

Primero analiza el Dr. Coballes como nuestro C. Penal no contempla la situación. Obviamente no puede encuadrarse la "usurpación de gobierno" en los arts. 211, 226, 228, 229 y sig., 210. Sólo hay una figura que reviste semejanza pero no identidad: la de los arts. 246 y 247. La diferencia fluye de la amplitud del objeto. El caso contemplado por el Có-

digo se refiere a usurpación de funciones, el que se analiza a usurpación de gobierno. Por otra parte, la pena establecida por estos arts. es menor que la que corresponde por el art. 27, lo que implicaría el absurdo de aplicar una sanción mayor a los que secundaron al usurpador del poder que al usurpador mismo.

De inmediato se propone demostrar cómo la "usurpación de gobierno" reúne los elementos de una verdadera figura delictiva. Señala como tales: 1) La existencia de un momento anexo en su producción (cuando el agente comete un suceso propio de otra rama de gobierno o cuando modifica o reestructura la composición del Poder al cual es ajeno); 2) La existencia de varios sujetos actuantes (actores principales, cómplices, instigadores, víctimas); 3) Bien lesionado: De índole material: el Fisco resulta perjudicado patrimonialmente por cuanto debe hacer frente a la obligación de resarcir. De índole moral: "el saldo de corrupción que imprime en la mentalidad colectiva: duda, escepticismo hacia las instituciones y valores permanentes. 4) Dolo: Al analizar este elemento tiene en cuenta los enfoques de la ciencia penal en figuras análogas (arts. 246 y 247). Según ella el presunto culpable queda liberado cuando ha mediado error, "cualquiera sea su naturaleza". Y aún cuando hace la salvedad de no estar de acuerdo con el criterio benevolo que al respecto demota nuestros penalistas, demuestra el autor, la imposibilidad de que en el caso de "usurpación de gobierno" se den tales eximentes.

Tal es, en sus aspectos más salientes según nuestro parecer, la tesis desarrollada por el Dr. Coballes, tesis que en lo fundamental compartimos, aunque no sin variar de sus apreciaciones colaterales. Es evidente que aborda un tema de vital importancia, y lo hace en momentos en que venimos a parte de nuestro continente asediado por la prepotencia e

bajo amenaza casi continua de sucumbir a ella. La incorporación de normas como las propiciadas por el autor que sustentan el vacío que se advierte en nuestro derecho positivo, al señalar el ámbito de actuación legítima de quien existe en

golpe de Estado, contribuirá en esta medida a mantener el principio de la división de poderes, esencia misma de todo gobierno liberal.

MARÍA AMELIA OLIVERA

HÉCTOR P. MÍNDEZ, *La subasta pública en el mundo Greco-Romano*. Abeledo-Perrot Editores, 1960, 270 páginas.

El Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Buenos Aires, acaba de incorporar a su bibliografía especializada, como valioso aporte a las ciencias jurídicas argentinas, la útil e interesante obra del Dr. Héctor P. Míndez: *La Subasta Pública en el mundo Greco-romano*.

Como remota antecedente histórico, se sabe por el viejo Herodoto, que la venta de esclavos se realizaba en Asia y Fenicia en subasta pública, procedimiento que era, asimismo, empleado para suajonar a las jóvenes cancheras en la legendaria Babilonia, y en Troia e Iliria para entregar en propiedad a las niñas acañilladas.

Pero se afirma, no sin fundamento, que el procedimiento de la subasta pública se impuso como elemento indispensable para la realización de los contratos verbales de compra venta, con la invención de la moneda, que terminó con el traspaso como procedimiento exclusivo de las transacciones comerciales.

Las tres especies de subasta pública eran: la Administrativa, la Judicial y la Particular. Estas modalidades, con sus características diferenciales y finalidades específicas son exhaustivamente investigadas por el autor de la obra en Grecia, Roma y el Egipto bajo la administración de los Lagidas, asociada con el adelantamiento de los Ptolomeos al trono de los Pansomas, como consecuencia de la conquista de Alejandro el Grande.

El lugar donde se realizaban las subastas públicas, especialmente las de carácter administrativo, respecto a las cuales se ha podido recoger abundante material informativo eran: el Agora en Grecia y el Foro en Roma.

Tanto el Agora como el Forum eran en Grecia y Roma el centro cívico de las comunidades urbanas, elementos integrantes de la estructura de las ciudades como elementos urbanísticamente diferenciados por factores sociales, geográficos y climáticos.

La ciudad planificada en forma de damero, que perdura hasta el presente como una aberración inadaptable a los nuevos elementos de la vida humana incorporados por milenios de progreso, fue una invención oriental. Esto se ha puesto en evidencia en los recientes descubrimientos arqueológicos realizados por las exploraciones en el valle del Indus y en la fundación, revolucionaria para su tiempo, del Farado Akten-Akon, quien 3700 años antes de Cristo y en el transcurso de 25 años construyó en las márgenes del Nilo una ciudad estructurada urbanísticamente por el clásico damero, en el lugar del emplazamiento actual de la villa de Tel-el-Amón.

Pero el sistema planificador de los griegos, atribuido al arquitecto Hippodamo de Mileto, aún siendo en forma de damero, se diferencia del egipcio, donde el centro de la ciudad era el templo o el palacio del Farado, en que la estructura urbana se desarrollaba en

torne a un espacio abierto: el Agora, centro cívico de la ciudad donde se reunía la ciudadanía para discutir e intercambiar todo tipo de informaciones, tanto de carácter cultural como comercial.

