

lecciones

Y ENSAYOS

25

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1961

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

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

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

Por otra parte, sin ignorar la brillantez y fuerza cultural de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestra comunidad, a sumarla, como tribuna, a la experiencia de quienes se quieren que se pase por la Facultad con un espíritu estudioso y recibir entonces, marcado sólo por sus propios problemas.

Esta semana nos llevamos 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 efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abstrayéndolos al momento cultural de escribir gustos.

LECCIONES Y ENAYOS es mano de los alumnos —estudiantes bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, en la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universalmente argentina.

Ignacio Wislaky
(LECCIONES Y ENAYOS, Nº 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Francisco F. Laplana

VICEDECANO

Dr. Guillermo Abumada

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores

Consejeros titulares: Dr. Mario A. Risolia, Dr. Aquiles H. Guaglianone, Dr. Héctor Raúl Moreno, Dr. Rodolfo Mariluz, Dr. Ricardo Zermoglio Bocó, Dr. Ambrosio L. Gioja, Dr. Manuel M. Diez.

Consejeros suplentes: Dr. Alberto C. Padilla, Dr. Orlando Williams Alaga, Dr. Enrique Díaz de Gujara, Dr. Carlos Sánchez Vianzon.

Egresados

Consejeros titulares: Dr. Roberto S. Pestiglione, Dr. Francisco E. Trasso, Dr. Eduardo A. Roca, Dr. Jorge A. Benjaún.

Consejeros suplentes: Dr. Antonio D. Varela, Dr. Guillermo O'Donnell, Dr. Juan A. Gregorini, Dr. Alfredo J. Francini.

Alumnos

Consejeros titulares: Sr. Luis Paezerrada (E), Sr. Mario Pozzió, Carlos von Tillinger, Néstor Spangano.

Consejeros suplentes: Martín Farrell, Catalina Salivras, Alberto García Rojo, Mario J. Kestelboim.

LECCIONES Y ENSAYOS

1961

Nº. 23

ESTUDIOS

LINO ENRIQUE PALACIO: El litisconsorcio necesario	7
ARNOLDO SIPERMAN: Los principios generales del derecho sucesorio y el trámite del juicio sucesorio	11
MANUEL A. LAQUIS: Hacia una reforma urgente de la publicidad de los derechos reales	33

ENSAYOS

ALBERTO SANCHEZ CRESPO: Norma jurídica e imperativos	31
OCTAVIO R. AMADEO: Reflexiones sobre los grupos de presión	104
HUBERTO QUIROGA LAVIE: La norma retroactiva en Hans Kelsen	117

NOTAS Y COMENTARIOS

JUAN CARLOS LUQUE: Una introducción a la Ciencia de las Finanzas, por el Prof. Dr. Alfonso Balestro	131
---	-----

TEXTOS

Nota de Remisión del Proyecto de Código Civil, de Dalmacio Vélez Sarsfield	139
--	-----

ESCRITOS JUDICIALES

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI: Recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por denegatoria del recurso extraordinario	149
---	-----

UNIVERSITARIAS

RICARDO ANGEL BUGALLO LANGLOIS: El Fruto de un viaje	157
--	-----

LIBROS Y REVISTAS

Notas de: Jorge Servetti Reeves, Gabriel Binstein, Marta Halner, Roberto Yacopi, Enrique S. Petracchi, Leopoldo H. Schiffrin y Nabel B. Tomassini	163
---	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
Doctor Ignacio Wisnky

CONSEJO DE PROFESORES

Guillermo L. Allende, Carlos E. Feyt y Luis Jimenez de Aza

CONSEJO DE REDACCION

Director: Luis Foderrada (h)

Subdirector: Enrique S. Petracchi

Secretario de Redacción: Leopoldo H. Schilliro

Secretarios Adjuntos: Jorge Servetti Reyes y Leopoldo Magallanes

Relatores: Ana Rosa Casar, Mabel E. Tomassini y Daniel J. Elvinsky

Hecho el depósito que dispone la ley Nº 11.728

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

ESTUDIOS

EL LITISCONSORCIO NECESARIO

Por

LINO ENRIQUE PALACIO

1. — El litisconsorcio es necesario en aquellos casos en que la sentencia sólo puede dictarse útilmente frente a todos los partícipes de la relación jurídica controvertida en el proceso, cuya eficacia requiere, por tal motivo, la obligada citación de aquéllos.

Esta modalidad del proceso consorcial puede derivar de una expresa disposición legal —como ocurre en el caso de la acción de reconocimiento de filiación legítima, que sólo puede ser intentada contra el padre y la madre conjuntamente, y por fallecimiento de éstos, contra sus herederos (art. 260 Cód. civ.)— o de la naturaleza misma de la relación jurídica sobre que versa el proceso: así, por ejemplo, la acción de simulación de un contrato de compraventa debe necesariamente dirigirse contra las dos partes otorgantes del acto¹; la acción de rescisión de un contrato de arrendamiento promovida por el acreedor hipotecario debe ser deducida contra el locador y el locatario conjuntamente²; la acción de división o partición debe proponerse frente a todos los herederos o condóminos; el subinquilino o cesionario que demanda al locador procurando una declaración judicial que lo coloque en el contrato en lugar del locatario, debe dirigir la acción también contra este último, etc.³

¹ Cámara Civil I, "J. A.", t. 47, p. 893, con interesante nota de Arturo Acuña Amoretti. Por tratarse de un caso de lito-consorcio necesario, la demanda por simulación debe dirigirse contra todos los otorgantes del acto simulado, ya que de otra manera el juicio no podría fallarse útilmente.—C. N. Civ. Sala D, "La Ley", t. 97, pág. 11— V., igualmente, S. C. Tucumán, en "La Ley", t. 76, p. 532: Hay litisconsorcio necesario en el caso de una demanda de simulación de un contrato de compra-venta, mediante la cual se tiende a modificar la situación creada entre las partes por dicho contrato, dándole un carácter distinto que la alteraría profundamente al transformarlo a una de las partes, de verdadera, en propinaria, nuevamente del bien vendido y sólo deudora de un préstamo en dinero, y a la otra, en sólo acreedora de ese préstamo con pérdida del dominio que adquiriera por la compra.

² Cár. civ. I, "J. A.", t. 2, p. 356.

³ C. N. Per., sala III, oct. 29/1938, "La Ley", t. 93, 533-S. El locador que persigue el deslinde por violación de las normas legales que prohíben la cesión de la locación, debe demandar al prestatario cesionario y al locatario que habría cedido la locación y con quien aquél estaba contractualmente vinculado, ya que tal situación configuraría la existencia de un litisconsorcio necesario, C. N. Paz, sala IV, "La Ley", t. 90, p. 359.

2. — Ante el silencio de la ley, o cuando ella no es lo suficientemente explícita acerca de tal extremo, la doctrina entiende, generalmente, siguiendo las enseñanzas de CROVENA⁴, que el litisconsorcio debe considerarse necesario siempre que se esté en presencia de acciones constitutivas tendientes a obtener la modificación de un estado jurídico que sea común a varias personas. Señálase que, en tales hipótesis, sería inútil (*inutilem dato*) el pronunciamiento judicial que no se dictase frente a todas ellas, pues es obvio que si el estado jurídico es uno con respecto a varios, no se concibe que la modificación respectiva se opere sólo respecto de algunos. Así, no se concibe que el vínculo matrimonial, que es común a ambos cónyuges, pueda anularse (por acción de un tercero) sólo con relación a uno de ellos; o que el estado de hijo legítimo sea reconocido solamente frente a uno de los progenitores, etc.

En ese orden de ideas, se sostiene que ello no ocurre en el caso de las acciones de condena, porque en lo que a ellas concierne siempre tendría utilidad práctica la sentencia que se dictase a favor o en contra de uno o de algunos de los derecho-habientes u obligados. "Ahora bien —dice CROVENA—. . . a mí me parece poder repetir que toda sentencia puramente declarativa de obligaciones es jurídicamente posible aun frente a uno solo entre los varios partícipes de una relación; porque la obligación es por su naturaleza individualizada por la persona del obligado, y, como tal, es por su naturaleza susceptible de una declaración judicial individual; la sentencia que declara una obligación no agrega a su declarada existencia más que la certeza y la actuabilidad frente al obligado que estuvo en juicio; la misma tiene un valor como tal, porque ella declara una conducta, una actividad debida; y, sin embargo, la misma tiene un "más allá" de posibilidad, no sólo jurídica, sino práctica; es un "más allá" de confines inciertos, porque el comportamiento de los cointeresados en la relación, y las vicisitudes de los juicios separados en confrontación de éstos, pueden extenderlos o rechazarlos; pero la declaración como tal tiene siempre una importancia para quien ha participado en el juicio, y esto basta para excluir el litisconsorcio necesario, cuando la ley no lo exige con norma expresa"⁵.

Creo, sin embargo, que tales apreciaciones pierden valor frente al caso de las obligaciones indivisibles en las cuales la prestación no se concentra en cabeza de cada uno de los deudores, con arreglo al principio del art. 685 del Código Civil, sino que debe ser cumplida por todos ellos conjuntamente (indivisibili-

⁴ *Principios*, t. II, p. 676; *Sobre el litisconsorcio necesario*, en "Ensayos de derecho procesal" (trad. Santa Malenda), t. III, p. 393; *Curso, Manual*, p. 168.

⁵ *Sobre el litisconsorcio necesario*, op. cit. p. 398.

dad imperfecta o impropia). La obligación de escriturar un inmueble en condominio, por ejemplo, no podría ser cumplida eficazmente sino por todos los condóminos (art. 988 del Cód. civ.), de modo que sería inútiliter data la sentencia que condenase a escriturar a uno sólo de ellos⁸.

3. — El litisconsorcio necesario no comporta una acumulación subjetiva de acciones. Los casos que hemos mencionado demuestran que se trata del ejercicio de una acción única, la cual sólo puede ser puesta en movimiento por o contra varios legitimados, y no por o contra algunos de ellos solamente⁹. Existe, pues, una sola acción con pluralidad de partes¹⁰, de manera que quien no es demandado por todos los legitimados activos necesarios, o junto con los restantes colegitimados, puede oponer la defensa de falta de acción (*sine actione agit*)¹¹.

4. — Algunos códigos, en previsión de que, por error o inadvertencia, el proceso se haya promovido por algunos o contra algunos de los que necesariamente deben participar en él, autorizan al tribunal a disponer, de oficio o a petición de parte, la integración de la litis, o sea, la citación de los sujetos procesales omitidos. Así el de Jujuy, cuyo art. 295 establece que el tribunal deberá ordenar la integración del juicio "dentro de un plazo perentorio que él señalará"; y el de Mendoza (art. 45), que, además, dispone la suspensión del desarrollo del proceso mientras se cita al litisconsorte omitido.

La jurisprudencia de los tribunales nacionales admite también esa posibilidad. Se ha resuelto, en efecto, que en virtud del principio de economía procesal, cuando la sentencia a dictarse sea de cumplimiento imposible, cabe, en principio, admitir el incidente de integración de la litis, a fin de evitar la instrucción de un proceso carente de finalidad práctica¹². Como regla, el incidente debe promoverse antes o hasta el momento de contestarse la demanda, pero no cabe descartar la posibilidad de su planteamiento posterior a esas etapas cuando evidentes razones de economía y utilidad práctica lo aconsejen. No obstante el parecer contrario de alguna jurisprudencia, considero que los artículos

⁸ El caso fue resuelto en la sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil, sala D, que se registra en "La Ley", t. 92 p. 193, en la cual se estableció que la demanda por escrituración plantea un caso de litisconsorcio necesario y activo entre los condóminos vendedores, vinculados en forma inscindible por una sola relación substancial. El excelente voto del doctor Cichero, al que adhirieron los restantes jueces de la sala, me ha servido de línea directiva para lo que digo en el texto.

⁹ LEROUX, *Manuale*, t. 1, 149.

¹⁰ RANZANI, *Tratado positivo del derecho procesal civil*, p. 250.

¹¹ C. N. Civ., sala D, "La Ley", t. 92, p. 199; S. C. Tucumán, L.L., t. 76, p. 612.

¹² C. N. Civ., sala A, "La Ley", t. 100, p. 771.

52 del código de procedimientos y 21 de la ley 14.237 autorizan a los jueces a decretarla de oficio ¹⁹ ²⁰.

5. — Toda vez que, según he señalado(el litisconsorcio necesario deriva del ejercicio de una acción única con pluralidad de partes, se impone la conclusión de que la sentencia respectiva debe ser la misma para todas ellas. De esa regla fundamental derivan las siguientes:

a) Cada litisconsorte puede actuar en forma autónoma durante el desarrollo del proceso, en el sentido de que es libre de elegir las defensas y medios probatorios que le convengan, de discutir o aceptar los hechos invocados por su adversario y de disponer, incluso, de su derecho, mediante el allanamiento, la transacción, la renuncia, etc. Estos últimos actos, sin embargo, no producen sus efectos normales si los demás litisconsortes no adoptan la misma actitud, pues en razón de la indivisibilidad del objeto procesal sólo pueden aporejar la consecuencia de liberar al autor del acto de las cargas inherentes al ulterior desarrollo del proceso y de eximirlo, eventualmente, del pago de las costas referentes a los trámites efectuados sin su intervención ²¹. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio del valor que el acto del litisconsorte puede tener como elemento de convicción del juez respecto de los otros ²².

b) Los actos de impulso procesal efectuados por un litisconsorte benefician a los restantes.

c) El recurso de apelación deducido por uno de ellos aprovecha o perjudica a todos ²³. Lo mismo cabe decir de los demás recursos y medios de impugnación.

d) La existencia de litisconsorcio necesario importa en todos los casos una derogación a las reglas de competencia ²⁴.

¹⁹ ²⁰ Así lo entendió la C. N. Civ., sala B, en la sentencia que se registra en "La Ley", t. 66, p. 132: "Es obvio —dijo entonces el tribunal— que si no han sido citados todos los legitimados substancialmente, en forma inexcusable para intervenir en una litis, la sentencia a dictarse no haría cosa juzgada en contra de quienes no fueron puestos en condiciones de defenderse ("res inter alios acta"), y su consecuencia sería inútil. No es dudoso, pues, que el juez tiene el deber de emitir un dictamen útil de actividad tomando las providencias necesarias a tal fin". Por ello, y con fundamento en lo dispuesto por el art. 52 del Código de procedimientos, se declaró que en la substanciación de la demanda contra una sucesión, fundada, entre otros motivos, en la nulidad de un contrato de locación en que intervino el causante como locatario, se requiere notificar al locador, por tratarse de un legitimado substancialmente con un interés jurídicamente protegido, que hace necesaria su intervención en el litigio.

²¹ FERRER, Tratado de la acción, p. 337; ROSSIGNOL, Derecho procesal civil, t. II, p. 111.

²² CAROVATTA, Sobre... p. 324.

²³ C. N. Trabajo, sala II, "La Ley", t. 97, p. 159.

²⁴ C. N. Civ., sala C, diciembre 17/1958, "La Ley", t. 94, 1793-5.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO Y EL TRÁMITE DEL JUICIO SUCESORIO

Por

ARNOLDO SPIERMAN

PRIMERA PARTE. — PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA SUCESIÓN. I. Necesidad y sentido de la sucesión hereditaria. - II. Sistemas. - III. Consecuencias de cada sistema. - IV. Clases de sucesión. - V. Clases de sucesores. - VI. Origen de los bienes.

SEGUNDA PARTE. — EL JUICIO SUCESORIO. VII. El juicio sucesorio en general. - VIII. Jura competente. - IX. Fuero de atracción. - X. Organización de la unidad sucesoria. - XI. Iniciación del juicio. - XII. Intervenciones en el juicio. - XIII. Notificaciones en el juicio sucesorio. XIV. Objeto del juicio sucesorio.