Fue así como en sus comienzos el Agora fue el lugar de reunión del pueblo griego, centro cívico vivo, dinámico paraje propio a las más nobles actividades del espíritu, excepto de aquellas concernientes a la religión, que tenían por refugio sagrado el recinto en la Acrópolis. Fue recién en el siglo V antes de Cristo, con el acercamiento de la riqueza y la actividad creciente del comercio, que el Agora se transformó en un centro comercial propio para toda clase de transacciones y, especialmente, paraje apto y casi exclusivo para la realización de las subastas públicas.

En sus orígenes, las ciudades griegas estructuráronse urbanísticamente alrededor del Agora como simple espacio abierto, que fue posteriormente rodeado de edificios públicos, y en la posterior evolución helénica embellecido por columnas y pórticos que cerraban ámbitos cubiertos en forma de galerías, la Stoa, destinada a proteger a la multitud de los inclementes climáticos.

El Foro romano era un lugar de actividades promiscuas, donde diversos edificios de carácter religioso, judicial y comercial se agrupaban para prestar servicios útiles a la población.

Ya sea en el Agora o en el Foro, es evidente que eran lugares públicos donde el dinámico traje ciudadano podía ponerse en contacto con los programas que anunciaban las subastas públicas para un determinado día y hora, haciendo conocer a viva voz las condiciones de venta o las especificaciones incorporadas a una determinada licitación.

Erán frecuentes las subastas administrativas vinculadas con las actividades del Estado, tales como el arrendamiento

de la percepción de impuestos de todo tipo, la explotación de minas, la licitación para construir una determinada obra pública o reparar las existentes, el aprovisionamiento de armas, vestimentas o víveres destinados a llenar las necesidades de los ejércitos y armadas, etc.

Estas actividades múltiples del Estado dieron lugar a la organización de diversas sociedades de capitalistas, que como la de los publicanos, que se dedicaban al cobro de impuestos, permitiendo por sus actividades, bien organizadas bajo el punto de vista burocrático, beneficios verdaderamente usarios.

Cuando el Estado era acreedor, la subasta pública se hacía dando de un precio máximo a uno menor, en ofertas sucesivas, otorgándose, especialmente a la construcción de las obras públicas, al ofertante que se comprometía a realizarla al menor costo.

La subasta administrativa en el Egipto 'saige de phénix: les'os' Griegas se caracterizaba por ser las ofertas escritas, las que eran consideradas por una comisión que apreciaba cuál de ellas era más ventajosa a los intereses del Estado, adjudicándose al mayor postor a título provisional, ya que los precios cotizados podían ser sobrepasados en una segunda puja que no debía ser inferior en un 10% a la primitiva cotización. Estas segundas ofertas se hacían en la oficina de arrendamientos y en la banca real, dándose un plazo de diez días a los nuevos concurrentes a esta segunda licitación de mejoras de precios.

La subasta judicial tenía por objeto en Grecia la locación de los bienes de menores bajo tutela, para la venta de personas libres y de niños abandonados por sus padres. Era obligación de los tutores adjudicar al mejor postor la administración de los bienes de sus pupilos.

En Roma eran vendidos en subasta judicial los bienes de los deudores insol-

ventas y las propiedades indivisas de co-herederos y co-propietarios.

Entre los griegos la subasta particular se utilizaba para el ajuste verbal de los contratos de venta y locación por un precio cierto en dinero. En tal forma eran vendidos los esclavos y los prisioneros de guerra, y a partir del siglo viii o vi antes de Cristo las bienes inmuebles, que hasta ese entonces eran inajetables.

En Roma la subasta particular fué el medio preferido para adquirir legítimamente el dominio sobre todo tipo de bienes muebles e inmuebles: casas, tierras, mercaderías, los productos de la tierra, esclavos, ganados, etc. Eras en subasta pública vendidos como esclavos los prisioneros de guerra, que en un momento dado llegaron a ser hasta cien mil los enviados a Roma desde los distintos puntos del Imperio donde los ejércitos victoriosos no daban tregua en la captura del botín humano.

La obra comentada del Dr. Héctor P. Méndez constituye de por sí un valioso aporte informativo al tema, tratado con gran amplitud. Su utilidad excede el campo jurídico al que se destina la obra, que ha de servir como consulta a historiadores, arquitectos, urbanistas y a cuantos se interesen por conocer el pasado de la civilización greco-romana. Para lo anecdótico intercalado en el texto en forma epigramática, no por su brevedad deja de tener interés para el investigador, que verá estimuladas sus aptitudes

intelectuales en forma seductora para abundar en la búsqueda de conocimientos históricos del pasado.

El autor ha estudiado con verdadera capacidad de investigador todas las características de la subasta pública: formas, modalidades, publicidad, personajes, costumbres, penalidades, tradiciones, etc. Fácilmente podrá así constatarse cómo las costumbres de un pasado milenario perduran actualmente en la civilización de Occidente, con características propias a las modalidades de cada país.

La laboriosidad del autor de la obra y la autenticidad histórica de su importante aporte a nuestra cultura jurídica, se evidencia a través de 1.360 citas hechas al pie de las 210 páginas de texto, donde el lector hallará la posibilidad de abundar en sus conocimientos en el sentido en que sea orientado por sus preferencias.

Además, debe destacarse que el Índice Cronológico cita 253 nombres y el Índice de Materias abarca 161 temas y el número de autores y documentos consultados llega a 103, lo que revela un esfuerzo ponderable por parte del autor.

Valioso aporte para la cultura jurídica e histórica de la Argentina es el esfuerzo realizado por el Dr. Héctor P. Méndez, en una obra que evidencia seriedad informativa y paciente investigación, traducida a lenguaje vivo con concisión de estilo y claridad de pensamiento.

JOAQUÍN SANCARRA BARRERA

ERNESTO JONAS LEZA, La personalidad del comerciante creado por la Ley 13.512; en Diario "La Ley" del 26 de agosto de 1960.

Hace algún tiempo, en las páginas de esta Revista (N° 2) apareció un artículo del Dr. Manuel A. Leza, titulado *Naturaleza jurídica del comerciante de propietario*, en el que a guisa de comentario a un fallo del Tribunal del

Trabajo N° 2 de Mar del Plata, se estudiaba este delicado problema, arribando su autor a una conclusión negativa; es es decir, afirmando la inexistencia de una personalidad —siempre restringida— en el llamado comerciante de propietario.

El tema, que es y fue objeto de una profusa bibliografía, ocupó en repetidas oportunidades la atención de los tribunales, los que en general se han volcado hacia una solución opuesta a la nuestra, por consultar más fielmente las necesidades prácticas.

A esta última conclusión llega también el autor de la nota de que hoy nos ocupamos, y que aparece como un comentario a un fallo de la sala II de la Cámara Nacional del Trabajo, en el cual se declaró que "una demanda por reincorporación al trabajo no puede ser dirigida contra el consorcio de propietarios, pues éste no existe como ente independiente de la propia personalidad individual de sus integrantes".

El Dr. Loje, conocido especialista en materia de propiedad horizontal, da una visión del problema desde ya se puede advertir que la solución particular del mismo depende de cual sea la opinión que se tenga acerca de un gran tópico del derecho contemporáneo que es el de las personas de existencia ideal. El autor adhiera a la posición que propicia la siguiente interpretación dentro de nuestro derecho: hay dos tipos de per-

sonas: de existencia ideal y físicas; las primeras a su vez pueden ser: o personas jurídicas, o simplemente personas de existencia ideal que no son personas jurídicas. El consorcio de propietarios sería una especie dentro de esta última género, es decir, sería una persona de existencia ideal que no es persona jurídica. Por lo tanto constituiría un ente distinto a la individualidad de sus integrantes y por ende tendría aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Para decirlo más claro aún: tendría personalidad.

Afirmando sus tesis de que el consorcio es un sujeto de derechos, dice el Dr. Loje: *La ley estructura, para, el consorcio como cuerpo o ente colectivo, le otorga derechos destinados a recoger y ejercer su voluntad y le fija una esfera de actuación, todo ello con carácter necesario. ¿Qué más puede pedir para reconocer que el consorcio es un sujeto de derechos?*

Lógicas aparecen las afirmaciones del autor, sobre todo si se tienen en cuenta los problemas prácticos que la dilucidación del asunto compromete.

CARLOS A. R. LACOMASANO

GUSTAVO L. ALLENDE, *La defensa de la posesión y la tenencia en nuestro Código Civil y en los códigos contemporáneos. "La Ley"*, Buenos Aires, 18 de agosto de 1940 (T. 99).

Con firmes argumentos vuelve a ocuparse el profesor Allende de la posesión, agregando a lo expuesto en sus conocidos trabajos sobre el tema, nuevos elementos —esta vez referidos a la defensa de dicha institución y de la tenencia—, y señalando en lo que a ello respecta, la posibilidad de una leve reforma de nuestro Código, la que lo colocaría —como él dice— exactamente en la línea de los códigos modernos.

Comienza el autor precisando la concepción ensuta de Savigny sobre los ele-

mentos de la posesión, "Corpus": estado de hecho que permite disponer de la cosa y al mismo tiempo impedir toda acción extraña; "animus domini": tener una cosa no reconociendo en otro la propiedad y conservando la cosa con un fin especial, por ejemplo a causa de los frutos que ella produce. Concepción ésta que es la contenida, con absoluta fidelidad, por nuestro art. 2313.

Allende entra entonces a considerar los códigos contemporáneos, los más característicos: alemán, suizo e italiano,

afirmando categóricamente —y demostrándolo— que ésta también adoptaron, exclusivamente, el pensamiento de Savigny. Hay, en el código alemán, pruebas decisivas: su art. 854 dice: "La posesión de una cosa se adquiere por la obtención de un poder de hecho sobre la cosa"; el mismo Ihering, lamentándolo, reconoció que con esta norma se imponía la posición de Savigny sobre el "corpus". Pero —declara Allende— al ser denominada posesión al corpus (en razón de conferir este código —como los que le siguieron— tanto al poseedor como al simple tenedor, las mismas defensas) no se ha excluido el "animus domini", sólo que de este modo se configuran varias categorías de posesión —mediata, inmediata, fingida, en nombre propio, etc.—, complicándose la terminología y los conceptos. Ya el código suizo trató de retroceder frente a estas complicaciones (suprimiendo la categoría alemana de "servidores de la posesión"), pero fue el código italiano de 1942 el que concretó la reacción, volviendo a llamar posesión a la posesión y tenencia a la tenencia, sin perjuicio de acudir también a ésta, defensas posesorias.