PRIMERA PARTE

PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA SUCESIÓN

I. — NECESIDAD Y SENTIDO DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA.

Como es obvio, el análisis de la necesidad y sentido de la institución sucesoria aparece como un presupuesto fundamental. La herencia, concebida desde el punto de vista de la transmisibilidad *mortis causa* de los bienes, derechos y obligaciones, descanza sobre un hecho biológico ineluctable, la muerte, y está condicionada por dos factores sociales de contenido variable: la organización, titularidad y distribución de la propiedad, y la organización y estructura de la familia. En efecto, la muerte de las personas físicas trae aparejados algunos problemas de índole social que el derecho debe resolver; debe resolverse quién tendrá la propiedad de los bienes del difunto, quién será titular de sus derechos y quién deberá satisfacer sus obligaciones. El problema no puede eludirse, bajo pena de admitir que nadie recoge dicha propiedad, ni recibe esos derechos, ni debe cumplir esas obligaciones; pero en ese caso la vida de relación sería imposible; "nadie prestaría su dinero, nadie contrataría, si supiese que la muerte de una de las partes desataba todos los vínculos" (Fornieles, I, nº 4). Desde el punto de vista práctico "el instituto se justifica, precisamente, por la exigencia de proveer a la suerte del

patrimonio que continúa existiendo mientras desaparece —por muerte— su titular y se rompe todo vínculo entre el sujeto y ese patrimonio" (Messineo, VII, n° 170). Todos esos problemas se resolverán de una u otra manera, según sea el concepto de la propiedad y de la familia que tenga el pueblo que debe resolverlos, según sean los supuestos ideológicos del legislador (v. Dekkers cit. y Radbruch cit, esp. 206 a.s.). La solución individualista diferirá notablemente de la de quienes no admiten la propiedad privada, para los cuales carecerá, en definitiva, de sentido y razón de ser la transmisión hereditaria. Dekkers observa que en los pueblos primitivos, organizados sobre la base de la propiedad tribal, no hay transmisión sucesoria de persona a persona, mientras que lo que caracteriza al derecho moderno es el principio de transmisión del causante al heredero hasta el punto que haya habido que recurrir a la ficción de la sucesión en la persona para explicar que por el solo hecho de fallecer alguien otro ocupe "su lugar" de inmediato. También la organización de la familia, tan vinculada, por otra parte a la organización de la propiedad influye considerablemente sobre esta materia. Al *paterfamilias* omnipotente corresponde la Ley de las XII Tablas consagrando la libertad de testar: "*quod paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suae rei ita fuit actus*"; y esta es una solución propia de una organización basada en una familia fuerte. El relajamiento de los vínculos familiares acarreará como consecuencia una transferencia de funciones y poderes al Estado y, por consiguiente, una mayor regulación legal en desmedro de la libertad de testar. (No podemos extendernos sobre este apasionante tema. Sobre la relación del Derecho Hereditario con las definiciones sociológicas de la sociedad, v. Radbruch, 206 a.s., estudiando la vinculación entre aquél y las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonalista. Sobre las teorías que fundamentan el derecho hereditario v. Lafaille, I, n° 8, quien cita las siguientes: teoría de la sucesión legal, del derecho natural, biológica, del afecto presente, de la copropiedad familiar, utilitaria, contractualista y socialista. Debe citarse también la teoría institucionalista).

II. — SISTEMAS

Existen dividiéndose el favor de la doctrina y la consagración legislativa, dos sistemas generales distintos para regir toda la materia sucesoria: el de la "sucesión en la persona" y el de la "sucesión en los bienes" (sobre todo esto v. Fornieles, I, n° 4; Ebbora, I, n° 14 y n° 254 a.s.; Borda, I, n° 7; Lafaille, I, n° 31 a.s.; Josseland, III, n° 320, entre otros). Podemos considerar al citado en primer lugar como el clásico sistema, cuyas características examinaremos primeramente.

El principio de la sucesión en la persona, que puede ser definido como expresando que "el difunto continúa en la persona de su heredero; se produce en el momento de la defunción una especie de transfusión de la personalidad" (Jossierand, III, nº 920), es de origen romano. Constituye una idea "esencialmente religiosa y patriarcal; expresa la continuidad de la raza y del culto, no siendo cada generación más que un anillo de una cadena sin fin" (Jossierand, III, nº 920). El fallecido no desaparece, se prolonga en este mundo a través de su sucesor. "El causante y el sucesor son una misma persona, de tal suerte que el vacío que deja el primero, es llenado instantáneamente por el último, sin que ocurra la menor alteración en la naturaleza y extensión de los derechos comprometidos" (Fornieles, I, nº 4). Se ha discutido mucho el origen y alcance primitivo del principio. Sin entrar a exponer las distintas opiniones al respecto y menos a abrir juicio sobre las mismas, digamos algo que tal vez signifique una explicación satisfactoria. En la antigua Roma, la Roma del *paterfamilias* todopoderoso y de la propiedad familiar, el verdadero sentido de la transmisión hereditaria no era el de recoger los bienes del difunto, sino sucederle en su posición de jefe de la familia, con todas las consecuencias religiosas y políticas que ello implicaba. Era un verdadero sucesor en la persona, porque allí nada o muy poco tenían que ver los bienes; y ello ya sea que fuese heredero legítimo, ya testamentario. Con un significado místico, se lo consideraba como continuador de la persona, una especie de vicario del difunto sobre la tierra; y aún cuando se relajaron las creencias religiosas, siguió siendo un continuador de la posición y espectabilidad política, de la tradición familiar. Pero debido a la libertad de testar existente, sucedía con bastante frecuencia que el heredero no recibiese ningún bien del testador y sí solamente un cúmulo de deberes y cargas de tipo religioso; por ello, se producían abundantes renunciaciones, lo cual implicaba un desmedro para el culto y un problema técnico, por cuanto los acreedores del *de cuius* no tenían a quien demandar. De ahí que se dictaran, sucesivamente, tres leyes destinadas a garantizar a los herederos un mínimo de los bienes del causante, leyes cuyos nombres se asocian al de una importante institución del derecho hereditario: la legítima. Fueron estas leyes: la ley *Furia*, la ley *Vocassa* y la ley *Falcidia*. Y, completando esta evolución, dice Justiniano en su Novela 48 que "según nuestras leyes, es en cierto modo una sola persona la del heredero y la de aquél que le transmitió la herencia". (Nótese, sin embargo, el sentido de mera comparación que emerge del texto).

La Glosa recibe al derecho romano y se aferra de un modo absoluto a las palabras, sin tener en cuenta las circunstancias a las que se debía aplicar la ley, prescindiendo de que la sucesión

no tiene más por objeto perpetuar el culto a los muertos, sino transmitir los bienes a los vivos. Y así pasa a la doctrina el principio de que el heredero continúa la persona del causante, principio cuyo carácter ficticio es evidente. Y pasa de un modo absoluto, sin tener en cuenta las limitaciones que tenía en el propio derecho romano. Se lo encuentra en el derecho civil francés (v. arts. 724 y 1220 del Cód. Napoleón) y en los Códigos que siguen su inspiración. Y recibe su justificación teórica en una de las más impresionantes —por su envergadura— teorías jurídicas: la del patrimonio, cuya principal exponente es la obra de Aubry y Rau. (*"Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae"*, 4ª ed., París, 1873, nº 573 s.s.).

No siendo éste el lugar adecuado para la exposición y crítica de dicha doctrina —del patrimonio— la pasaremos por alto, limitándonos a destacar de la misma lo siguiente: se concibe al patrimonio como una universalidad de derecho, sin consideración a los bienes que lo integran. El patrimonio sería una verdadera expresión, objetivación, de la personalidad humana. Lo que se transmite por causa de muerte, es el patrimonio, la universalidad, es decir que el sucesor ocupa el lugar del causante en la titularidad del mismo, en igualdad de condiciones. Y no se concibe un patrimonio sin titular, ni una persona sin patrimonio (aunque éste puede ser puro pasivo), ni una persona con más de un patrimonio. La sucesión es la persona como sistema surge, pues, como consecuencia inmediata y racionalmente necesaria de la teoría del patrimonio.

En cuanto al sistema de la sucesión en los bienes, digamos que es de origen germánico, y como la mayoría de las instituciones de derecho germánico, marcadamente económico, realista y objetivista (v. David, cit.). Rechaza la ficción de que el heredero continúa la persona del *de cuius*; se ocupa solamente de considerar a la herencia desde el punto de vista de los bienes —individualmente tomados en cuenta— que constituyen el acervo. Su origen histórico mismo marca la diferencia: entre los germanos "cuando el jefe de la familia fallecía, lo sucedía el varón de mayor edad. La asamblea de la tribu le entregaba los bienes; el heredero pagaba entonces todas las deudas y se quedaba con el remanente" (Borda, I, nº 9). Sin embargo, pese a su mayor racionalidad y practicidad, el sistema germánico no prevaleció, pese a que se admitieron algunas de sus consecuencias; y su resurgimiento recién se operó al sancionarse el Cód. Alemán y no de una manera total. Y ello se debió, no solamente al mayor prestigio del derecho romano, sino también a circunstancias políticas acaecidas en la Edad Media: el poder real, a medida que avanzaba sobre el poder feudal, necesitó de los textos romanos para que la transmisión sucesoria fuese *ipso iure* y privar así

al señor feudal de un importante recurso: el derecho de *asízns*. Y para ello, nada mejor que predicar la continuación de la persona del causante; de esta manera se privaba de fundamento teórico a la mencionada *asízns*.

El sistema de la sucesión en los bienes, preferido por la doctrina moderna, ha empezado a tener consagración legislativa a partir de la sanción del citado Código Alemán (1900). Su influencia en esta materia ha sido notable y podemos percibirla, por ejemplo, en el Tratado de Montevideo de 1940. Volveremos sobre esto.

III. — CONSECUENCIAS DE CADA SISTEMA.

Veamos ahora las consecuencias de cada sistema, con especial referencia a nuestro derecho positivo. Es necesario dejar constancia de una importante situación que se plantea en nuestra ley: los distintos códigos extranjeros siguen uno u otro sistema o variantes más o menos híbridas de ambos, pero es muy raro que consagren expresamente a alguno en una disposición genérica; se limitan a adoptarlo y a aplicar sus consecuencias (extensión de la responsabilidad del heredero, unidad o pluralidad, etc.). En cambio nuestro Código contiene un artículo que implica una definición en favor de uno de los dos sistemas: el de la sucesión en la persona. En efecto, ya sea por la inspiración de los textos doctrinarios (especialmente Aubry y Rau), ya sea con un criterio didáctico, Vélez incluyó una disposición, el art. 3417, que no deja duda alguna: "El heredero... continúa la persona del difunto...". Concordando con su letra y sentido, el art. 3281, cuya nota rita a Savigny, define la "sucesión a título universal" como la que "tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos". No cabe duda, pues, sobre el sistema adoptado por nuestra ley positiva. (Conf. con esta interpretación: Fornieles, I, nº 19; Lafaille, I, nº 32; Borda, I, nº 14; contra Rébora, I, nº 22 y nº 254 a.s., para quien ambos sistemas coexistirían en la ley argentina. Así, sería sucesor en los bienes el legatario, el legatario de cuota, el heredero beneficiario, el que haya concurrido como heredero a una sucesión abierta por fallecimiento presunto, el fisco que sucede a falta de heredero y el renunciante que opta por pedir su legítima).

Veamos ahora las consecuencias de cada sistema.

1. — *Sucesión en la persona*. Las consecuencias principales, de las que derivan las demás como efectos secundarios son: A) la confusión de patrimonios del causante y del heredero; y B) la unidad de la sucesión.

A) *Confusión de patrimonios del causante y del heredero.*

La muerte del causante trae como inmediata y necesaria consecuencia que su patrimonio, es decir la universalidad jurídica integrada por sus derechos y obligaciones, sus bienes y acciones, se incorporen instantáneamente al patrimonio del sucesor, ya que no se concibe patrimonio sin titular. Y no teniendo cada persona sino un solo patrimonio —puesto que éste no es sino la persona misma proyectada en el mundo de los bienes— ambos patrimonios se confunden. Y dicha confusión se entiende operada en el instante mismo del deceso del causante. En la medida en que el funcionamiento de este mecanismo pueda lesionar intereses legítimos del heredero o de terceros, la ley arbitra, como remedios excepcionales y sujetos a un régimen restrictivo, la aceptación de la herencia con beneficio de inventario y la separación de patrimonios.

En la línea del art. 3417 citado, nuestro Código no vacila ante las consecuencias del sistema. Veamos sus disposiciones:

Art. 3342: "La aceptación de la herencia causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas o créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto o que le competían sobre sus bienes". Consecuencia obvia resulta pues, la responsabilidad *ultra vires hereditatem*, explicitada en el art. 3343: "El heredero que ha aceptado la herencia queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto a los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes hereditarios sino también con los suyos propios".

El art. 3485 consagra otra consecuencia necesaria del sistema, la división *ipso jure* de los créditos divisibles que forman parte del activo hereditario: "Los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual uno de ellos es llamado a la herencia".

Del propio 3417, del 3418 y otros concordantes (4004, 2475, etc.), resulta la continuación de los caracteres por parte del sucesor, incluso en materia tan subjetiva —y por lo tanto, tan aparentemente intransferible— como la buena fé posesoria.

Dentro siempre de las lógicas consecuencias del principio *sub eadem* resulta que la transmisión por causa de muerte debe ser contemporánea al deceso, ya que no tendría sentido una continuación de la persona del difunto que tuviese solución temporal de continuidad, sobre lo cual hemos dicho algo poco más arriba. Carece por lo tanto de sentido —en nuestro derecho—

la institución de la herencia yacente como tiempo intermedio entre la muerte del causante y el momento en que el sucesor recoge los bienes relictos; y se hace difícil concebir a una entidad sucesión dotada de alguna personalidad, salvo que con esa denominación se haga referencia a la comunidad de los coherederos hasta la partición. El principio de la simultaneidad de la muerte del causante y la adquisición de la herencia por parte del heredero, surge de las siguientes disposiciones legales:

Art. 3282: "La sucesión o el derecho hereditario, se abre, tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley", y sus concordantes 3353, 3344, 3410 y 3417. En esta última disposición la cuestión aparece complicada porque juega al la institución de la posesión hereditaria. No nos extenderemos sobre esta cuestión.

Los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse reiteradas veces sobre los diversos problemas que se plantean en torno a las consecuencias del principio legal de que el heredero continúa la persona del causante, existiendo una copiosa jurisprudencia, de la que hemos escogido algunos ejemplos:

"El domicilio constituido en un contrato por el causante, obliga también a los herederos" (C. Civ. 1ª, L. L., 20-258).

"La sucesión no es una entidad moral distinta de los herederos" (C. 2ª C. C., La Plata, II, L. L., 51-152).

"Los herederos, como continuadores de la persona del causante pueden continuar el juicio en el estado en que lo dejó el causante, sin manifestación alguna" (C. Civ. 2ª G. F., 192-242).

"Aún cuando la obligación de escriturar se trasmite por causa de muerte, el esposo, vendedor del bien ganancial, no puede por sí solo otorgar escritura, si hay coherederos. Por lo tanto, cabe la defensa de falta de acción, puesto que al fallecer la causante sus bienes pasaron automáticamente a sus herederos en estado de indivisión y caducó el mandato que la ley confiere al esposo" (C. Civ. 2ª, L. L., 60-529).

"El heredero que tiene la posesión de la herencia ministerio legit, puede interponer demandas en tal calidad, con sólo acreditar el vínculo" (C. Civ. 2ª, L. L., 58-578).

"El heredero, continuador de la persona del causante, no puede recibir derechos mejores ni más extensos que los de éste (art. 3270), por lo que se encuentran comprendidos en medidas generales de carácter económico, adoptadas por la Nación con motivo de tratados internacionales" (C. Civ. D, L. L., 69-142).

"La heredera que en la ejecución seguida contra la causante sin noticia del juez de la sucesión y de los otros coherederos, adquiere bienes inmuebles de pertenencia de la sucesión aún indivisa, debe restituir al patrimonio de ésta dichos bienes y la

sucesión reintegrarle el importe pagado por los mismos" (C. Civ. B, L. L., 77-473).

"Lo que se transmite al heredero por causa de muerte es el patrimonio del causante, es decir, esa entidad especial integrada por todos sus bienes o derechos y por todas sus cargas, obligaciones o deudas. Por ello, el impuesto debe pagarse no sobre la tasación especial sino sobre el precio del boleto, si el causante vendió el inmueble y aún no lo escrituró" (C. Civ. C, L. L., 83-638).

"Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes legítimos, comprobada la vocación hereditaria, los interesados pueden ejercitar cualquier acción del causante, inclusive las posesorias" (C. Civ. D, L. L., 94-750).

B) Unidad de la sucesión.

Otra consecuencia necesaria del principio de la sucesión en la persona, es el de la unidad de la sucesión. Como la sucesión tiene por objeto una universalidad —el patrimonio—, deberá aplicársele una única ley y sus trámites seguirse ante un solo juez. Desde el punto de vista del derecho internacional privado, nuestro Código, como lo destaca la nota al art. 3283, ha seguido a Savigny, para el cual la sucesión corresponde al estatuto personal, por oposición al real. Si lo que se transmite por causa de muerte es una universalidad indivisible, existente independientemente de los bienes que la integran, será inadmisibles otro régimen que el de la unidad. Pero admitido que la sucesión debe regirse por una única ley, faltaría resolver qué ley se escoge a tal efecto. También en esto nuestro Codificador sigue a Savigny, inclinándose por el principio domiciliista. Por ello, dispone el art. 3283: "El derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros". La índole de este trabajo no nos permite ir más allá en el estudio de esta materia; limitemonos pues, a dejar aclarados algunos conceptos.

La sucesión, por lo expuesto, se rige por una única ley: la del último domicilio del causante; y será la ley "local", es decir, sin admitir renvío. Sobre el alcance de este artículo, sentido de la expresión "derecho de sucesión al patrimonio del difunto" y correlación con otros artículos del Código, especialmente 10 y 11, y jurisprudencia respectiva v. Fornieles, I, n° 36/38; Rébora, II, n° 597 s. s.; Borda, I, n° 43; Prayones, n° 5/6; Goldschmidt, II, n° 424 s. s.