Se pregunta luego el autor si también en nuestro país puede considerarse necesario dar a la tenencia esta clase de defensas; y si bien llega a una conclusión en términos generales negativa (salvo para el locatario, cuyo derecho —afirma— presenta en el código argentino (art. 1433) bastantes similitudes con un derecho real), propone no obstante —para el caso de que ello quiera hacerse, a fin de colocar al Código en la línea del suizo y alemán— una solución clara y sencilla. En vista de que la única

norma que se opone a que el tenedor goce de las acciones posesorias es la del art. 2480, éste debería ser modificado, quedando redactado en la siguiente forma: "La posesión para dar lugar a las acciones posesorias, debe reunir las condiciones requeridas en este título. Lo contrario fundado en un título, será defendible también por las acciones posesorias".

Finalmente, Allende se ocupa de otro aspecto importante: el objeto de las acciones posesorias. En el Código Civil argentino éstas sólo corresponden para las inmuebles (art. 2487), a diferencia de los códigos modernos, donde también las cosas muebles. La última solución es la que el autor —opinamos que con mucha razón— considera adecuada. En que la vida contemporánea ha formado la exclusión de ciertas cosas muebles importantes del régimen del art. 2412 (razón de ser de la mencionada limitación del art. 2487): buques, aeronaves, automotores, ciertos papeles de comercio, etc. Para estas muebles, únicamente, propone el autor la concesión de acciones posesorias, mediante el agregado del siguiente párrafo al art. 2487: "También las acciones posesorias corresponden a los poseedores de muebles, cuando se trate de cosas que están excluidas de la pronunciación de propiedad que determina el art. 2412".

Con leves retoques como los propugnados —concluye acertadamente Allende— nuestro Código puede quedar perfectamente al nivel de los contemporáneos, prohibiéndose así una vez más que la gran obra de Villos conserve aún toda su vigencia y actualidad.

• PABLO A. HOYARTE

Comienza el autor de este artículo afirmando que el contenido del Código a dictarse, como consecuencia de la prescripción constitucional incorporada en 1957 al artículo 87, inciso 11, servirá para determinar el límite de las atribuciones provinciales que en forma expresa fija el art. 108 de la C.N. De allí que el primer planteo que se formula es al respecto a la mayor o menor extensión de aquel contenido. Para ello, se pregunta qué debe entenderse por derecho del trabajo y de la seguridad social, confesándose partidario de "un concepto amplio de la materia que nos ocupa", fundamentadamente por su finalidad de protección del hombre y la naturaleza de sus principios "inspirados en una nueva (?) concepción de la justicia que ha dado en llamarse *justicia social*".

Se ocupa luego de hacer resaltar la preponderante influencia que en las sociedades contemporáneas ejercen ciertas organizaciones con cuya intervención se elaboran las convenciones colectivas y donde se pone de manifiesto la sustitución de la voluntad individual por la profesional. Toda ella, dice el autor, y el estudio de organismos integrados por representantes sindicales, debe ser tenido en cuenta al ser elaborado el Código, para evitar que se produzca un estancamiento en la evolución del derecho.

Más adelante, se pronuncia contra un Código que sea una mera recopilación de las leyes hoy dispersas. Pretende un total replanteo para superar la falta de unidad que entre ellas existe. Afirma que el Código debería constituir, así, una especie de ley constitucional del trabajo y crítica la excesiva intervención

actual en la regulación, lograda exclusivamente, de las relaciones económicas sociales.

Todo el estudio está destinado, según la expresa el propio autor, a exponer aunque no sea en forma exhaustiva, aspectos que considera fundamentales y que deben ser tenidos en cuenta para la redacción del Código, a efectos de asegurar la armonía y equilibrio de intereses dentro del ideal de justicia social a que aspiran las jóvenes generaciones. Consecuente con ese enunciado, ofrece a la consideración pública puntos de partida para la redacción de dicha tarea; ellos van desde el ámbito de aplicación hasta la eventual imposición de penalidades para el caso de infracciones. Y es interesante señalar que, ratificando lo dicho anteriormente con respecto a la amplitud, expone su criterio tendiente a considerar "trabajador" no sólo al que actúa como dependiente o subordinado de otra, sino a toda persona que, por realizar una actividad útil, se le considere acordada a la protección jurídica. Aspecto sobre el cual nos permitimos disentir pues de adaptar este criterio, sería en lo futuro harlo difícil diferenciar un trabajador de un no-trabajador.

Para finalizar, pone de manifiesto la inconveniencia de mantener la distinción entre dos instituciones jurídicas que esencialmente no difieren: locación de servicios y contrato de trabajo, ya que en ambas se dan los presupuestos de prestación de servicios y remuneraciones como contraprestación.

JOSÉ HONORIO HERRERA

RESUMO MARTINEZ RUIZ, Observaciones al proyecto de ley orgánica de la justicia nacional, en "La Ley", Buenos Aires, agosto 12 de 1960.

Crítica justificada la que realiza el A. a la nueva tentativa de dotar a nuestro ya intrincado, profuso, no siempre bien concebido y a veces contradictorio ordenamiento positivo vigente, de un instrumento con los caracteres de ley orgánica para reglamentar el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales nacionales. Señala su preocupación ante la profusa producción de normas por parte de nuestros organismos con facultades legislativas sin el debido cuidado técnico y subestimando la importancia de la claridad, predicando que de persistir con esta modalidad, la ciencia del derecho pronto será algo estático, desvivo privilegiado de pocos. Nos ilustra con interesantes casos en los que vemos el caos de nuestro régimen positivo que afirma está determinando que los juristas deben ir sucumbiendo en los compartimientos estancos de la especialización, que si se acciona, es insuperable, haciéndonos reflexionar sobre si realmente existe tal ordenamiento concebido cual un todo sistemático y coherente de normas jurídicas. Destaca casos concretos en que los encargados de la serie y compleja tarea de administrar justicia han dictaminado evidentemente sin conocimiento de nuevas disposiciones que reemplazan a las que avalaban esos pronunciamientos, hallando la explicación de este verdadero fenómeno en la dificultad de conocer todas las normas legales que se van sancionando con

decreciente actividad, y sin cuidar la claridad de los textos.

Encuentra en el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional referente a la ley Orgánica de la Justicia Nacional (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 23 de junio de 1960, p. 318) la misma falta de técnica en cuanto a la fijación de la competencia de los jueces nacionales, que la de la ley Imperante (decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14463, modificada a su vez por las leyes 14558 y 14831, sin olvidar la reciente ley federal de seguridad), ya que no la determinan directamente sino en forma mediate al hacer un recuento a otras varias disposiciones legales (numerosas en algunos ejemplos que cita). Del recuento de como concretamente determinaban la competencia "las ejemplares leyes del siglo pasado" concluye el A. su análisis señalando que el legislador debe cumplir con la elemental obligación de formular la nueva ley con simplicidad y la mayor claridad, y en el caso de la proyectada ley orgánica de los tribunales nacionales, sancionarla siguiendo la buena técnica de las leyes 44 y 1893, que en su articulado contienen la totalidad de las disposiciones que establecerían la competencia de los jueces nacionales y de la capital sin recurrir a otras leyes legales.

CARLOS V. PENAS

JOSÉ MARTÍN CARRASQUINO, Aspectos evolutivos del proceso. Revista de Derecho del Trabajo, julio de 1960.

La institución del proceso ha sufrido una profunda evolución, dada que se incorporara a los estatutos de las corpo-

raciones medievales. Tal como está consagrada en las modernas legislaciones presentes —según nuestro autor— clar-

tos signos de decadencia, por lo que se hace necesario su adecuación a la realidad económico-social.

El autor considera errada la concepción contractualista, puesto que el preaviso no nace del contrato mismo sino de la denuncia, después o simultánea, como acto unilateral. Siguiendo esta concepción define al instituto como el lapso de tiempo entre la denuncia y el vencimiento del término suspensivo a ella anexado.

El pago sustitutivo, que en la práctica ha dejado de ser excepcional, sería la solución más conveniente en todos los casos, ya que la continuación de la relación laboral luego de producida la denuncia, ocasiona inconvenientes para empleado y empleador.

La reciprocidad del preaviso en la for-

ma en que está establecida por la mayoría de las legislaciones, merece las críticas del profesor brasileiro, en cuanto no es justo disponer igualdad de tratamiento a quienes se encuentran en posición desigual.

Martins sostiene la necesidad de fusionar el preaviso con la indemnización por despido, puesto que ambos institutos reposan sobre un sustrato común, la denuncia de la relación contractual.

Se trata de una institución transaccional entre el interés individual y el social, que estaría llamada a desaparecer como consecuencia de alpublicación del derecho, para ser reemplazada por una regulación general de desempleo y por disposiciones de seguro social.

EDUARDO Y. JONAS

José DOMÍNGUEZ RIVERA, Embargo de buques.

Nuestro Código de Comercio legisla sobre el embargo de buques en el Libro III, Título I, artículos 868 a 873, mencionando además al mismo en algunos otros artículos del citado libro.

Problema de fundamental importancia es la aplicación de tales preceptos, es el saber si las disposiciones sobre embargo preventivo y ejecutivo contenidas en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial deben aplicarse predominantemente completadas con las normas existentes en el Código de Comercio, o si por el contrario, deben prevalecer las disposiciones de la legislación de fondo sobre las reglas comunes de procedimientos.

De la solución que se dé al interrogante formulado, depende que la medida se otorgue con mayor o menor facilidad, es decir, que el embargo (en especial el preventivo) se declare procedente con un menor o mayor número de requisitos, respectivamente. Si se tiene presente que

Ed. Abelardo-Perrot, Bs. As., 1959.

el embargo preventivo y la interdicción de navegar "es el medio de que puede valerse el acreedor del prestatario o arrendador, para obtener el afianzamiento de su crédito, antes de que el buque zarpe y se exponga a los riesgos de la navegación", surge inmediatamente la trascendencia que tiene la posición que se tome ante el problema.

Raymundo L. Fernández sostiene que las disposiciones de las leyes procesales rigen en nuestro ordenamiento jurídico todo lo relativo al embargo de buques, con las restricciones que contienen los artículos del Código de Comercio. Esta posición es compartida por Rodolfo Méndez Alvarez, quien comentando el derecho uruguayo y con respecto al embargo preventivo y al embargo de ejecución dice: "...el Código de Procedimiento Civil es —si así puede decirse— la ley general, mientras el Código de Comercio es la ley especial, que agrega nuevos requi-

sitas y restricciones en materia de embargo de buques."

En contra de estas opiniones se manifiesta el Dr. Ray, sosteniendo que existen en el Código de Comercio una serie de principios e instituciones que permiten dar soluciones específicas, adecuadas a la naturaleza del medio y del vehículo, y conformes al particularismo y autonomía del derecho de la navegación, ya que "aplicar las normas procesales del Código de procedimientos sin dar primacía a las que pueden construirse sobre la base de las disposiciones del Código de Comercio, implicaría no buscar lugar al embargo en casos en que indudablemente procede". De ahí que el A. sostiene que no deben exigirse todas las requisitos del Código de procedimientos para que el embargo sea admisible, sin que esto signifique liberar al embargante de justificar necesariamente su crédito.