El principio de la unidad sucesoria conoce excepciones en nuestro derecho: caso del art. 3470 (Fornieles, I, n° 37); caso en que sea aplicable el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, que consagra un pluralismo restringido (art. 44 s. s.);

casos regidos por las leyes fiscales, que responden a principios distintos (v. Lazzano, en L. L., 84-833). Con respecto a la jurisprudencia sobre esta materia v. Goldschmidt, II, 427 a.s.

La unidad exige no solamente unicidad de ley aplicable, sino también que haya un solo juez competente —art. 3284— como veremos *infra*.

2. — *Sucesión en los bienes*. Las consecuencias principales de este sistema son: A) Separación de patrimonios y limitación de la responsabilidad del heredero; y B) Pluralidad de sucesiones.

A) Separación de patrimonios y limitación de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante.

En el sistema de la sucesión en los bienes la sucesión no es otra cosa que un mecanismo legal para atribuir titularidad sobre derechos y obligaciones, mecanismo que opera sin condicionamiento alguno a preconcepciones abstractas. Cuando una persona fallece, es necesario que alguien se haga cargo de la situación patrimonial; ya sea por llamado del propio causante (sucesión testamentaria) o por llamado de la ley (sucesión legítima), vienen una o varias personas (herederos) a hacerse cargo de la tarea de liquidar el pasivo y a quedarse con el remanente. El heredero responde pues, con sus bienes propios; las deudas del causante se pagan con el activo que éste ha dejado; por lo tanto la situación de los acreedores no puede mejorar ni empeorar por la muerte del deudor. Por ello, en el derecho alemán las obligaciones del causante "no son partes componentes del patrimonio... sino un gravamen que pesa sobre este patrimonio" (Enseccerus, v. I^o, n^o 73). Tampoco es necesario admitir como premisa la simultaneidad del deceso con la transmisión de la herencia. Y por supuesto que en este sistema es imposible llegar a los extremos de la otra teoría relativos a la transmisión de la buena o mala fe en las relaciones de derecho.

Algunas de las más importantes consecuencias del sistema de la sucesión en los bienes son aceptadas, como excepciones, en el otro sistema, como lo hemos dicho más arriba. Así, por ejemplo, la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, institución inútil en el sistema real por cuanto en éste la regla es la no confusión de patrimonios y la consiguiente limitación de la responsabilidad del heredero. (Sobre esto v. Rébora, *loc. cit. supra*).

B) Pluralidad de sucesiones.

Como el sistema de la sucesión en los bienes no reposa sobre la idea de la *universitas juris* llamada patrimonio, como tiene en cuenta a los bienes considerados en su individualidad, se enfoca el problema sucesorio, desde el punto de vista de la ley aplicable y del juez competente, con el siguiente criterio: la ley que rige

la sucesión será la del lugar en que se encuentren los bienes relictos. Sin recurrir a la figura del estatuto real, en la que se fundaban los jusprivatistas clásicos, se acepta la posibilidad de que la sucesión de una persona esté regida por diversas leyes, en el caso en que el causante hubiese dejado bienes en distintas jurisdicciones. Este principio rige en materia de inmuebles y de cosas muebles de situación permanente, y, a través de Story, inspira nuestros arts. 10 y 11 del Cód. Civil.

Además la pluralidad se manifiesta en el sentido que habrá más de un juez competente en caso de que el difunto haya dejado bienes en lugares sometidos a distintas jurisdicciones; entonces, como es obvio, habrá varios juicios sucesorios.

El sistema pluralista ha sido adoptado por el Congreso de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1939/40. Es por ello que el Tratado de Derecho Civil Internacional respectivo lo consagra —arts. 44 s.s.— solución que es aplaudida por Furnes y es interpretada restrictivamente por Vico.

3. — *Derecho Comparado.* El principio de la sucesión en la persona es seguido por el Cód. Francés (arts. 724 y 1220) aunque, como explica Planiol (III n° 1780 bis) el heredero irregular constituye una excepción. Naturalmente, siguen el mismo principio las leyes inspiradas en la legislación napoleónica. También el moderno Código Civil Italiano de 1942, aunque con retaceos. Asimismo, el Anteproyecto Biliboni y el Proyecto de Reformas de 1936.

En cambio el principio real ha sido adoptado por los códigos Alemán (arts. 1922, 2032 y 2038) aunque contiene un artículo en el que dice que el heredero continúa la persona del causante; especialmente en lo relativo a la pluralidad, y a la atribución de competencia al Tribunal del caudal relicto, pero aceptando, dentro de ciertos límites, la responsabilidad *ultra vires*; Brasileño (arts. 1572 y 1587), Mexicano (1281, 1284 y 1750 s.s.); Peruano (658); Soviético (434) aún en la esfera limitada en que éste admite el derecho hereditario; Suizo (588). Y éste es el criterio dominante en el Common Law, aún cuando al referirnos a este último debemos ser muy cautelosos por cuanto sus instituciones difieren tanto de las nuestras que se hace difícil razonar en los mismos términos. Así, analizar si la difundida institución del fideicomiso implica aceptar uno u otro principio resulta sumamente complicado (v. Babasa cit.).

IV. — CLASES DE SUCESIÓN.

De acuerdo con lo establecido por el art. 2280 del Cód. Civil, siguiendo una distinción multiseccular, la sucesión puede ser testamentaria o intestada (*ab intestato*). Sobre esta última legisla en particular nuestro Código en el art. 3545 s.s. y sobre la suce-

sión testamentaria en el 3606 a.s. Es de hacer notar que no rige en nuestro derecho positivo, ni en general en ninguna legislación moderna, el principio romano "nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest". Por lo tanto, en el estado actual de cosas, al morir una persona puede suceder que parte de sus bienes sean adjudicados conforme al testamento y parte según las reglas que rigen la sucesión intestada, ya sea porque el testamento no ha previsto el destino de todos los bienes ni instituido herederos universales, ya sea por invalidez o inoperancia parcial del testamento, como en el caso de haberse excedido el testador de la porción disponible.

En realidad, esta materia debe ser estudiada observando cómo interviene la ley en la regulación de la materia de la sucesión mortis causa; se trata pues de captar principios generales, sin entrar en el examen detallado de cada instituto, lo cual convierte a este lugar en adecuado para ello. Con inigualable claridad dice Fornieles: "La ley interviene de dos maneras. Una, para imponer al heredero, aún contra la voluntad del causante; crea entonces el heredero forzoso, a quien le asigna una porción de bienes de que no puede ser privado, y que se llama porción legítima o simplemente legítima. Esta legítima es mayor o menor según la proximidad del parentesco: para los hijos es de los cuatro quintos del haber hereditario, para los padres de los dos tercios y para los esposos de la mitad. No habiendo herederos forzosos (hijos, padres o cónyuge) la ley deja a cada uno que disponga libremente de sus bienes, instituyendo heredero a la persona que le plazca, pariente o amigo, en cuyo caso respeta su voluntad y los que no han sido llamados, nada reciben. Tal ocurre con los colaterales. Pero si muere sin hacer disposición alguna, es decir, *ab intestato* (sin testamento), la ley interviene una segunda vez para indicar quiénes han de sucederle. Ahora la intervención de la ley tiene por objeto suplir la falta de institución y lo hace a favor de aquellas personas más vinculadas por la sangre y que por esta causa supone habrían sido las favorecidas: hermanos, sobrinos y demás parientes hasta el sexto grado. Tal orden de suceder se basa en el afecto presunto y los herederos de esta especie se llaman legítimos porque son puestos por la ley; pero carecen de legítimo que sólo se concede a los herederos forzosos". (Fornieles, I, n.º 2; Cfr. Rébora, II, n.º 357 a.s.; Prayons, n.º 53; Lafaille, I, n.º 6; Borda, II, n.º 788 con remisión; Mezzanoe, VII, n.º 176; Plantol, III, n.º 1899).

De manera que la ley interviene:

A) Designando herederos forzosos, a favor de los cuales se establece la legítima. A esto lo llama Rébora "régimen legal imperativo" (II, n.º 350) que el propio testador debe respetar salvo caso de desheredación con las causales que la propia ley deter-

mina. La legítima, ¿es parte de los bienes o parte de la herencia? Sobre esta tradicional discusión y el problema en nuestro Código no podemos extendernos acá; por lo tanto, v. Guaglianone, "Situación...", cit.; Prayones, n° 68, ambos sosteniendo que es *pars bonorum*; y Lafaille, II, n° 189 s.s.; Fornieles, II, n° 83; Borda, II, n° 911, afirmando que es parte de la herencia; y conf. con este criterio C. Civ. en pleno en L. L., 71-634 y J. A., 1953-IV-15. Sobre la legítima legisla nuestro Código en el art. 3591 y s.s. Para protegerla la ley establece los siguientes mecanismos: 1) invalidez de renuncia o pacto sobre legítima futura (3599); 2) invalidez de los gravámenes o condiciones impuestos a la legítima por el testador (3598); 3) la acción de rescisión del art. 3536; 4) la acción de complemento de la legítima (3600); 5) la acción de colación (3478 s.s.); 6) la querrela de inoficiosidad, para los casos de preterición (3715); y 7) la acción de reducción (3601, 1832 y 3537).

Alguna vez se ha pensado en la inconstitucionalidad de la legítima, considerándosela una limitación arbitraria del derecho de propiedad, limitación que sería repugnante a la Carta Fundamental. Pero dicha impugnación no ha hecho camino. La doctrina y la jurisprudencia dominantes, han establecido que "los derechos reconocidos en la Constitución Nacional no revisten un carácter absoluto. Están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio. Y cuando la reglamentación no ataca el principio general, no puede sostenerse que es violatoria de la Constitución. Por el contrario la finalidad de la regla civil es saludable y benéfica, desde que tiende a encauzar el ejercicio del derecho conferido por la ley fundamental en un sentido concorde con las conveniencias del país" (Prayones, n° 68), conveniencia, agregamos, que sólo el legislador puede valorar y que es judicialmente irrevocable siempre que sea justa y razonablemente congruente con la Constitución. (En contra, sosteniendo la inconstitucionalidad de la legítima, v. Molinario, en L. L., 90-900 y Estrada y demás autores allí citados).

B) Estableciendo el orden y mecanismo de la sucesión intestada. Dicho orden y todo lo relativo al régimen de exclusiones y concurrencias, se encuentra legislado en los arts. 3565 y s.s., sin perjuicio de las disposiciones referentes al derecho de representación (arts. 3549 y s.s.). Digamos que según nuestra ley, son llamados a recoger la herencia, en el orden y proporción que la misma establece, los descendientes, ascendientes, cónyuge, y colaterales hasta el sexto grado inclusive.

V. — CLASES DE SUCESORES.

Existen en nuestro derecho dos clases bien definidas de sucesores *mortis causa*: el heredero, ya sea legítimo, ya testamenta-

rio (Comp. con el Cod. Francés, según el cual no hay otros herederos que los de la sangre; los instituidos son siempre legatarios, aún cuando puedan serlo universales o a título universal. Aparte el derecho francés reconoce otras categorías de herederos: los irregulares, etc.); y el legatario. La diferencia principal, de la que resultan sus demás caracteres distintivos, reside en que el primero es sucesor a título universal (arts. 3279, 3710 s.s.); mientras que el legatario —que no puede ser sino testamentario— es un sucesor a título particular; el primero recibe el todo o una parte indeterminada del todo, tiene vocación al total limitada solamente por su concurrencia con otros herederos, mientras que al segundo se le dejan una o varias cosas o derechos determinados (arts. 3751 s.s. y 3718). Por ello el legatario se comporta, en realidad, como un acreedor. Una situación especial, muy debatida por la doctrina, es la de aquél a quien se le hace un legado de parte alícuota. Algunos consideran que este legatario de cuota no es un sucesor universal (Fornieles I, n° 23 s.s.; Machado VIII-261; Anastasi en J. A. 2-906); otros opinan que sí lo es (Rébora y Grünberg "Cinco estudios de derecho sucesorio" 21 s.s.; De Gáspari, IV, n° 587); Busso ("Rev. Jur. de Bs. Aires", 1957-I-13) para quien es sucesor universal no heredero; Borda (I, n° 17) se muestra indeciso, y en una posición intermedia se encuentra Lafaille (I, n° 20/21), mientras que Rébora (I, n° 22) lo define como sucesor en los bienes. El Proyecto de 1936 lo asimila a un sucesor universal (art. 2065). La jurisprudencia, en una primera época, asimiló al legatario de cuota con el sucesor universal. Por ejemplo, la C. Civ. 2ª, J. A. 30-708. Desde 1908 la C. Civ. 1ª (caso Amadeo) fue modificando este criterio. Actualmente se lo considera legatario la cantidad, pero se han ido ampliando sus facultades en el juicio sucesorio. Se lo considera parte, interviene en paridad con los herederos en cuanto se refiere a la administración y custodia del caudal, participa en la junta de designación de administrador y en las operaciones de inventario y avalúo (C. Civ. B. L. L., 74-492; C. Civ. D, J. A., 1856-III-294; C. Civ. A, L. L., 82-634; C. Civ. B, 5 febrero 59); interviene en el remate de los bienes (C. Civ. 2ª, L. L., 33-158); en el incidente sobre entrega de legado; en la designación de partidor (C. Civ. 2ª, J. A., 1942-IV-473), puede observar las cuentas aceptadas por los herederos (C. Civ. 1ª, J. A., 1945-III-359), no puede liquidarse la testamentaria sin su intervención, puede pedir medidas cautelares (C. Civ. B, 5 febrero 59). Es decir, la jurisprudencia ha reconocido que corresponde otorgar al legatario de cuota una intervención amplia en el juicio sucesorio, con el objeto de impedir que la actividad de los herederos pueda perjudicarlo en su derecho.

VI. — ORIGEN DE LOS BIENES.

Antes de entrar de lleno en el tema del origen de los bienes que constituyen el acervo sucesorio, debemos hacer una referencia al problema consistente en establecer cuáles son los bienes que lo integran. En esta materia, no debe perderse de vista la función económica y práctica de la sucesión por causa de muerte. El derecho sucesorio tiene por objeto determinar quién se va a quedar con los bienes del causante, quién va a pagar sus deudas. Por lo tanto, deben excluirse de la sucesión aquellos derechos que no signifiquen un valor económico. Y aún algunos que lo tienen están excluidos por diversos motivos.

Así, no forman parte del haber sucesorio, por carecer de contenido patrimonial: los llamados derechos personalísimos, como el derecho a la vida, al honor. Cuando estos derechos son atacados, hay lugar a acciones resarcitorias, las que intentadas en vida del ofendido pueden ser continuadas aún para la reparación del daño moral (art. 1099); pero si el ofendido muere sin ejercerlas, sólo puede reclamarse después el efectivo daño patrimonial (Fassi, en L. L. 94-872). Tampoco forman parte del acervo sucesorio los derechos subjetivos públicos, como el derecho electoral; ni los derechos de familia como el emplazamiento en el estado de familia, las potestades, la tutela y la curatela, las acciones de estado en los límites fijados por la ley, la acción de divorcio. Aún en los casos limitados en que la acción de estado puede ser ejercida por el sucesor de su titular originario, ese derecho no integra el haber hereditario, no entrando, por ejemplo, en la masa partible, sino que su trasmisión se produce *ministerio legis* por consideraciones diversas de la sucesión por causa de muerte.

Existen algunas relaciones de indiscutible contenido patrimonial que, sin embargo, no integran la masa sucesoria: son los derechos inherentes a la persona, o los intransmisibles por disposición expresa de la ley, de contrato o por su naturaleza misma (arts. 3417, 1195, 1445 y 498 del C. Civil). Así, en materia de derechos reales, el usufructo (arts. 2920 y 2921), uso y habitación (2989); los derechos intelectuales se transmiten, pero limitados a cincuenta años y no *ad vitam*; en materia de contratos, art. 1149; no se transmiten las obligaciones llamadas *infuita personarum*: así en materia de obligaciones de hacer (626), de locación de obra (1640), de compraventa con pacto de preferencia (1398), de sociedad (1760), de mandato (1963 inc. 3ª), de renta vitalicia (2083), y en materia de obligaciones emergentes de la locación urbana y rural —régimen de las leyes especiales, caso en los que se aplican normas específicas (ley 15.775, art. 5ª)—, sociedad conyugal, alimentos, etc. Aclaremos que la regla es que todos los bienes, en el sentido amplio de esta palabra, ingresan en el haber hereditario, y que, por lo tanto, las exclusiones, basadas en la

ley o en la naturaleza de la relación jurídica, constituyen excepciones, de interpretación restrictiva.