En verdad, el A. es consecuente con lo sostenido en un trabajo anterior, cuya lectura nos ha resultado de manifiesta utilidad para tener una visión precisa de las diversas instituciones que componen el derecho de la navegación y un concepto claro de su carácter particularista y autónomo. Nos referimos al libro *Derecho de la Navegación, Particularismo y Autonomía*, en el cual al referirse a la autonomía científica (Capítulo VI), dice con respecto a las normas procesales: "El derecho procesal, que tiene por objeto el funcionamiento de las normas de fondo, debe adecuarse fuertemente a las soluciones que estas conagraran más convenientes, ya que de nada vale establecer en un texto una disposición que al aplicarse está desvirtuada por falta de normas procesales adecuadas (pág. 94, Nº 33).

Estudia a continuación el Dr. Ray las disposiciones de nuestro Código de Comercio, reseñando brevemente sus fuentes y antecedentes históricos, y luego analiza la procedencia de la medida según

el origen del crédito, a través de una copiosa cita jurisprudencial, emitiendo su opinión en cada caso.

Refiriéndose a la inembargabilidad, divide ésta en absoluta y relativa. La primera, cuando es en razón de la afectación del buque; la segunda, para ciertos y determinados casos. Considera que es decisivo en la inembargabilidad absoluta el destino de la embarcación, sin que interese quién es el titular de la misma, criterio adoptado por la Convención de Bruselas de 1936, sobre inmovilidades de los buques de Estado y por el Tratado de Montevideo sobre navegación comercial de 1940 (Título X, De los buques de Estado, arts. 34 a 42). Como casos de inembargabilidad relativa, señala los arts. 870 y 872 del Código de Comercio, y los previstos en los arts. 885 y 881, del mismo cuerpo legal, cuando el buque no se encuentra en el puerto de matrícula y si la deuda no ha sido controlada o no se ejecutaba en nuestro país, tratándose de un buque extranjero.

En sucesivos capítulos estudia lo relativo a la jurisdicción y competencia, procedimientos, penosidad, inventario, fianza, daños y perjuicios, legislación comparada (donde destaca la existencia de dos grupos de legislaciones con relación al embargo y detención de buques: sistema anglosajón y sistema denominado continental), y Convención de Bruselas de 1932, sobre unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación mercante, cuyo texto está contenido en el apéndice de la obra. En un capítulo final el A. resume en forma clara y ordenada sus opiniones, expuestas a lo largo del libro.

En el trabajo que comentamos el Dr. Ray pone de manifiesto una vez más no sólo su profundo conocimiento de la materia, sino también sus cualidades de estudioso e investigador del derecho, convirtiéndose en realidad lo que sostiene al comienzo del libro, en el sentido de que

"Los estudios jurídicos no deben limitarse a reproducir el derecho positivo vigente, sino exponer todas las modificaciones

que por vía legislativa o jurisprudencial deben consumarse."

EDUARDO B. FREUNDLICH

Historia, instituciones y principios especiales del Derecho Mexicano del Trabajo, de MARIO DE LA CRUZ.

Nos presenta el autor en este libro trabajo, una reseña analítica de los pilares esenciales que constituyen el derecho mexicano del trabajo; su historia y principales instituciones.

Afirma el autor que el rubro característico de derecho del pasado lo constituye la unión de dos tendencias o de enfoques esencialmente distintos: por una parte la consagración de las ideas individualistas, concepción que ve en la persona humana un ente destinado a la libertad, y por otra parte, las doctrinas económicas de la Escuela Liberal Clásica caracterizada por la afirmación de una absoluta libertad de las fuerzas económicas; y como consecuencia de ella una actitud abstencionista por parte del Estado. El resultado de la unión de estos conceptos de pensamiento fue la subordinación de las relaciones de trabajo al libre juego de las fuerzas económicas.

Esta tendencia individualista y liberal, tuvo su expresión en la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1857, no obstante el sentido humanista que le imprimieron los constituyentes.

Este sentido humanista que caracteriza al derecho mexicano se revela en toda su amplitud en la legislación civil en lo que se refiere a las relaciones de trabajo. El Código Civil de 1870 rompe con la tradición romana y con los principios del Código de Napoleón y crea un título especial para las relaciones de trabajo. Se aparta así de la concepción romana y francesa que consideraba al trabajo humano como una cosa susceptible de darse en arrendamiento.

Des fueron las consecuencias más im-

portantes que produjo ese particular sentido humanista que se le imprimió al derecho constitucional mexicano:

1. — La idea de la libertad de trabajo, consagrada en el art. 5 de la Constitución de 1857 al expresar que: "Todo hombre es libre para abstrar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto y para aprovecharse de su producto."

2. — La libertad de asociación expresamente reconocida por la Constitución de 1857 en su art. 7: "A nadie se le puede coartar el derecho de asociarse con cualquier objeto lícito."

Divide la historia de la libertad de coalición y de huelga en tres grandes períodos: los dos primeros corresponden al siglo XIX y a los años del siglo XX anteriores a la primera guerra mundial; y el tercero de ellos estaría dado por la etapa posterior a la Constitución de 1917.

Denomina a los dos primeros períodos con los nombres de "época de la prohibición y de la tolerancia". Se caracteriza la época de la prohibición no solamente por la negación del derecho de coalición y de huelga sino también, porque el legislador los considera como hechos penales. En la etapa de la tolerancia se suprimió los delitos de coalición y de huelga.