Origen de los bienes. Dice el art. 3547 del Cód. Civil que "en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia". Pese a estar ubicado en el Título VIII, "De las sucesiones intestadas", se entiende que este art. 3547 se refiere incluso a las testamentarias. Su fuente es el art. 732 del Cód. Francés, citado en la nota de Vélez, y significa una reacción contra las distinciones que se hacían en el viejo derecho francés. En este último imperaba la regla "*materia maternis paternis patetis*", cuyo sentido era el de conservar los bienes dentro de cada línea familiar, impidiendo que el matrimonio las hiciese salir de ellas. Pero no paraban en esto las distinciones y complicaciones: se hacían diferencias entre bienes nobles y plebeyos, entre propios y adquiridos y existían categorías como la de bienes parafernales y adventicios (v. sobre todo Planol, III, nº 1788 s.s.). Pero la Revolución Francesa, al destruir los últimos resabios de la estructura feudal, al unificar el derecho privado francés codificándolo sobre la base del individualismo como sistema jurídico, berró con estas distinciones (Ley 17 Nivoso, año II). Sin embargo y pese al 732 precitado, el Cód. Francés aún conserva resabios de las viejas instituciones, por ejemplo, la "*rente entre les deux lignes*" (art. 733), que constituye una aplicación de la regla *materna*, etc., cuando la herencia es deferida a ascendientes. Esto último, por cierto, no ocurre en nuestro derecho, y el art. 3547 que manda no atender al origen de los bienes admite tan sólo dos excepciones:

1) La primera excepción, con mucho la más importante, es la consistente en la distinción entre bienes propios y gananciales. En efecto, a pesar de la letra del art. 3547 precitado, toda vez que exista un cónyuge supérstite debe atenderse al origen de los bienes. Si los bienes son gananciales, entendiéndose por tales los así definidos en el Libro II, Sección III, Título II del Código Civil, resulta la siguiente consecuencia: el cónyuge supérstite carece de vocación sucesoria sobre los gananciales (art. 3576), salvo que fuese el único llamado a recoger la sucesión, es decir que no hubiese concurrencia. En todo caso, retira la mitad de los gananciales, aún en caso de concurrir con ascendientes o descendientes, pero en su carácter de socio (art. 1315) como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal producida a raíz del deceso del cónyuge, pero no como heredero. Tal es la recta interpretación del art. 3576 del Código —modificado por la ley de Fe de Erratas— cuyo texto es: "En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, a

título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda" (v. Borda II, n° 835; Fornieles II, n° 32; Prayones, n° 56; Lafaille II, n° 81 s.s.; López del Carril cit. 18).

En cambio, y como es obvio, tratándose de bienes propios, el cónyuge hereda, según las reglas y en los términos establecidos por los arts. 3570 y s.s. del Cód. Civil.

2) Otra excepción está dada por la reserva, sobre la cual legislan los arts. 3590 del Código Civil y 115 y 116 de la Ley de Matrimonio Civil, institución cuya idea madre es la siguiente: el cónyuge viudo que recibe bienes por herencia de hijos de su primer matrimonio, debe reservarlos con el fin de que a su muerte no sean heredados por sus herederos del segundo matrimonio y para que vuelvan al tronco familiar de origen. Sobre la naturaleza jurídica de la reserva —usufructo o dominio fiduciario— y de la sucesión en los bienes reservables, v. Fornieles, II, n° 67/86; Lafaille, II, n° 137 s.s.; Rébora, II, n° 462; Borda, II, n° 1004 s. s.; Basso, II, nota al 115 y 116 L.M.C.; Passi, en L.L., 26-372, no siendo del caso hacer aquí mayores consideraciones. Baste destacar que este instituto comporta una clara excepción al art. 3547.

En nuestro derecho, no constituyen excepciones al principio que manda no atender al origen de los bienes en las sucesiones, las disposiciones legales referentes al llamado "bien de familia". Tampoco constituye excepción alguna a la regla *sub excoisus* lo dispuesto por los arts. 51 y s.s. de la ley 14.394 en cuanto establecen un régimen especial de indivisión, distinto al del Código. Y ello, porque lo que estas normas han establecido es, simplemente, un régimen especial en cuanto a la disponibilidad e indivisión forzosa de ciertos bienes, pero sin someterlos a regla diferencial alguna en lo relativo a su transmisión *mortis causa*.

SEGUNDA PARTE

EL JUICIO SUCESORIO

VII.—EL JUICIO SUCESORIO EN GENERAL.

Veremos cómo se proyectan estos principios generales en el trámite del Juicio sucesorio.

Para comenzar, digamos que de ninguna disposición del Código de fondo surge la institución "juicio sucesorio" con caracteres generales y necesarios. El Cód. Civil no habla de otros juicios que de los de protocolización de testamento: de testamento ológrafo en el art. 3692 y de testamento cerrado en el 3694. Pero al tratar la "posesión hereditaria" (arts. 3410 a 3415) la ley exige que, a ciertos herederos —los referidos por los arts. 3411 a 3413— no se les reconozca dicha posesión hereditaria si

la misma no es otorgada judicialmente. (Sobre la naturaleza jurídica, origen, significado y funcionamiento de la posesión hereditaria, v. Borda, I, n° 440 s.s.; Forniciles, I, n° 164 s.s.; Rébora, I, n° 198 s.s.; Prayonza, n° 37; Jossierand, III, n° 820 s.s.; Planiol, III, n° 1928 s.s.; Messineo, VII, n° 174; Lafaille, I, n° 303 s.s.; sobre sus efectos, arts. 3414 y 3415 y autores y loc. cit.). Es decir, que adquieren la posesión hereditaria (*ipso jure*, sin necesidad de intervención judicial: los ascendientes y descendientes (art. 3410). En cambio, deben pedirla a los jueces, promoviendo el correspondiente juicio sucesorio: todos los herederos, aunque fuesen ascendientes o descendientes que "estuviesen fuera de la República, o fuera de la provincia donde se hallen los bienes" (art. 3411); los demás parientes, incluyendo los cónyuges, los hijos y padres naturales (3412); y los instituidos (3413). En la práctica, el acto jurídico procesal significativo de dicha posesión hereditaria, es la declaratoria de herederos (sobre la que no dice ni media palabra el Código), y, en su caso, la declaración de la validez del testamento en cuanto a sus formas. Todo ello importa seguir en la línea de una tradición que se remonta a las instituciones indianas. Asimismo es necesario el juicio sucesorio toda vez que haya herederos menores (arg. arts. 296 y 408 del C. Civil); y en los casos en que la ley exige que la partición se realice judicialmente (art. 3465).

Pero en la realidad de los hechos, debe tramitarse juicio sucesorio aún cuando los herederos sean de aquéllos que adquieren la posesión hereditaria *ministerio legis*, y aunque no haya menores interesados, por las siguientes razones:

1) Por la necesidad práctica de inscribir a nombre propio ciertos bienes: cuotas sociales en el Registro Público de Comercio, y, especialmente, inmuebles en el Registro de la Propiedad. Como el Registro de la Propiedad no inscribe sino actos pasados ante escribano público o judiciales —ley 1893, art. 228— y no pudiendo los escribanos certificar sobre el carácter de sucesor de una persona, debe fatalmente recurrirse a la tramitación judicial.

2) Tal vez la razón más importante, en la práctica, sea la fiscal. En nuestro país, el impuesto a la herencia, llamado luego con más propiedad, impuesto a la transmisión gratuita de bienes, remonta su origen hasta la colonia. En la Capital, la progresividad existe desde 1905, y el gravamen recae sobre "todo acto... que anteriorice la transmisión gratuita por causa de muerte, anticipo de herencia o donación de bienes, muebles o inmuebles, créditos, valores, etc., etc." y se cobra sobre "...el monto de cada hijuela, legado, anticipo o donación" (art. 1°, ley 11.287, t.o., 1959). La ley impositiva (art. 6°) prevé diversas exenciones, ya sea por mínimo no imponible (art. 6°, inc. a) establece

un mínimo no imponible de \$ 30.000* en la sucesión entre ascendientes y descendientes o entre esposos) ya sea por otras razones de política fiscal o de fomento; razón por la cual, cuando la sucesión está exenta y los únicos bienes son muebles no hace falta efectuar el juicio sucesorio.

El trámite del juicio sucesorio es distinto según se trate de una sucesión testamentaria o de una intestada. En este aspecto el Código de Procedimientos de la Capital es bastante defectuoso, puesto que gira en torno al juicio menos común y frecuente, es decir, el testamentario.

La sucesión tramita como intestada: cuando no hay testamento; o cuando hay testamento sin institución de herederos, es decir, con mandas y legados solamente; o cuando se declara la invalidez del testamento por cualquiera razón, incluso por inoficiosidad y siempre que, pagados los legados, quede algún remanente (C. Civil, D. L. L., 89-420 y C. Civ. P., L. L., 57-247 declarando que si no queda remanente no corresponde tramitar la sucesión *ab intestato*). Si hay testamento sin institución pero con designación de legatarios de parte alicuota, la solución depende del criterio con que se considere a este tipo de legatario (v. *supra*) aunque cabe decir que en este caso parece lógico tramitar la sucesión como testamentaria.

El juicio *ab intestato* se caracteriza por el llamado público a acreedores y herederos por medio de la publicación de edictos y por su acto principal, la declaratoria de herederos. Sobre esto, volveremos más adelante.

La sucesión tramita como testamentaria cuando hay testamento y en el mismo se ha hecho institución de herederos y previos los trámites de apertura y protocolización, en su caso, del testamento cerrado u ológrafo; se caracteriza porque no se publican edictos —distinción poco razonable, por otra parte— y porque su acto procesal definitorio es la declaración de la validez del testamento en cuanto a sus formas.

VIII. — JUEZ COMPETENTE.

A) Competencia en razón del lugar. Está determinada por el art. 3284, 1ª parte, del Código Civil: "La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. . .".

Los diversos casos que pueden plantearse pese a la aparente claridad del art. cit. son los siguientes:

1) Causante con domicilio en la Argentina. Es evidente la competencia, en este caso, del juez argentino con competencia territorial sobre el lugar del último domicilio del causante. Tra-

* Con posterioridad a la conclusión de este trabajo, se introdujeron modificaciones de detalle (v. t. o. 1981 sup. art. 5º).

tándose de una disposición atributiva de competencia contenida en una ley nacional, resuelve todos los problemas de competencia *ratione loci* entre jueces argentinos: será competente el del último domicilio, sin que tenga relevancia alguna el hecho de que todos o parte de los bienes se encuentren en lugares sometidos a otra jurisdicción, nacional o provincial. Asimismo, como el último domicilio del causante no puede ser sino uno solo y teniendo presente el sistema unitario adoptado por nuestra ley, no podrá haber sino un solo juez competente. La Corte tiene reiteradamente resuelto que la jurisdicción territorial, en estos casos, es imperrograble; Lafaille (I, n° 80) sostiene la admisibilidad de prorrogar la jurisdicción con conformidad de partes y dentro de una misma jurisdicción territorial, por ejemplo, de Dolores a Mercedes, pero sin salir de la provincia de Buenos Aires.

Aclaremos que la competencia surge en razón del domicilio (arts. 89 a 102 del C. Civil); el domicilio no se prueba por la partida de defunción, pero cualquier medio de prueba puede servir para acreditarlo. Naturalmente, se trata de domicilio y no de residencia (v. síntesis de la jurisprudencia al respecto en Borda, I, n° 53).

2) Último domicilio del causante fuera de la Argentina. En esta hipótesis, surge del 3284 la incompetencia de los jueces argentinos; pero si el causante dejó bienes en el país —se entiende inmuebles o muebles con situación permanente, arts. 10 y 11— puede tramitarse la sucesión ante el juez del lugar de los bienes. (Conf. Fornieles, I, n° 38).

3) Último domicilio del causante fuera de la Argentina y bienes en más de una jurisdicción argentina. Es una variante de la hipótesis anterior. Si el causante dejó bienes en distintas jurisdicciones, caben como posibles las siguientes soluciones: a) promover una sucesión en cada jurisdicción; pero esto es inadmisibles por violar el art. 3284, que es ley nacional. b) es competente el juez del último domicilio que tuvo el causante en la Argentina; pero este criterio carece de asidero legal y no contempla el caso de que el difunto no haya tenido nunca domicilio en el país. c) es competente cualquier juez en cuya jurisdicción haya bienes, y una vez iniciado el juicio no puede iniciarse otro. (Conf. Fornieles, I, n° 39 y Lafaille, I, n° 78).

B) Competencia en razón de la materia. Se encuentra regida por las legislaciones provinciales. En la Capital, el juez competente es el juez de primera instancia en lo civil, según resulta del art. 60 de la ley 1893, vigente a través de sus reformas.

C) Competencia en razón del monto. Esta materia también se rige por disposiciones legales de alcance local. En la Capital,

las sucesiones cuyo monto no exceda prima facie los \$ 50,000 son de conocimiento de la justicia nacional de paz de la Capital Federal (art. 46, inc. B, Decreto-Ley 1285/58), competencia que subsiste aún cuando el haber excediese en un 50 % dicha cantidad y se plantearan problemas contenciosos. A los efectos del establecimiento de la competencia por el monto, v. art. 5º de la ley 14.237.

IX. — FUERO DE ATRACCIÓN.

Como dice Fornieles (I, nº 40) "no sólo debe tramitarse la sucesión ante el juez del último domicilio del causante, sino también todas aquellas acciones o cuestiones que interesen a la liquidación de la masa hereditaria". Y transcribe a Chabot, autor citado también por Vélez en la nota al 3284, quien fundamenta en consideraciones teóricas y prácticas el principio expresado, al que se conoce en la doctrina como principio del fuero de atracción del juicio sucesorio. Se trata de un principio muy vinculado con el de la unidad de la sucesión y hace a la consideración de que se trata de un juicio universal, análogo al de quiebra. Reposa sobre dos reglas fundamentales:

1) Funciona hasta la partición, es decir, mientras los bienes permanecen indivisos; una vez adjudicada su respectiva porción a cada uno de los herederos, desaparece el fuero de atracción, recomenzando a funcionar normalmente las reglas comunes que rigen la competencia. Por ello, cuando el heredero es uno solo, "las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia" (art. 3285). Todo esto resulta, en nuestro derecho, de lo dispuesto por el art. 3284, inc. 2º ("hasta la partición inclusive") e inc. 4 ("antes de la división de la herencia"). Sin embargo, aún después de la partición subsiste la competencia del juez del sucesorio cuando se trate de cuestiones vinculadas con dicha partición o que sean su consecuencia inmediata. Así, corresponde entender a dicho juez en "las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los coparticipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición" (3284, 2º). Anotemos que Fornieles (I, nº 44) opina que la regla es que el fuero de atracción subsiste después de la partición y concibe a los casos de los incisos 2 y 4 del art. 3284 como excepciones a la misma. Nosotros pensamos que más acertado es el criterio expuesto, con cuya adopción se gana en precisión, estableciendo un momento claro para la extinción de la competencia del juez del sucesorio: la partición. La jurisprudencia ha aclarado que no hasta la aprobación de la cuenta particionaria para que cese el fuero de atracción, sino que se requiere su inscripción: C. Civ., 2º, en L.L., 58-684.

2) Funciona pasivamente, es decir que los acreedores del difunto deberán demandar ante el juez del sucesorio; pero la universalidad del juicio sucesorio no funciona a favor de la sucesión; así, los herederos o el administrador de la sucesión, en su caso, deberán demandar a los terceros según las reglas ordinarias de la competencia, siguiendo, en general, el fuero del demandado en las acciones personales, y el de las cosas en caso de acciones reales. Este principio resulta de toda la economía del sistema, especialmente de la interpretación a contrario sensu del art. 3284, inc. 4º. Sobre esto la jurisprudencia es ya pacífica, bastándonos citar como ejemplo el registrado en J.A., 29-499. Excepcionalmente, la S.C.N. declaró que en una acción de simulación intentada por el administrador de una sucesión contra un tercero, era competente el juez del sucesorio (G.F., 147-143).

Veamos ahora cual es la materia comprendida en cada uno de los incisos del art. 3284, lo que implicará estudiar el alcance del fuero de atracción del juicio sucesorio, examinando la jurisprudencia más interesante al respecto.

Inciso 1º): "Las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusiva, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos". Casos comprendidos:

1) Cuestiones relativas a la inclusión o exclusión de bienes de la masa.

2) Demandas sobre colación.

3) Rectificaciones de partidas que sirven para fundar el derecho hereditario, aún cuando procedan de registros provinciales (S.C.N. en J.A., 7-71, 11-449, 14-682, etc.).

4) Rendiciones de cuentas del administrador de la sucesión.

5) Las rectificaciones o ampliaciones de la declaratoria de herederos.

6) La petición de herencia. (Conf. Fornieles, I, nº 42; Lafaille, I, nº 82). Esto se controvierte en el derecho francés, pero no parece dudoso en nuestro sistema. El juez del sucesorio debe conocer en cualquier petición de herencia (J.A., 29-674, 36-1748) y ello, aún después de divididos los bienes (conf. Fornieles, loc. cit., y J.A., 20-683, 22-249, 1945/II/361 y 1947/II/319). Pero la acción de estado no puede deducirse ni substanciarse como incidente en el sucesorio; debe tramitar como juicio ordinario, conforme a las reglas de procedimiento propias del mismo. (Conf. Díaz de Quijarro, en J.A., 1853/I/194 y en J.A., 1850/I/13; C. Civ., C. en J.A., 1963/I/194; "la filiación es una consecuencia del matrimonio y todo lo que importe cuestionarla, atribuyéndole

una calidad distinta a la que surge de las actas, implica discutir la validez o nulidad del matrimonio, tema que no puede ser tratado por vía de incidente").

7) La acción de partición y todos los incidentes relativos a la misma. La jurisdicción del juez del sucesorio no desaparece porque se haya efectuado una división parcial y por lo tanto debe entender en la ulterior partición de lo que permaneció indiviso. Pero si se adjudicó algún bien en condominio, la división del mismo debe tramitarse ante el juez que resulte competente por aplicación de las normas comunes en materia de competencia. A estos efectos, y a los del Inc. 4º, resulta de gran interés resolver esta situación: los herederos no hacen partición e inscriben en el Registro de la Propiedad la declaratoria de herederos (el testamento en la práctica nunca se inscribe) con relación a los bienes inventariados continuando la posesión en común; en este caso ¿subsiste la herencia indivisa o se ha creado un condominio? Como vemos, no se trata de una cuestión meramente teórica o académica: si subsiste el estado de indivisión hereditaria se mantendrá el fuero de atracción, el que desaparecerá si estamos en presencia de un condominio. Aclaremos que no hay razón legal alguna para inscribir la declaratoria de herederos si luego se van a inscribir, como necesariamente sucederá, las correspondientes hijuelas. Por lo tanto, pareciera que si los coherederos inscriben una declaratoria y después no hacen partición, es porque ha sido su intención conservar los bienes en condominio, presunción que se hace tanto más fuerte cuanto mayor es el tiempo transcurrido. Originariamente, la jurisprudencia fue bastante estricta y se negó a admitir que se diese cambio alguno en la naturaleza jurídica del vínculo subsistente entre los herederos: J.A., 36-374, 38-1122, 48-143, 65-374, 1945/IV/814; muy interesante la nota de Legón al fallo registrado en J.A., 47-943. En J.A., 1937/11/396 (con nota de Fornieles aplaudiendo el fallo), se sostuvo el criterio tradicional. La C. Civ. A., en L.L., 93-200 afirmó que la inscripción de la declaratoria no pone fin al estado de indivisión hereditaria. La reacción se produjo poco después, y con un criterio realista, la misma Sala A de la C. Civ. (L.L., 94-365) declaró: las circunstancias de hecho son las que determinan si hay condominio o si se mantiene la indivisión; hay condominio si la inscripción de la declaratoria fue solicitada por todos los herederos, si ha transcurrido largo tiempo (en el caso, casi veinte años) y si fallecido uno de los herederos su parte fue inscrita en la misma forma y ha pasado largo tiempo (diez años). Se registra la disidencia de Borda, sosteniendo que se mantiene la indivisión porque la constitución del condominio exige escritura pública.

Inciso 2º): "Las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición"; ello, sin limitación de época: Lafaille, I, nº 83.

Inciso 3º): "Las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados". El ejemplo más claro, demandas relativas al cumplimiento de los legados. Según algunos fallos funciona aún después de la partición (J.A., 1951/II/381), e incluye todo lo relativo a la interpretación del testamento y demás cuestiones en torno del mismo.

Inciso 4º): "Las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia".

1) Es decir, resultan atraídas: todas las acciones personales contra el difunto, incluso cuando se trata de obtener que se declare de legítimo abono un crédito, incluso si se trata de juicios ejecutivos en los que se ha dictado sentencia de trance y remate; juicios por cobro de impuestos, aún cuando se trate de impuestos territoriales, según lo tiene resuelto la S.C.N.; juicios por cobro de pavimentos (C. Civ. en pleno en G.F., 25-141 y J.A., 57-695); acciones propias del derecho mercantil; juicios por escrituración, aunque haya domicilio especial (v. L.L., 71-525); concurso de la sucesión (v. L.L., 15-608). La sucesión prevalece aunque exista un codemandado del causante en el expediente que se atrae, siempre que éste no se encuentre en apelación (S.C.N. en L.L., 4-oct-1961).

2) No resultan atraídas al fuero de la sucesión: las acciones reales, como la reivindicatoria; ni los interdictos; ni la división de condominio; ni el juicio de expropiación de bienes raíces (v. J.A., 1947/IV/891); ni la ejecución de prenda registrada (arts. 18 y 23 de la ley 9644 y 28 y 33 de la ley 12.962); ni las acciones derivadas de las leyes laborales (art. 45 de la ley 12.948); ni las cuestiones promovidas por terceros en caso de disolución de sociedad mercantil de la que el difunto hubiera formado parte, salvo que fuese una sociedad de hecho (C. Com. en J.A., 3-962); ni las demandas, de cualquier naturaleza que fuesen, que, hallándose en trámite contra la persona fallecida, se encuentren para definitiva en segunda instancia (art. 703 del C. de Proced. de la Cap.: C. Civ. en pleno, G.F., 11-273, J.A., 1955/I/26; S.C.N., J.A., 29-599 y 65-289); ni en el caso del art. 3285 referido más arriba (Lafaille, I, nº 80)

3) Son situaciones especiales, que han dado lugar a discusión: la acción hipotecaria, que según nota al 3284 no resultaría atraída al sucesorio; de ahí la vieja jurisprudencia concordante de

la S.C.N. y de la S.C.P.B.A. y de la C. Civ. 1ª (J.A., 1944/IV/507). No obstante, la jurisprudencia más nueva, sobre la base de que la ejecución de un crédito con garantía hipotecaria es una acción principalmente personal, ha admitido la procedencia del fuero de atracción: L.L., 76-364, J.A., 1954/III/431, 1955/I/465 (contra Fornieles, I, nº 45 y "Cuestiones de Derecho Civil" 2ª parte, 7). Si la cuestión de competencia no es *ratione loci* sino en razón del turno, procede la acumulación: sobre esto hay consenso general.

En materia de juicios de desalojo, la jurisprudencia tendía a exceptuarlos del fuero de atracción (v. J.A., 1952/I/74), pero la S.C.N. concluyó admitiendo la atracción: v. J.A., 1952/IV/319 y 1955/I/28.

Los juicios por consignación dan lugar a una situación especial, sobretudo en materia de arrendamientos rurales: la justicia civil de la Capital se ha declarado, en general, incompetente, en beneficio de las Cámaras de Arrendamientos Rurales, aún tratándose de similar jurisdicción territorial. En esta materia, no deben olvidarse las importantes razones que hacen a la inconstitucionalidad de dichas Cámaras.

Otro caso interesante se plantea si fallece, en cualquier clase de juicio, uno de los codemandados: la C. Civ. 1ª (J.A., 1950/II/534) tiene resuelto que la acumulación funciona; y lo contrario ha sido sostenido por la C. Civ. 2ª (J.A., 1950/II/53). Conf. con el primer criterio, Fornieles, I, nº 51. Conf. también S.C.N. (en L.L., 4-Oct.-1961, cit. más arriba).

Según Fornieles, I, nº 52, "cuando el causante convino un domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato cualquiera, el acreedor puede optar, o entre dirigirse al juez del lugar especialmente convenido o al juez del juicio sucesorio, según le parezca más cómodo".

X. — ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD SUCESORIA.

Siendo de ley en nuestro país la unidad sucesoria y existiendo en su consecuencia el fuero de atracción, se trata de arbitrar las medidas para impedir la desvirtuación práctica del sistema que se produciría en caso de coexistencia de dos o más juicios sucesorios de una misma persona. En esta materia pueden plantearse diversas hipótesis:

1) Se inician varias sucesiones de una misma persona ante jueces de distinta competencia territorial. Como el difunto no tendrá más que un "último domicilio", el juez del último domicilio será, desde el punto de vista territorial, uno solo. Por lo tanto, este problema se solucionará como un problema común de competencia entre jueces.

2) Se inician varias sucesiones en una misma jurisdicción. En la Capital Federal, esta cuestión ha sido resuelta por la ley 14.237 —art. 67— consagrando legislativamente una permanente orientación jurisprudencial: "Cuando se hubiesen iniciado dos juicios sucesorios, uno testamentario y el otro abintestato, tendrá prevalencia, en principio a los efectos de su acumulación, el primero; pero queda librada a criterio del juez la aplicación de esta regla, teniendo en cuenta la fecha de iniciación y el grado de adelanto de los trámites realizados, así como de las medidas de utilidad cumplidas en cada caso. El criterio de apreciación determinado en la última parte del párrafo anterior se aplicará en caso de coexistencia de dos juicios testamentarios o abintestatos" (v. fallo C. Civ. E., agosto 29/1958). Y este art. 67 no ha sido derogado por el Decreto-Ley 3003/56: C. Civ. C. en L.L., 88-660.

3) Se inician varias sucesiones en una misma jurisdicción, pero una de ellas ha sido iniciada por un heredero que será excluido por quien inició el otro juicio con posterioridad: en ese caso, ¿se aplicará el art. 67 de la ley 14.237? Pensamos que sí y que la acumulación debe efectuarse de acuerdo con las reglas establecidas en dicha disposición legal, la cual, por otra parte, atribuye importantes poderes al juez. El hecho de que la sucesión posterior se acumule a la anterior iniciada por quien va a ser excluido es perfectamente congruente con el art. 67 cit. cuyo objeto es de economía procesal. El juez, al resolver en consecuencia, no prejuzga, se limita a disponer para el buen funcionamiento del juicio, sin que ello obste para las responsabilidades de quien inició la sucesión sin derecho a ello.

Para evitar todas estas situaciones y efectivizar los principios que rigen la unidad sucesoria, se creó, en la Capital Federal, un régimen de publicidad: Decreto-Ley 3003/56. Por el mismo se crea un Registro de Juicios Universales en el que deben inscribirse, entre otros, todos los juicios sucesorios —testamentarios o abintestato— que se inician en la Capital, dentro de los tres días de iniciado. A los efectos del cumplimiento de esta obligación de inscribir, los jueces deberán intimar a quienes tramitan el juicio a presentar el correspondiente certificado de inscripción bajo apercibimiento de tenerlos por desistidos, fijando un plazo de 48 horas para cumplir con la intimación. De esta manera se impide, en la práctica, la superposición de juicios sucesorios y se organiza un sistema de publicidad que llena una laguna en el ordenamiento procesal de la Capital. Pero de esta inscripción no emerge prioridad, ni con ella se suplen las publicaciones exigidas por el art. 687 del C. de Proceda. (C. Civ. C. L.L., 88-660).

Según la jurisprudencia, y afirmando lo dicho más arriba en materia de acumulación, el hecho de que ésta se verifique no

significa desconocer el derecho que fue ejercido por el interesado que inició la que se manda acumular, si se acredita la razón que tuvo para hacerlo: C. Civ. B. en L.L., 72-446.

Es de hacer notar que, según el art. 86 de la ley 14.237 y según una jurisprudencia constante, "el juez ante el cual se protocolice el testamento ológrafo o cerrado, será el competente para entender en la sucesión".

XI. — QUIÉN PUEDE INICIAR EL JUICIO SUCESORIO.

Antes de entrar de lleno en el estudio de quiénes y en qué casos pueden iniciar el juicio sucesorio, es menester aclarar que se entiende por "iniciar" dicho juicio.

Iniciar la sucesión es presentarse al juez, denunciar y acreditar por medio de la respectiva partida el deceso del causante, invocar y acreditar siquiera provisionalmente la calidad en virtud de la cual se actúa (heredero, acreedor, etc.) —arts. 636 y 637 del C. de Proceda.— y hacer alguna denuncia de bienes, al menos para justificar la competencia (sobre competencia en razón del monto en la Capital Federal, v. *supra*). No basta, pues, según el criterio jurisprudencial basado en consideraciones de buen ordenamiento judicial y de moralidad en estas cuestiones en las que el interés se mezcla con las relaciones familiares, para tener por abierto un juicio sucesorio: la simple manifestación de que ha fallecido el causante, ni la manifestación de que viene a promoverse la sucesión, ni la promoción del juicio sin una seria expresión de la calidad en virtud de la cual se actúa y su acreditamiento siquiera provisorio. La C. Civ. B. en fallo registrado en L.L., 77-81, exigió como requisitos mínimos indispensables, la acreditación del vínculo y la denuncia de bienes suficientes para justificar la competencia.

Ahora veamos quién puede iniciar el juicio sucesorio:

1) El heredero, ya sea legítimo, ya sea testamentario, iniciando el trámite correspondiente en cada caso. Así resulta del art. 637 del C. de Proceda. y tal es la doctrina que emana del art. 3284 del Código Civil. Naturalmente, si el heredero fuese una persona por nacer, dada su incapacidad absoluta, el juicio debe ser promovido en su nombre por su representante legal. Lo mismo debe tenerse presente para los demás incapaces. No es óbice para iniciar el juicio sucesorio el hecho de que el heredero venga a recoger la herencia por derecho de representación, puesto que no por ello es menos heredero que el que viene por su propio derecho. También puede iniciar el juicio sucesorio el cónyuge superviviente aunque no herede por ser todos los bienes gananciales y haber concurrentes; ello así, por sus derechos como socio, en la

sociedad conyugal, y ante los términos amplios del art. 627 cit.

El heredero puede iniciar la sucesión en cualquier momento; como es lógico no rigen a su respecto los nueve días del art. 3357, destinados al luto y llanto. Puede también retrasar la apertura del juicio, sin perjuicio de los derechos de terceros para iniciarlo si les fuese necesario: por ello, el art. 627 del C. de Proceda. autoriza a iniciarlo a "todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, no obstante cualquier prohibición del testador o convención en contrario". Conviene tener en cuenta que, a partir del año posterior al fallecimiento el impuesto sucesorio comienza a devengar un interés del 1/2 % mensual y al segundo año del 1 % mensual, sin perjuicio de las prórrogas que la ley autoriza (art. 16 de la ley 11.287, t.o., 1959).

Con respecto a la iniciación de la sucesión por el heredero, ha dicho la jurisprudencia: "no son nulos los trámites realizados por el heredero que después es desplazado por otro de mejor grado" (C. 1.º C.C., Mercedes, en L.L., 78-42); pero si lo inicia un sobrino y luego lo inicia un hijo natural, es esta última presentación la que vale (C. Civ. B., L.L., 71-531); declarada la validez del testamento en cuanto a sus formas, los sobrinos deben cesar toda intervención por no ser herederos forzosos (C. Civ. B., L.L., 71-549).

El heredero, ya sea que inicie la sucesión o que se presente con posterioridad, puede: aceptar lisa y llanamente (art. 3319) en cuyo caso se produce la inmediata confusión de patrimonios (art. 3342); aceptar con beneficio de inventario (art. 3358), lo que restringe su responsabilidad por las deudas del difunto hasta la concurrencia de lo recibido (art. 3371); o repudiar la herencia, para lo cual gosa de un plazo de veinte años (art. 3313) contados a partir de la apertura de la sucesión, es decir, desde la fecha del deceso del causante. En cuanto al plazo legal para aceptar con beneficio de inventario, la doctrina nacional ha construido cuatro sistemas sobre la base de la interpretación de conjunto de los arts. 3363, 3366, 3313, 3314 y 3357: a) los diez días del 3363 se cuentan a partir del fallecimiento (jurisprudencia dominante, v. J.A., 2-242, 3-227, 6-414, 64-1036, 67-304, 71-760; L.L., 82-662); b) los diez días se cuentan después de los nueve de llanto y luto del 3357 (Pomíñez, I, nº 113; Díaz de Guijarro, J.A., 47-561; Lafaille, I, nº 220); c) los diez días se cuentan después de los tres meses para inventariar y del mes de deliberación del 3366 (Rábora y Grünberg "Cinco estudios de derecho sucesorio", 75; Alsina Atienza, J.A., 1947/II/680); y d) Calatayud opina que los diez días deben computarse a partir de la intimación hecha por un acreedor, art. 3314 ("Responsabilidad del heredero", Cám. de Mercedes, en J.A., 1947/II/680). En esta materia, debe tenerse presente la existen-

cia de herederos incapaces, cuyos representantes deben aceptar con beneficio de inventario, y que según gran parte de la doctrina —V. G. Lafaille, I, n° 228—, son beneficiarios de pleno derecho: v. arts. 3364 y 450, inc. 4°, del Cód. Civil.

Con respecto a la repudiación o renuncia, digamos que se discute si el legitimario puede recoger su legítima y renunciar a la herencia; la respuesta a esta cuestión será una consecuencia de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la legítima, sobre la cual v. *supra*.

2) Cualquier acreedor, derecho que resulta del art. 3314 y disposiciones concordantes aplicando la teoría de la acción subrogatoria, del 627 del C. de Procedim. y que está limitado por el plazo de luto y llanto del 3357 (nueve días a partir del fallecimiento). El interés del acreedor del difunto es innegable. Promovido el juicio debe requerir se intime al heredero (si lo hay) para que acepte o repudie la herencia dentro del término de ley, bajo apercibimiento de designarse curador provisorio al representante escorial (art. 6, inc. 1°, de la ley 4124). Pero según la jurisprudencia dominante debe, antes de iniciar el juicio, intimar conforme lo dispone el art. 3314 (C. Civ. 2°, L.L., 51-644; C. Civ. C, L.L., 70-404; C. Civ. A, L.L., 86-370; C. Civ. B, junio 3/1953). Una cierta jurisprudencia sostuvo que el acreedor no podía iniciar la sucesión sin esperar un plazo prudencialmente largo, salvo que estuviese amenazado por la prescripción: C. Civ. C, L.L., 70-404. Iniciado el juicio, el acreedor deja de ser parte, pero puede intervenir en las cuestiones que afecten su derecho (C. Civ. A, L.L., 75-497). La Municipalidad, acreedora por impuestos, no puede iniciar el juicio sucesorio por no ser ella de verdadera urgencia y por existir procedimientos especiales para dichos casos (Cám. de Apel., L.L., 66-164).