Pero se recién en la segunda década del siglo XX, en el período histórico que se conoce con el nombre de Revolución Social, cuando surge con todas sus formas el derecho del trabajo y los principios de la previsión y de la seguridad social, operándose en virtud de este he-

cho trascendente un cambio fundamental en la vida de las masas trabajadoras.

Fue la legislación agraria la que impulsó un gran impulso a la idea de la justicia social. La ley del 6 de enero de 1913 que ordenó el reparto de la tierra entre los campesinos constituye un ejemplo de mejora en las condiciones de vida de aquellos. Etapa de reivindicaciones agrarias que debía desembocar necesariamente en la conquista del derecho del trabajo. Y en efecto a partir de septiembre de 1914 se promulgaron leyes del trabajo en distintos estados mexicanos.

Este proceso cristalizó en la Constitución de 1917, "primera constitución social del siglo XX y primera Declaración de independencia de los intereses laborales", dice el autor.

"Las relaciones jurídicas de trabajo no pueden quedar abandonadas al libre juego de las fuerzas económicas naturales, pues éstas, por su calidad de fuerzas de la naturaleza son ciegas a los valores humanos y no pueden saber lo que es la justicia. El siglo XIX fue testigo de la injusticia reinante en las relaciones obrero-patronales, servilmente colocadas al servicio del creciente poderío de las fuerzas económicas."

En virtud de ello las constituyentes mexicanas comprendieron la necesidad de subordinar la economía al derecho. La Declaración de los derechos sociales no suprimió la vieja Declaración individualista de 1857, ni significó restricción alguna de las libertades del hombre; por el contrario se unió a aquella personalidad y para alcanzar un mundo individual y social más justo.

Si bien el fundamento de la Declaración mexicana de los derechos sociales y las viejas declaraciones de derechos individualistas del hombre y del ciudadano tienen el mismo: la dignificación de la persona humana, difieren los medios de que se valen para hacerla efectiva: en tanto los derechos individuales del hom-

bre constituyen derechos frente al Estado, implican un no-hacer del Estado; los derechos sociales son de naturaleza esencialmente positiva, son deberes de los patronos, un hacer, un dar, de los empresarios.

Son características de la Declaración mexicana de 1917:

1. — El hecho de que al formar parte de una constitución escrita y rígida sus normas y principios están colocados en un plano superior al que ocupan los poderes estatales.

2. — La Constitución mexicana aseguró el control de la constitucionalidad de las leyes emanadas del poder legislativo y de los actos provenientes del poder ejecutivo por un procedimiento judicial que se conoce con el nombre de "recurso de amparo". Mediante ese control se asegura a la clase trabajadora y a los obreros la estabilidad de sus derechos y beneficios constitucionales.

3. — Otra característica que la Declaración de derechos está integrada por normas programáticas amplísimas. Por eso se dice en el Preamble del art. 123 que la "Declaración de derechos es solamente las bases sobre las cuales deberá elevarse la legislación del trabajo y de la seguridad social."

4. — En generalidad: sus normas y principios valen para todos los que prestan servicios en la República sean nacionales o extranjeros. La fracción VI del art. 123 expresa que "a trabajo igual corresponde salario igual independientemente de la nacionalidad de los trabajadores."

Los principios e instituciones consagrados en la Declaración de 1917, los divide el autor en tres grandes grupos.

En primer término las disposiciones que integran el derecho del trabajo en sentido estricto, entendido por tal "los principios, normas e instituciones que regulan las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores y los pa-

treros y cuya finalidad es lograr un justo equilibrio entre los intereses y derechos de los dos sectores de la producción y un consecuente nivel decoroso de vida para los trabajadores.”

El segundo grupo estaría formado por las normas que hacen a la previsión y la seguridad sociales que si bien forman parte del derecho del trabajo se han convertido en un estatuto autónomo.

En tercer lugar la Declaración se compone de un grupo de normas creadoras de las Autoridades del Trabajo-Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Juntas de Conciliación y Arbitraje, Comisión de Salario Mínimo, Inspección del Trabajo— distintas de las autoridades estatales restantes.

Al promulgarse la Constitución se creó convenientemente, en virtud de ser México un Estado federal, encomendar a los Estados miembros la sanción de leyes ordinarias del trabajo y es así como el 14 de enero de 1918 se expidió la Ley del Trabajo del Estado de Veracruz, que es en América la primera codificación de las disposiciones sobre trabajo. Los distintos Estados fueron sancionando en los años posteriores sus respectivas leyes sobre trabajo hasta que en el año 1929 y en virtud de la pluralidad de leyes locales, no siempre uniformes lo que daba lugar a graves desigualdades económicas entre los trabajadores de una misma zona, se reformó la Constitución federalizándose la legislación del trabajo.

A partir de entonces el Congreso federal es la única autoridad competente para expedir leyes del trabajo si bien su aplicación corresponde en virtud de la misma reforma constitucional, en parte a las autoridades federales y parcialmente a los gobiernos de los Estados.

Como consecuencia de esta trascendental reforma, y luego de discutirse en el seno del Congreso federal diversas propuestas, el 18 de agosto de 1931 se pro-

mulgó la Ley Federal del Trabajo, que es la codificación vigente.

El primer grupo de principios e instituciones de la Declaración comprende lo que denominamos el derecho del trabajo en sentido estricto, entendimiento que a su vez se subdivide en derechos individual y colectivo del trabajo.