La sucesión puede ser también iniciada por el legatario según el sistema legal que comentamos (C. Civ. B, nov. 28/1958). También el legatario de cuota. Puede también abrir el sucesorio el acreedor del heredero.

3) Los cesionarios. Naturalmente, el cesionario del heredero, tanto como el cesionario del acreedor interesado pueden iniciar la sucesión.

4) El albacea testamentario. De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 3844 y 3851 el albacea testamentario puede promover la testamentaria del causante en su carácter de executor de la voluntad del testador. Sin embargo, la jurisprudencia ha fijado algunos lineamientos básicos con el objeto de evitar ciertas situaciones enojosas y hasta inmorales: así, ha dicho la C. 1°, C.C. de Mercedes (L.L., 86-570) que "la promoción del juicio su-

cesorio por el albacea dos días después del fallecimiento del testador, sin invocar ninguna razón de urgencia, existiendo herederos instituidos, no puede privar sobre la actividad de éstos, que iniciaron el sucesorio a los 17 días de la muerte del causante". La jurisprudencia es ampliamente dominante en el sentido de reprimir presentaciones precipitadas y no justificadas de los albaceas, habiendo herederos. El albacea puede obrar por mandatario. Una vez iniciado el juicio, sus funciones, habiendo herederos, son de mera vigilancia (Conf. C. 2ª, C.C. de Rosario, 29 de octubre/1953, en Rep. L.L., XVII); pero debe citársele a la junta del art. 642 del C. de Proceds. (C. Civ. B, L.L., 74-493).

En cuanto al testamento, debe ser presentado por quien lo tenga en su poder, continuando el juicio con los interesados; es decir, que al presentante del testamento no se lo tiene por parte en el juicio sino al sólo efecto de dicha presentación (arts. 707, 712 y 717 del C. de Proceds.).

5) El albacea consular, de acuerdo con lo prescripto por la ley 163. Opinan que éste no puede iniciar ni intervenir en la sucesión, por haber sido la ley 163 derogada por el art. 22 del Código Civil y por el art. 6 de la ley 4124 al fijar las atribuciones del representante escolar en el juicio sucesorio. Prayones, Fornieles, de la Colina, Machado, y Pizarro, Quesada y Sarmiento Lasplur (edt. por Lafaille) y alguna jurisprudencia: C. Mercedes, L.L., 68-476 y S.C.N., en J.A., 3-1083. En cambio otros autores y fallos sostienen la subsistencia de dicha ley, por lo cual los cónsules podrían iniciar las sucesiones de sus connacionales en los casos en ella establecidos; en este sentido, con mayores o menores restricciones: Lafaille, II, nº 150; Rêbora, I, nº 123; Albina, "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", III, 698. Conf. con este criterio, en general, la jurisprudencia, pero con grandes exigencias, especialmente en cuanto a la prueba de la existencia de una ley que otorgue a los cónsules argentinos facultades análogas (V.G., C. 1ª, C.C., de Rosario, 26 de setiembre/1950, L.L., Rep. XVIII).

6) Una situación curiosa sería la siguiente: ¿podría el deudor del de cajas iniciar la sucesión? Por ejemplo, para consignar el importe de lo que adeuda y exigir carta de pago. Pensamos que no cabe la menor duda de que puede hacerlo, puesto que goza de un derecho declarado por las leyes (art. 505 in fine del Código Civil) y tiene pues derecho a poner en movimiento el mecanismo legal adecuado para hacerlo efectivo: art. 827 del C. de Proceds. Pero, a fortiori del art. 3314 del C. Civil, debe intimar previamente a los herederos o en su caso, al Consejo Nacional de Educación.

7) En los casos de vacancia, el Consejo Nacional de Educación puede iniciar la sucesión. Anotemos, como orientación jurisprudencial, que "es nulo todo lo actuado por el Consejo Nacional de Educación si éste tenía conocimiento de la existencia de herederos del causante" (C. Civil A, L.L., 86-371).

8) No puede iniciar la sucesión por sí el abogado designado por el testador para tramitar y liquidar la sucesión, ni siquiera en el caso de que el testador haya prohibido a los herederos designar a otro letrado; y ello porque no es albacea y por tanto carece de sus atribuciones, no pudiendo entonces actuar por sí (Conf. C. Civ. C, L.L., 67-881). Naturalmente, el abogado puede presentarse y actuar en virtud de mandato, general o especial, otorgado por cualquiera de las personas que, según hemos visto, tienen la facultad de iniciar la sucesión.

Establecido quién puede iniciar el juicio sucesorio, pasaremos por alto la exposición de todo lo relativo a la tramitación del juicio en lo que respecta al aspecto procesal propiamente dicho. Lo contrario implicaría no solamente dar una extensión injustificada a este trabajo, sino sacarlo de su cauce natural. Por ello, nos referiremos solamente a algunos aspectos que tienen o pueden tener un interés especial desde el punto de vista de la aplicación de los principios generales que rigen el derecho sucesorio. Nos referiremos pues, tan solo a los siguientes problemas: intervenciones en el juicio sucesorio; notificaciones; reglas generales sobre la determinación del haber sucesorio y liquidación del pasivo; y fijación de las personas llamadas a recoger la herencia. En este último punto, haremos especial hincapié en lo relativo a la declaratoria de herederos, dada la importancia fundamental que dicho acto tiene en la práctica sucesoria.

XII. — INTERVENCIONES EN EL JUICIO SUCESORIO.

Como es lógico, la intervención en el juicio corresponde a todos aquellos que pueden iniciarlo: herederos, acreedores, legatarios, cesionarios, albaceas testamentarios y consulares y demás personas que tengan un interés declarado por las leyes, con los requisitos y limitaciones referidos supra. Pero su intervención ulterior varía según los casos: plena en el heredero, es sumamente restringida en otras personas de las mencionadas. En general, la regla es que solo pueden intervenir en la medida del interés por el que actúan. Existe una copiosísima jurisprudencia con respecto a la participación que a cada una de estas personas le corresponde en cada uno de los diversos actos del juicio sucesorio. V., por ejemplo, C. Civ. B, 28/julio/1958. Pero no vamos a entrar en el análisis de estas cuestiones, porque correríamos el riesgo de desvirtuar este trabajo. En este capítulo nos limitare-

mos, pues, a algunas referencias a la intervención que en todo expediente sucesorio corresponde al Ministerio Público, al Consejo Nacional de Educación y a la Dirección General Impositiva, por medio de sus respectivos representantes legales, y a la intervención que eventualmente puede caber al Ministerio de Menores.

1) El Ministerio Público. Naturalmente, el juicio sucesorio es, antes que ninguna otra cosa, un juicio, razón por la cual el Ministerio Público tendrá en el mismo la intervención que le es propia como si se tratara de otro juicio cualquiera; así, por ejemplo, intervendrá necesariamente en cualquier cuestión de competencia que se suscitara (v. art. 119 de la ley 1893 en lo que respecta a la Capital Federal).

Pero además, el juicio sucesorio está rodeado de algunos caracteres peculiares y en el mismo se ventilan problemas que exigen una intervención especial del agente fiscal (tal es la denominación legal de los representantes del Ministerio Público ante la justicia nacional de primera instancia de la Capital). En todo juicio sucesorio está comprometido, de un modo más o menos directo, el orden público: está en juego la familia y su ordenamiento institucional; la filiación y el estado civil de las personas; y a los efectos del eventual derecho del Fisco, el fiscal interviene en concurrencia con el Consejo Nacional de Educación (C. Pas III, L.L., 55-7, 1^o Inst. Civ. Cap. firme L.L., 53-449). Por esta razón el agente fiscal es parte necesaria en el juicio sucesorio: el juez no puede declarar válido un testamento en cuanto a sus formas ni dictar declaratoria de herederos sin previa vista fiscal. Claro está que con posterioridad a dichos actos, o a la reputación de vacancia, en su caso, carece de sentido que siga interviniendo el agente fiscal, puesto que ya no se producirá —salvo casos excepcionales— situación alguna que modifique el orden de los llamados a suceder. De ahí que el fiscal se convirtiera, al prolongarse su intervención, en lo que Jofré llamó "la quinta rueda del carro". Por ello, la ley 14.237, en una disposición aplaudida por la doctrina (Ayarzagaray, "La reforma procesal", Buenos Aires, 1964, pág. 149) ha establecido: "En los juicios sucesorios la intervención del ministerio público cesará una vez dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento en cuanto a su forma, o reputada vacante la herencia. La intervención posterior procederá solamente cuando se plantee alguna cuestión vinculada con la competencia del juez u otra relacionada con las funciones específicas del ministerio público" (art. 68).

2) El Consejo Nacional de Educación. En virtud de lo que disponen los arts. 3545 *in fine*, 3539 *s.s.*, 3588 y 3589 y concordantes del Código Civil, el Estado tiene interés directo en todas

aquellas sucesiones que pudiesen quedar vacantes. Con ese motivo, leyes posteriores —1420, 4124— acordaron dichos bienes al tesoro escolar y confirieron al Consejo Nacional de Educación la tarea de intervenir en los juicios sucesorios a fin de ejercer los derechos del fisco en su caso. Anotemos que durante la vigencia de la ley —hoy derogada— 13.548 el Consejo perdió su autarquía y sus atribuciones en el juicio sucesorio pasaron al Ministerio de Educación. Actualmente ha recuperado sus facultades para intervenir en estos juicios. Por esa razón, iniciada una sucesión, el juez corre vista al apoderado de dicho Consejo; habiendo herederos, legítimos o testamentarios, el interés del Consejo desaparece, por lo que procede a desvincularse de inmediato del juicio. Pero sus facultades son amplias: aparte de la de iniciar la sucesión, a la que nos hemos referido *supra*, digamos que puede discutir a los intervinientes su carácter de herederos, de lo cual debe formarse el correspondiente incidente. Sobre si ha sustituido o no las funciones del albacea consular, v. *supra*. El Cód. de Proced. de la Capital no es claro en lo relativo al procedimiento a seguir en caso de vacancia. Las disposiciones referentes a la herencia vacante están tratadas en un mismo capítulo junto con la sucesión abintestada (art. 685 s.s.) y como apéndice de toda la parte relativa al sucesorio, la que gira en torno al juicio testamentario. Ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado y precisado los caracteres y la forma de intervenir del Consejo Nacional de Educación. Así, ha establecido que el Consejo es parte en la sucesión vacante cuyo causante ha dejado bienes en la Capital Federal pero cuyo último domicilio fue en la provincia de Buenos Aires en tanto no se establezca el derecho que sobre ellos tienen el fisco nacional y el provincial (C. P., C.C. La Plata, 11, J.A., 1950/III/213).

3) La Dirección General Impositiva. Sus apoderados intervienen en todo juicio sucesorio como representantes del ministerio fiscal con el objeto de impulsar las medidas y desarrollar la actividad procesal necesaria para la percepción del impuesto a la transmisión gratuita de bienes. Así, el juez no podrá dictar declaratoria de herederos sin previa vista al apoderado de la Dirección General Impositiva; y éste a su vez, deberá oponerse a dicha declaratoria si no se ha pagado el impuesto o no se ha garantido el mismo u obtenido prórroga; en tales casos el juez se abstendrá de dictar declaratoria o de transferir fondos pertenecientes a la sucesión iniciada dentro o fuera de la jurisdicción nacional (art. 18 de la ley 11.287, t.o. 1959).

La Dirección General Impositiva cumple también otra función importante, como es la de establecer el monto líquido a pagar practicando la correspondiente liquidación, lo que presupone su control sobre todas las tareas de inventario y avalúo

y, como es lógico, su intervención en autos cesa tan pronto se ha pagado el impuesto o se ha declarado a la sucesión exenta del mismo. El impuesto se paga mediante depósito bancario y se acredita en autos mediante la correspondiente boleta. En la imposibilidad de ir más allá en este tema, limitémonos a señalar como fuente legal la ley 11.287, t.o. 1959 y a destacar que en la sucesión debe pagarse también impuesto de justicia (4 por mil según lo establece el art. 84, inc. d, de la Ley de Sellos, t.o. 1959, debiendo pagarse en la oportunidad establecida por el art. 88, inc. b de la mencionada ley) y por supuesto, el correspondiente sellado de actuación.

4) El Ministerio de Menores. Su intervención es necesaria en los casos en que algún incapaz es parte o está interesado en la sucesión. En este caso, el juez debe dar intervención al representante del Ministerio de Menores (asesor de menores, en la Capital), bajo pena de nulidad. Esto rige en todo el territorio de la República, pues, si bien la organización efectiva de dicho Ministerio corresponde a las jurisdicciones locales —en la Capital, v. Ley 1993—, a las que asimismo incumbe toda la parte propiamente procesal, el Código Civil —ley nacional— ha establecido en su art. 59: "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación". Y como única excepción encontramos el art. 60, referente a la mujer casada, lo que por otra parte se rige actualmente por la ley 11.357. Se ha discutido si, ante la generalidad de los términos del art. 59, debe darse intervención al Ministerio de Menores aún cuando el incapaz sea un menor que actúa representado por su padre; sobre esta discusión v. Buaso, I-435. En lo que respecta al juicio sucesorio la solución jurisprudencial es la necesaria intervención del ministerio pupilar aún en este último caso, lo que parece muy lógico, ya que puede darse el caso de que el propio padre intentase defraudar al menor.

El Ministerio de Menores ha sido suprimido del Proyecto de 1936, a iniciativa de Lafaille.

XIII. — NOTIFICACIONES EN EL JUICIO SUCESORIO.

En los juicios sucesorios *ab intestato*, deben publicarse edictos citando a acreedores y herederos (art. 687 del C. de Proced.), lo que rige también para el caso de tratarse de sucesiones iniciadas de oficio por vacancia (art. 685). La jurisdicción ha aclarado definitivamente que los edictos deben publicarse siem-

pre, concócanse o no herederos. La publicación se hace por diez días, salvo en justicia de paz, donde se hace por cinco (D.L., 1793/56); y debe hacerse en el Boletín Oficial y en otro diario que el juez designe, a cuyo efecto y por vía reglamentaria se han establecido los requisitos que deben llenar las publicaciones para publicar edictos.

Pero si hay herederos conocidos, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 686 y por lo tanto no bastan con respecto a ellos, los edictos: deben ser notificados por cédula o por exhorto, según sea lo correspondiente por razones de jurisdicción; si no se conoce el domicilio de ese heredero, se lo citará por edictos (Conf. C. Civ. 2ª, L.L., 37-794). Y esta notificación será con citación y emplazamiento para que comparezca a estar a derecho, bajo apercibimiento de nombrárselo al defensor de ausentes para que lo represente; pero nunca bajo apercibimiento de ser declarado rebelde ni de dársele por decaído el derecho de presentarse a reclamar la herencia. En la práctica, acotemos, esto no se cumple y se limitan las notificaciones a la publicación de edictos del art. 687 (Conf. C. Civ. 1ª, L.L., 59-430).

En cambio, en el juicio testamentario, y según las prescripciones del C. de Proceda, no es necesaria ninguna publicación de edictos (cuando hay testamento con institución hereditaria, no se requieren edictos: C. Civ. B, L.L., 77-476); salvo lo dispuesto en el art. 707 del Capítulo que trata del juicio de apertura y protocolización de testamento cerrado, que exige citar a los herederos *ab intestato* del causante. Sin tener en cuenta el carácter francamente ficticio que tienen en la práctica los edictos, no se alcanza a percibir el motivo de esta distinción entre el juicio *ab intestato* y el testamentario. Parece lógico que aún en el juicio testamentario se publiquen edictos, para que los eventuales herederos preteridos o tenedores o beneficiarios de testamentos posteriores se enteren de la existencia del juicio sucesorio.

XIV. — Objeto del juicio sucesorio.

En rigor, el juicio sucesorio cumple la siguiente triple función: determinación de los bienes relictos; liquidación del pasivo; y fijación de las personas llamadas a recoger la herencia. Sobre los dos primeros tópicos nos limitaremos a algunas referencias genéricas. En cuanto al tercero, destacaremos algunos aspectos vinculados con la declaratoria de herederos. Y seguiremos haciendo, como hasta ahora, un esquema vinculatorio de la ley civil y de la procesal, con especial referencia al régimen vigente en la Capital Federal.

A) Determinación del haber sucesorio.

No se trata aquí de determinar cuales bienes constituyen el acervo sucesorio y cuales no; sobre ello hemos dicho algo más

arriba. Se trata aquí de valorarlos, y ello, consideraciones fiscales aparte, con miras a la partición; porque la partición debe ser igualitaria, es necesario conocer la estimación valorativa de los bienes que forman la masa. Las operaciones encaminadas a este fin son el inventario y el avalúo. El inventario consiste en la exacta descripción de los bienes relictos, activo y pasivo; su realización es inexcusable en caso de aceptación beneficiaria (arts. 3358, 3366, 3368 y especialmente 3370 del Cód. Civil). Pero no tratándose de este caso, se suele prescindir del mismo: se hace inventario solamente en los casos en que la naturaleza y complejidad de los bienes lo exijan (May Zubiría 182). En la práctica se lo reemplaza: con respecto a los inmuebles, acompañando el título y, eventualmente, requiriendo el informe del Registro de la Propiedad; con respecto a los créditos hipotecarios, mediante la pertinente escritura; para los depósitos bancarios basta requerir el informe por oficio; en cuanto a las cosas muebles de la casa habitación, si su valor es reducido, basta la estimación declarada bajo juramento. Cuando el inventario se verifica, debe serlo por escribano, conforme las reglas y según el procedimiento establecido por los arts. 648 a 653 del C. de forma.

En cuanto al avalúo, es la operación que tiende a establecer el valor, medido en dinero, de los bienes que integran el acervo sucesorio. Sobre el mismo legislan los arts. 654 a 667 del C. de Proceda. El avalúo es siempre necesario, puesto que, aún cuando entre los herederos se hubiese convenido por unanimidad prescindir del mismo a los efectos de la partición, existe un interés fiscal en la fijación del valor de los bienes para la liquidación del impuesto, la que no puede ser extrajudicial, para impedir excesos. El C. de Proceda. se refiere al avalúo realizado por peritos solamente, estableciendo las reglas que lo gobiernan. En la práctica, el avalúo se hace por alguno de los siguientes medios: tratándose de inmuebles, por medio de la tasación especial que realiza la Dirección General Inmobiliaria, que debe requerirse por oficio, con deducción de gravámenes y sin perjuicio de las reglas establecidas en la ley 11.687, t.o. 1959 con respecto al avalúo impositivo. Los títulos o valores mobiliarios, por informe solicitado por oficio a la Bolsa de Comercio o entidad similar; las cuotas o participaciones sociales, por pericia contable (sobre "valor llave", v. Dassen "Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil", 263); los muebles por pericia, si hubiere lugar, por su valor, a practícarla, y para la cual se designará generalmente, a un martillero; los automotores y semovientes, por tasación realizada por perito.

B) Liquidación del pasivo.

Al determinar el monto del haber sucesorio, se establece también el monto del respectivo pasivo. Una vez determinadas

las obligaciones, debe procederse al cumplimiento de las mismas. Todo ello está regido por disposiciones del Código Civil, cuyo sistema reposa sobre los siguientes principios:

1) El heredero continúa la persona del causante (art. 3417), razón por la cual se le transmiten no solamente los elementos activos del patrimonio del *de cuius*, sino también el pasivo (art. 3379). Por lo tanto el heredero es responsable por las deudas del causante y dicha responsabilidad se extiende a las cargas de la herencia y a los legados, que son concebidos como créditos (art. 3343); y alcanza a los legatarios de parte determinada (art. 3499), pero con carácter excepcional (art. 3501).

2) Como consecuencia de lo anterior, el heredero responde no solamente con los bienes recibidos, sino también con los propios, es decir "*infra vires hereditatem*" (v. *supra*). Para proteger al heredero evitando esta responsabilidad en sus bienes no heredados, se ha instituido la aceptación con beneficio de inventario (art. 3357 s.s.), sin perjuicio de la repudiación de la herencia (art. 3311 s.s.). Asimismo y con el objeto de proteger a los acreedores del causante y a los legatarios e impedir su concurrencia con los acreedores del heredero, la ley ha establecido la "Separación de los patrimonios del difunto y del heredero" (art. 3433 s.s.).

3) Los acreedores deberán reclamar sus créditos teniendo en cuenta las disposiciones que rigen el fuero de atracción en materia sucesoria (v. *supra*).

4) Si hay varios herederos, "las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos existen, en la proporción de la parte de cada uno —art. 3490—. De suerte que el acreedor del causante que tenía un solo deudor, se encuentra ahora con varios, cada uno independientemente, ya que las deudas nuevas son separadas, como dice la ley", (Fornieles, I, n° 357), sin que la insolvencia de alguno de ellos pueda agravar la situación de los herederos solventes (art. 3495). Por ello, cada heredero se libera pagando su parte en la deuda (art. 3491); de ahí también las reglas sobre confusión (art. 3494), sobre efectos de la interpelación (art. 3493), sobre conservación de los derechos del acreedor contra los coherederos de quienes ha cargado con el deber de pagarla íntegramente (3497 y 3498) y sobre los efectos de la sentencia condenatoria (3493). En cuanto al carácter del título del acreedor, se mantiene idéntico contra el heredero. Así, si se tiene un pagaré protestado contra el causante, se conserva la acción ejecutiva contra él o los herederos; esta es una línea jurisprudencial muy definida.

5) "Los acreedores reconocidos o que no siéndolo poseen un título que les permite el embargo, están autorizados, como se ha dicho, para caer sobre cualquier bien de la masa hereditaria. Pero aunque no hayan tomado esa medida de seguridad pueden oponerse a la partición cuando no se han separado bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas —arg. del art. 3474—. El juez no aprobará entonces la cuenta que no contenga hijuela de bajas si lo solicita alguno de esos acreedores. Y si la cuenta ya estuviese aprobada, exigirán que no se entreguen a los herederos sus porciones, ni a los legatarios sus legados hasta no quedar pagados sus créditos —art. 3475—" (Fornieles, I, n° 363 bis). Según la jurisprudencia, este derecho de oponerse a la partición solo corresponde a los acreedores que, en vida del causante, pudieron haberlo embargado, y a aquellos que, aunque con posterioridad al deceso, hayan sido reconocidos como acreedores. Y ello es así porque lo contrario implicaría que la situación de los acreedores mejora con el fallecimiento del deador, lo cual es absurdo.

6) Las cargas de la sucesión constituyen no el pasivo recibido por el heredero, sino el que nace con posterioridad al deceso: legados, gastos de sepelio y afines, gastos de justicia, honorarios de letrados, peritos, etc., gastos de conservación de los bienes relictos mientras dura la indivisión, etc. Se soportan sin solidaridad (Fornieles, I, n° 365 bis; C. Civ. B, L.L. 81-407), pero esos créditos son indivisibles (Fornieles, íd) y la responsabilidad de cada heredero es proporcional a la partición en la masa, lo que tiene importancia en caso de colación.

Vamos a reseñar, por su particular interés, los fallos referentes a los honorarios de los letrados como cargas de la sucesión. Los honorarios de los letrados constituyen cargas de la sucesión solamente si son de carácter común y, como es obvio, solamente en ese caso son a cargo de la masa; la calidad de comunes previene del hecho de ser necesarios a los fines de cumplir los efectos procesales y formales conducentes a perfeccionar la transmisión del acervo hereditario (C. Civ. A, L. L., 88-82; C. Civ. C, 1 agosto 1958) y sin tener en cuenta los bienes sobre los que han recaído los trabajos. El juicio de protocolización de testamento ológrafo es un trabajo común (C. Civ. B, L. L., 81-82). Tampoco debe tenerse en cuenta, a los efectos de considerar los honorarios como comunes el hecho de que el letrado haya sido contratado por uno solo de los herederos (C. Civ. C, L. L., 81-106). No son comunes los honorarios del letrado que presentó "escritura en testamento exclusivo de una parte; ni los que no reúnan-daron en beneficio de la masa por no haberse acompañado el certificado ordenado por el decreto 3003/56 (C. Civ. D, L. L., 88-137). Para establecer si el trabajo del letrado es o no común,

no debe tenerse en cuenta el hecho de que el escrito lo firmen dos o más profesionales, sino su calidad extrínseca (C. Civ. en pleno, L. J., 78-551). Los honorarios no comunes deben ser satisfechos por la parte o por el condenado en costas en su caso (C. Civ. A. J. J., 75-653).

7) Existen otras cuestiones interesantes vinculadas al derecho de los acreedores de la sucesión: privilegios, créditos discutidos, etc. (v. sobre todo ello, Fornieles I nº 367 a 372, Poletti J. A., 1946-II-430, Díaz de Guisjarro, J. A., 51-742), sobre lo cual no podemos extendernos.

En materia de ejecutabilidad de la parte indivisa, ha dicho la jurisprudencia: "el acreedor no puede provocar la venta judicial de la parte indivisa de la sucesión; puede en cambio ejercer la acción subrogatoria a fin de provocar la partición" (J. A. 1954-I-139).

Para concluir, digamos que los tribunales han admitido reiteradamente la posibilidad de que una sucesión sea concursada.

C) *Fijación de las personas llamadas a recoger la herencia.*

La determinación de estas personas se realiza: según la voluntad del causante expresada en testamento válido en cuanto a sus formas y en cuanto a los demás requisitos exigidos por la ley; y según la voluntad de la ley, para lo cual ésta establece el orden en que los parientes dentro del sexto grado y el cónyuge son llamados a suceder. En las sucesiones intestadas, la resolución del juez que establece la identidad de dichas personas se llama *declaratoria de herederos*. Veamos algunas de las cuestiones vinculadas con la misma:

1) La declaratoria de herederos se dicta previa vista fiscal (arts. 695 y 696 del C. de Proced.) y con la conformidad del apoderado escolar o previa desestimación de la oposición eventualmente formulada por éste. También es menester el previo pago o afianzamiento del impuesto sucesorio, bastando generalmente, para este último efecto, con ofrecer en garantía los propios bienes de la sucesión (v. *supra*).

2) Desde el punto de vista de su estructura formal, la declaratoria de herederos es un auto judicial, el cual debe cumplir con los requisitos rituales propios de cualquier decisión judicial: fecha, firma, fundamentación en las constancias del expediente, etc. En la misma el juez declara que por fallecimiento del causante le suceden en cuanto ha lugar por derecho, "como únicos y universales herederos", las personas que luego expresa. La expresión "únicos y universales herederos" es considerada inconveniente, por lo cual los jueces abandonan, paulatinamente,

el uso de la misma, limitándose a declarar herederos sin referencia a su unicidad ni a su universalidad.

3) La declaratoria de herederos no causa estado ni tiene valor de cosa juzgada, ni impide que cualquier heredero omitido inicie la pertinente petición de herencia a que se refieren los arts. 3421 s.s. del Cód. Civil. Por ello se dicta "en cuanto hubiere lugar por derecho" (jurisprudencia constante: V.G. C. Civ. 2ª, L. L., 60-357). Es que la declaratoria no es el resultado de un juicio contradictorio, sino el resultado de un proceso de verificación formal de la calidad hereditaria; "si se abre a prueba es para que cada postulante acredite su vínculo, mas no para atacar la vocación de los demás" (C. de Rosario II 30/julio/1956). Por ello, no puede exigirse a quien pide declaratoria la prueba de que no hay otros herederos de igual o mejor rango (C. 2ª C. C., La Plata, 24/mayo/1957). Al hermano legítimo que pide declaratoria no puede exigírsele —para mejor proveer— que acredite el fallecimiento de los padres del causante (C. 2ª C. C., La Plata, L. L., 73-388).

4) Importa la posesión hereditaria en los términos del artículo 3411 s.s. y cotes. del Cód. Civil (Conf. los procesalistas y los civilistas sin excepción, V.G., Jofré, "Manual de Procedimientos" IV-162; Fernández, 569; Prayones, nº 40 y 41; también jurisprudencia constante: V.G. C. Civ. D, 3/abril/1959, y C. 1ª C. C., La Plata, I, J. A., 1950-IV-807).

5) Deben incluirse en la declaratoria de herederos: el cónyuge supérstite aunque no sea heredero por aplicación del art. 3576 del C. Civil (v. *supra*), teniendo su inclusión carácter de reserva de sus derechos a título de socio (Contra: C. Civ. 1ª, L. L., 55-712). El legitimario: "el titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se le declare tal si fuese omitido por este último en su testamento" (C. Civ. en pleno, L. L., 71-634). El resto de las personas que deben ser incluidas en la declaratoria surgirá por oposición de quienes deben ser excluidos, a lo que nos referimos en el párrafo siguiente.

6) No deben incluirse en la declaratoria de herederos: quien en ningún momento expresó en autos su voluntad de ser considerado tal (C. Civ. A., L. L., 74-685); el renunciante a la herencia (C. Civ. D, L. L., 66-94); el colateral de grado ulterior cuando consta en autos la existencia de un hermano legítimo del causante (C. Civ. C, L. L., 70-359); el indigno debidamente declarado tal (art. 3291 del C. Civ.); el cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse (art. 3575 del C. Civ.). Sobre esto último la orientación jurisprudencial ha sido la siguiente: debe excluir-

se solamente al cónyuge culpable de la separación, porque en el inocente se presume la voluntad de unirse salvo prueba en contrario (C. Civ. C. L. L., 67-18; C. Civ. C. L. L., 68-684, entre otros muchos); la exclusión funciona si la separación fue por mutuo consenso (C. Civ. 2ª, L. L., 22-280); el cónyuge inocente no debe probar su voluntad de unirse porque ella se presume (C. Civ. 2ª, L. L. 51-424 y jurisprudencia dominante; contra C. Civ. 1ª, L. L., 46-716); ni debe intentar el juicio de divorcio (C. Civ. 2ª, L. L., 7-167; contra S. C. P. B. A., L. L., 42-290).

Los tribunales han declarado, con sentido práctico, que "no procede dictar declaratoria si de la interpretación del testamento cabe concluir que una vez pagados los legados de cantidad el remanente tiene un destino determinado y por lo tanto no es susceptible de ser distribuido como se ordena en la sucesión ab intestato" (C. Civ. C. L. L., 93-387).

7) Reformas, correcciones o ampliaciones a la declaratoria. No se pueden disponer de oficio por el juez (C. Civ. 2ª, L. L., 61-269); puede ampliarse la declaratoria por vía incidental, con intervención de todos los interesados, en favor de quienes se presentan después de la declaratoria acreditando legalmente el vínculo (C. Civ. 2ª, L. L., 60-357; C. Civ. D. L. L., 79-235); pero si se funda el pedido de ampliación en una cuestión de estado, la acción respectiva debe deducirse en juicio ordinario: por ejemplo, si se discute la validez de un matrimonio (C. Civ. 2ª, L. L., 60-632 declarando que es inadmisibile el incidente de nulidad de la declaratoria basado en la nulidad del matrimonio; C. Civ. A. J. A., 1952-IV-114). Si el heredero declarado cuestiona la vocación del peticionante, éste debe recurrir a la petición de herencia (C. 2ª C. C., La Plata, II, 2/abril/1957, Rep. L. L., XVIII; C. 1ª C. C., Mercedes, I, L., 77-253).

8) Inscripción. Técnicamente, no hace falta inscribir la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad; oportunamente se inscribirán las hijuelas al hacerse partición. Esto con la salvedad del caso de un solo heredero, en cuyo caso no habrá partición, siendo entonces si necesaria la inscripción de la declaratoria. Este criterio fue sustentado por Colomo desde la Cámara Civil de la Capital y es el jurisprudencial. Sin embargo, en la práctica se inscribe la declaratoria de herederos: sobre si dicha inscripción crea un condominio o deja subsistente la división hereditaria, v. *supra*.

BIBLIOGRAFIA

En la presente bibliografía se incluyen todas las obras generales consultadas indicándose la edición utilizada. A continuación de cada título se indica la manera abreviada de citar la obra en el texto. Los citas se efectúan en el cuerpo mismo de la exposición, para evitar llamadas. El número romano que sigue a cada cita, en el texto, indica el tomo de la obra, salvo que sea coente de uno solo, y el número arábigo indica la página, a no ser que esté precedido del signo "p" en cuyo caso indica número de párrafo. Las obras específicas, ya se trate de libros o de artículos publicados en publicaciones periódicas, no se incluyen en esta tabla, sino que se indican directamente en el texto, en cada caso.