Dentro de las normas que hacen al derecho individual se consigna el principio de la jornada máxima de ocho horas para los trabajos diurnos y de siete para los nocturnos. Se afirma el principio de la jornada humanitaria esto es, que las Juntas de Conciliación y Arbitraje deben analizar la naturaleza de las distintas actividades y señalar una jornada máxima menor de ocho horas cuando se trate de trabajos perjudiciales a la salud del bajador. Autorizó la prolongación de la jornada de trabajo cuando circunstancias extraordinarias lo requirieran, estableciendo que dicha jornada extraordinaria no puede ser mayor de tres horas diarias, ni exceder de tres veces por semana. Este servicio extraordinario debe remunerarse con un cien por ciento más del salario que corresponde a las horas de jornada normal. Los principios sobre jornada de trabajo se completaron con normas sobre descanso semanal. Por su parte la Ley Federal del Trabajo introdujo la institución de las vacaciones anuales pagas.

Con respecto al salario existe amplia libertad para fijar su monto sea en los contratos individuales o en las convenciones colectivas. No obstante esa libertad se encuentra atemperada por dos instituciones: salario mínimo y salario justo y remunerador.

La Declaración creó, además, un sistema completo de protección al salario. La primera parte del sistema se refiere a la defensa del salario en contra de los abusos de los empresarios: en tal sentido prohíbe el llamado *truck-system* y la

retención de los salarios por concepto de multas.

En segundo lugar se consagra la protección del salario en contra de los acreedores de los trabajadores. Así la Declaración exceptuó el salario mínimo de embargos, compensaciones o descuentos. Por su parte la Ley Federal del Trabajo extendió esta protección a la totalidad del salario. La jurisprudencia y la doctrina con un alto sentido de equidad, admiten los embargos para cubrir las pensiones alimenticias que deban pagar los trabajadores a sus familiares.

Por último la Declaración protege al salario en contra de los acreedores del patrono al disponer que los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldo devengados en el último año por indemnización, tendrán preferencia sobre cualesquiera otros en los casos de concurso o quiebra.

La Declaración consagró también el principio de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos o de la permanencia de las relaciones de trabajo. El art. 123 en la fracción XXII expresa que el patrón no podrá despedir a ningún trabajador sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o por haber tomado parte en una huelga lícita y si se lo despide queda obligado a elección del trabajador a reponerlo en el empleo o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario; por otra parte dispone el mismo precepto que el trabajador puede repararse del servicio por falta de probidad del patrono o por recibir malas treatmentos, teniendo derecho a que se le indemnicen con el importe de tres meses de salario.

Con respecto al derecho colectivo del trabajo la idea básica de las constituciones mejicanas puede resumirse en la siguiente fórmula: "las empresas tienen el deber de negociar colectivamente los problemas de trabajo con los respectivos asociaciones de obreros" Se otorgó la con-

tratación colectiva a la categoría de un derecho de los obreros. Se reconoce a la huelga como un derecho positivo de los trabajadores a los efectos de garantizar aquella obligatoriedad. Se estableció el principio de que el Estado no puede imponer a los trabajadores la sindicación, consagrándose en esta forma la libertad de asociación.

Por su parte, el segundo grupo de disposiciones de la Declaración relativas se refiere, según ya lo expresamos, a la previsión y seguridad sociales.

Dentro de este apartado se encuentran la fracción XII del art. 123 que impone a las empresas la obligación de colaborar con el Estado en el sostenimiento de escuelas para todos los niños en edad escolar, siempre que se trate de centros de trabajo que estén alejados de las poblaciones. Se estableció que los servicios de las bolsas de trabajo y de las agencias de colocaciones serian gratuitas para los trabajadores. Se expuso además que las empresas, siempre que las negociaciones se encuentren lejos de las poblaciones, o cuando ocupen más de cien obreros, deben proporcionarles casa cómodas e higiénicas. Se extendió la teoría del riesgo profesional a las enfermedades y accidentes que encuentren en el trabajo su motivo o su ocasión. En el año 1929 se introdujo una reforma en la Constitución que permitió establecer los seguros sociales obligatorios y en 1943 se publicó la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social.

El tercer y último grupo de normas e instituciones que integran la Declaración de 1917, está constituido por las disposiciones concernientes a la organización de las Autoridades del Trabajo y particularmente la cuestión relativa a la administración de la justicia obrera.

Se estableció que esta debía ser unitaria, cumpliendo en esta forma con los precedentes mejicanos que establecían dos organismos para la solución de los con-

Elites del trabajo: los tribunales Judiciales del Trabajo encargados del conciliación y decisión de los conflictos individuales y los Comités o Juntas de Conciliación y Arbitraje, instituciones administrativas destinadas a intervenir en ocasión de conflictos colectivos.

Por otra parte, dice el autor, los trabajadores mexicanos —nos parece que el fenómeno es frecuente en América— no tenían confianza en los tribunales judiciales y veían en ellos un instrumento de los empresarios: los jueces generalmente abogados que provenían de las clases burguesas y acomodadas de la sociedad, el complicado procedimiento, las costas

judiciales, etc., habían contribuido a la formación de aquella conciencia obrera. La Revolución Social mexicana, continúa, quería una justicia del pueblo.

La fracción XX de la Declaración creó las Juntas de Conciliación y Arbitraje como único órgano público para el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo. Por lo tanto la justicia obrera se ejerce por un organismo independiente y distinto del poder judicial, integrado con un número igual de representantes de los trabajadores y de los patronos y uno del Estado.

HAYDÉE ESCOBAR DÍAZ-CASTELL

Diagnóstico y Administración: DEPARTAMENTO
DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2283
BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

Precio del ejemplar \$ 30.-