- ARANDI BUIS, VINCENTE: *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1932. Arandé.
- BIBLANTI, JUAN ANTONIO: *Apropiación de Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1939. Biblanti.
- BENFANTE, PEDRO: *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1931. Benfante.
- BORDA, GUILLERMO: *Tratado de Derecho Civil Argentino - Sucesiones*, Buenos Aires, 1928. Borda.
- BUSO, ESTANISL: *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1935. Buso.
- DAVID, RAY: *Derecho Civil Comparado*, Madrid, 1936. David.
- DE GÓSPERI, LUIS: *Tratado de Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1948. De Gósperi.
- DEHERAS, RAY: *El Derecho Privado de los juicios*, Madrid, 1937. Deheras.
- EVANGELISTA, KIPP, WOLF: *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Barcelona, 4/6. Evangelista.
- FERNÁNDEZ, RAMÓNDE J.: *Código de Procedimiento Civil Comentado*, Buenos Aires, 1935. Fernández.
- FORNIELLO, SALVADOR: *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, 1938. Forniello.
- GOLDSCHEIDT, WERNER: *Derecho Intercambial Privado*, Buenos Aires, 1934. Goldscheidt.
- GUAGLIARONE, AQUILAS HORACIO: *Situación jurídica del legitimario no heredero*, Buenos Aires, 1937. Guagliarone. Situación...
- GUAGLIARONE, AQUILAS HORACIO: *El beneficio de inventario en el Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1946. Guagliarone.
- JOSSERAND, LUIS: *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1931. Josserrand.
- LAFALLE, HÉCTOR: *Curso de sucesiones*, Buenos Aires, 1932/3. Lafalle.
- LEHMANN, HERMANN y EYDENMANN: *Tratado de Derecho Civil*, Madrid, 1933/8. Lehmann.
- LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J.: *Sucesión del cónyuge en Lecciones y Ensayos* n° 13, pág. 12 ss. López del Carril.
- MACHADO, JUAN G.: *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1898/1903. Machado.
- MAY ZUBIETA, DIEGO R.: *La transmisión de un juicio monorario*, en "Revista de Derecho y Ciencias Sociales" n° 5, pág. 177 ss. May Zubría.
- MERLINI, FRANCISCO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1936. Merlini.
- PLANIOL, MARCEL: *Tratado Abreviado de Droit Civil*, Paris, 1915/18. Planiol.
- PRAYONER, ESTANISL: *Derecho de Sucesión*, Buenos Aires, 1937. Prayoner.
- RABASA, OSCAR: *El Derecho Angloamericano*, México, 1944. Rabasa.
- RADBRICH, GUSTAVO: *Fundación del Derecho*, Madrid, 1932. Radbrach.
- RIBONDA, JUAN CARLOS: *Derecho de las Sucesiones*, Buenos Aires, 1932. Ribonda.
- SALAS, ADRIEL E.: *Código Civil y Leyes complementarias Anotado*, Buenos Aires, 1939. Salas.

SANTOS, FRANCISCO CÉSAR V.: *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid, s/d.
Ed. Trógon. Serique.

SERVENTE, LUCIANO: *El Código Civil Argentino, su Exposición y Crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1932, Segoria.

SERVENTE PAÏA, DECAR y CLAVEL BORRERO, JAVIER: *Código Procesal Civil y Comercial y Leyes complementarias*, Buenos Aires, 1937, Serente.

La jurisprudencia citada ha sido tomada de los repertorios consules, y se ha seguido el criterio de mostrar con preferencia la jurisprudencia más reciente de las tribunaes, especialmente, de la Capital Federal.

Las citas y referencias jurisprudenciales se abrevian del siguiente modo:

"Jurisprudencia Argentina": "J. A." indicando tomo y página.

"Gaceta del Foro": "G. F." indicando tomo y página.

"Revista Jurídica Argentina La Ley": "L. L." indicando tomo y página.

S. C. N.: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

S. C. P. B. A.: Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires.

C. Ctr.: Cámara de Apelaciones en lo Civil; la letra o el número insertos a continuación indican la Sala y luego se indica la ciudad; si esto último no se indica, significa que se trata de la Capital Federal.

HACIA UNA REFORMA URGENTE DE LA PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

Por

MANUEL A. LAQUIS

Profesor Adjunto de Derecho Civil

Pensando en la concreción del tema que hoy va a ocupar vuestra atención, vino a mi recuerdo el prólogo de don Miguel de Cervantes Saavedra, sobre la gesta de su ingenioso hidalgo. Repasándolo, volví a leer cuando se preguntaba: "... ¿cómo queréis vos que no me tenga confuso el qué dirá el antiguo legislador que llaman vulgo, cuando vea que al cabo de tantos años como ha que duermo en el silencio del olvido, salgo ahora con todos mis años a cuestras con una leyenda seca como un esparto, ajena de invención, menguada de estilo, pobre de conceptos, y falta de toda erudición y doctrina, sin anotaciones en los márgenes y sin anotaciones en el fin del libro, como veo que están otros libros, aunque sean fabulosos y profanos, tan llenos de sentencias de Aristóteles, de Platón y de toda la caterva de filósofos, que admiran a los leyentes, y tienen a sus autores por hombres leídos, eruditos y elocuentes? ¡Pues qué cuando citan la Divina Escritura! No dirán sino que son unos Santos Tomases y otros doctores de la Iglesia, guardando en esto un decoro tan ingenioso, que en un renglón han pintado un enamorado distraído, y en otro hacen un sermoncito cristiano, que es un contento y un regalo oírle o leerle. De esto ha de carecer mi libro, porque no tengo ni qué acotar en el margen, ni qué anotar en el fin, ni menos sé qué autores sigo en él, para ponerlos al principio, como hacen todos, por las letras del A. B. C, comenzando en Aristóteles y acabando en Xenofonte y en Zolo o Zeuxis, aunque fue maldeciente el primero y pintor el otro..." Y a esta altura de mi lectura recapacité, si esta introducción no era inadecuada para un tema jurídico, menos aún para una disertación de esta índole en el Instituto de Derecho Civil. Empero, volví a conciliarme con la cita, porque nuestro tema no es novedoso, ni habrá ingenio en su exposición, y advertirán en seguida que no se lograron descubrimientos "teoréticos", ni "juralfilosóficos". Las fuentes de nuestro tema ya las agotaron eminentes juristas, plasmada en obra creadora, a los que no podré "acotar" en los "márgenes, ni "anotar en el fin". Porque lo que ya estará semejando modestia calculada, no lo es. Más de sesenta años de controversia, indaga-

ción y producción científica, facilitan la orientación de nuestras tareas, restando tan sólo tomar posición. Sin olvido de la perfectibilidad de todo el quehacer humano, lo que resta es realizar, que es lo único que hasta el presente, lamentablemente, no se ha hecho.

RECONSIDERACIÓN DEL PENSAMIENTO DE VÉLEZ

El problema suscitado nació con la sanción de nuestro Código Civil. El régimen de la publicidad de los derechos reales trasciende las inquietudes meramente especulativas, académicas, o aun de método o de toma de posición filosófica. Y si bien no podremos rehuirlos plenamente, cuando no, incursionar en el pensamiento del legislador, sólo constituirán puntos de partida dirigidos a sustentar la estructuración de las urgentes construcciones jurídicas, que reclama nuestro anacrónico e imperfecto ordenamiento de la publicidad de los derechos reales en general; más especialmente, en cuanto toca el régimen dominical.

El codificador no desconocía los registros públicos. Sin embargo, no los adoptó, estableciendo en el art. 577 del código civil, que "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real", así como que, mediante aquélla, el "título suficiente" y la "escritura pública", se opera la transmisión del dominio (conf. arts. 2602, 2609, 3285 y 1184, inc. 1 del cód. civil).

En la nota final al Tit. XIV, art. 3203 del código civil, explica largamente los fundamentos de su temperamento legislativo. En lo pertinente a nuestro tema puede leerse: "... lo que prescriben las leyes de los Estados que han creado los registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los títulos, ataca en sus fundamentos el derecho mismo de propiedad. Si el oficial público se niega a registrar un título por hallarlo incompleto, ¿puede el interesado ocurrir al juez ordinario, y comenzar ante él un verdadero juicio sobre la propiedad? ¿Pero con quién litiga el propietario que está en pacífica posesión de su derecho, aunque sea por un título que no esté bajo las formas debidas, o que aparezca con un vicio, por ejemplo, la incapacidad para adquirir o transmitir derechos reales? ¿Qué género de pleito será ése que no tiene contradictor alguno a la propiedad? ¿Cómo obrará el Poder Judicial, sin que el interés de las partes venga a solicitar su intervención? Entre tanto el título no podrá registrarse, ni se podrá imponer una hipoteca en esa propiedad, aun cuando lo quiera el acreedor y el deudor".

"En un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearía un embarazo más

al crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas Provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros, y construir el catastro de las propiedades, y sus mil mutaciones por la división continua de los bienes raíces que causan las leyes de la sucesión, sin sujetar la propiedad a gravámenes que no corresponden a su valor para satisfacer los honorarios debidos por la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad”.

Quiere decir, que la publicidad de los derechos reales, y en particular la adquisición del dominio, quedaba reducida a la tradición, insuficiente para satisfacer aquel fin, punto éste en torno al cual existe absoluta coincidencia, y sobre el que resultaría ocioso insistir.

Empero no sería inoportuno volver sobre los fundamentos de la nota, no muy convincente, compartidos con reservas, aún con críticas por la generalidad de nuestros juristas (Salvat, “Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, T. IV, n° 2737, p. 470; Lafaille, “Derecho Civil”, “Tratado de los Derechos Reales”, T. III, n° 1927, p. 277 y sigts.; Cammarota, “Tratado de Derecho Hipotecario”, n° 392, p. 484 y sigts.), aunque algunos asumieron una actitud comprensiva del codificador, atendiendo a las circunstancias y época de la sanción del código. Ello puede advertirse, leyendo a Lafaille y Cammarota, Bibiloni, sin embargo, no fue contemporizador. Acremente, censuró la obra legislativa y rebatió las explicaciones de Vélez tanto las antes transcritas, como las de la nota correspondiente al art. 577. Escribió nuestro extraordinario jurista: “Sólo dejemos en esta exposición histórica constancia de dos cosas: la primera es que hasta la entrada en vigencia del Código, la escritura de venta, de sociedad, de donación, de inmuebles, transmite por sí el dominio, salvo reserva contraria. Y la segunda es que se tenía en la mano el medio perfecto para constituir un excelente sistema de seguridad de los derechos reales, por el modo que el derecho antiguo francés había adoptado para la donación y se extendió a todos los actos, esto es, la inscripción, y que el derecho austríaco, el prusiano, el español por su ley hipotecaria, el Código de Chile, el holandés, el de Brasil por su ley hipotecaria de 1864 inspirada en la francesa de 1855 y las discusiones que le precedieron, conservaron: “la tradición se efectúa en los inmuebles por la inscripción de título”. “Todas esas leyes —proseguía— existían en el momento en que el Código se redactaba. Ninguna había creído deber volver atrás, a la tradición como medio exclusivo de transmisión. Al contrario, Freitas, de quien se ha tomado, línea por línea, la nota del

art. 577, decía al terminarla, lo que ha sido suprimido en aquella: "Nuestro derecho no lucha con tales incoherencias y otros obstáculos del derecho francés que pueden ahora impedir la armonía del proyectado Código Civil. Reina el sano principio de la tradición a que están igualmente las transmisiones de la propiedad de inmuebles; los derechos personales y los derechos reales no se confunden y no habrá innovación radical, si la tradición de los inmuebles se hiciera de modo uniforme, solemne y bien notorio, cual es el de la inscripción o transcripción en los registros públicos. . .". En su consecuencia, concluía Biliboni, "... la transcripción de la nota del art. 577 no expresa, pues, el pensamiento de Freitas, que entendía deberse efectuar la tradición por efecto de la inscripción, y este solo hecho es la mejor refutación de la crítica que la nota incompleta contiene sobre la doctrina de la tradición. No debe ser material, decía Freitas. Se efectúa por la inscripción". Asimismo agregaba: "... Esa doctrina era la de Bello en la nota del art. 697, Código de Chile. Era la de la Ley 8, Título 30, Partida 3ª: La tradición se hace por el contrato mismo bajo la condición de su inscripción". (Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, T. VII, p. 87 y sigs.).

No queda en pie tampoco la parte final de la nota del Título XIV, bajo la poderosa fuerza dialéctica de Biliboni: "Porque, —expresaba— nos dice la nota final al Título de la hipoteca, en nuestro país el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, y la necesidad del registro público crearía un embarazo más al crédito hipotecario. . . Puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar los registros y construir el catastro de las propiedades y sus mil mutaciones por la división continua de los bienes raíces que causan las leyes de sucesión, sin sujetar la propiedad a gravámenes que no corresponden a su valor para satisfacer los honorarios debidos a la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad". "No era eso precisamente exacto —aseveró—. El hecho sólo de crear registros de hipotecas constituye demostración de que se exagera la dificultad. Había hombres capaces de registros puesto que se creaban. Y el examen de las escrituras hipotecarias no era más difícil que el de las otras. No era mejor el estado del Brasil y el de Chile en esos momentos, y sin embargo, constituyeron los Registros de propiedad para la inscripción de toda clase de títulos" (ib. cit., T. VII, p. 90 y sigs.).

Esta nota de Biliboni, cuya importancia justifica la insistencia en reproducir sus términos, llena de aristas propias de su talento, alcanza nuestra sensibilidad, cuando en el desarrollo de su formulación, recusa al codificador por incapaz de comprender

su época, y confiar en el porvenir de la República. "En el momento en que el Código se redactaba —consignaba— la República estaba en pleno período de colonización del suelo. Más de la mitad del territorio de la Nación era propiedad del Estado, el dueño por excelencia de la tierra no enajenada por él. Si se hubiera adoptado la medida más simple de previsión, la inscripción del título que emanase de él, ¿qué paso gigante se hubiera dado para la seguridad de la propiedad privada y para la formación de ese catastro que la nota considera imposible? ¿Qué había que investigar para saber que un título emanado del Estado nacional o provincial, era un título fundado en la roca? ¿Qué duda podía existir de que estaba a cubierto de reivindicaciones? Si algo prueba la nota es imprevisión y falta de fe en el progreso de la República..." (ob. cit., T. VII, p. 92).

La apasionada intransigencia de Bibiloni en este tema, ensombreció la obra del codificador. Mas no faltó el temperamento conciliador y la palabra unificadora de la obra de los dos grandes juristas: "Yōshū, en uno de sus artículos escritos para "la Nación", reunidos en un libro que lleva el título "Nuestro Nuevo Derecho", a propósito de las expresiones que consideró "excesivas" de Bibiloni. "Si me fuera permitido un símil, —escribía— diría que Bibiloni se nos muestra como uno de esos grandes cerros desnudos que caracterizan los plegamientos recientes. Las aristas violentas de sus moles graníticas, parece que desafiaron, todas llenas de fe en su vida milenaria, al tiempo que, sin embargo, ha de rebajarlas y vencerlas... Como la vida no ha pasado sobre ellas, no cubre sus faldas la fronda, que en las montañas viejas pone su mancha de color en los valles y en las honduras colmadas por la erosión o el limo de las aguas. Por eso Bibiloni asume en nuestro medio, el carácter de un gran pensador solitario y frente a su obra, la comisión revisora, se ha esforzado con todos sus recursos, en unir en un solo puente, a esas dos grandes climas de nuestra ciencia jurídica, que fueron Dalmacio Vélez Sársfield y Juan A. Bibiloni". (Ob. cit., p. 33 y 34).

Ahora bien, por encima de la dura crítica, advertimos que no es esclarecedora de las causas determinantes de la omisión consciente de los registros. El codificador no había dejado de estimar su importancia, y aún más, confió en que sería llegado el día, en que podrían instituirse. "El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales —puede leerse en la nota que en parte ya hemos transcripto— irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos...". Cupo entonces el error, o meramente interpretación de las circunstancias históricas, "o meramente interpretación filológica, "...repensando lo anteriormente pensado..." (Gustav Radbruch, "Introducción a la filosofía del

Derecho", p. 9 y 10), máxime que, el derecho objetivamente consagrado, —en este caso—, no deja márgenes a infiltraciones subjetivas que lo limiten. Cabe sin embargo, interpretar (Radbruch, *ob. cit.*) el pensamiento del codificador extensamente expuesto, e indagar en su concepción económica, y circunstancias históricas, pues mediante ella, tal vez podría iluminarse el fundamento de su actitud legislativa. Las críticas, como hemos visto, se han concentrado en la repulsa al claro rechazo de Vélez, de las corrientes doctrinarias que sustentaban la conveniencia de la institución de los registros públicos. Empero, en ninguna de estas críticas se ha tenido en cuenta, que coexistían tales opuestas a ellos, y que las mismas estaban apoyadas en antiguos antecedentes.

No sería aventurado sostener que pudieron influir en su pensamiento, revelado en algunas afirmaciones contenidas en la nota ya indicada, y que a nuestro juicio, no han sido suficientemente consideradas. En ellas se reflejan no sólo las condiciones económicas señaladas por el mismo Vélez, sino, entendemos, su propia formación ideológica. "Es totalmente cierto —escrive López del Carril—, que Vélez Sársfield conoció las lecciones de los fundadores de la economía política clásica, en la persona de los filósofos Adam Smith y Juan Bautista Say, como así también a los detractores del orden natural personalizados por David Ricardo y Malthus. Conoció seguramente las teorías de Sismondi, Saint Étimon, Proudhon y List y alcanzó a dominar plenamente las grandes leyes de la escuela liberal de Stuart Mill y de Bastiat. Admito que debió conocer, en la última etapa de su vida, también alguna parte de las escuelas disidentes. Su alta preparación económica, como así también su eximia calidad de jurista, al decir de Sarmiento el sabio más grande de su época en Sudamérica, hizo que esos principios jurídicos trasuntaran la realidad económica y limitaran los excesos económicos; consolidando la unidad del país y encauzándolo en sus horas ciertas e inciertas". (Vélez Sársfield y sus principios éticos y económicos en los contratos del Código Civil Argentino, L. L., T. 86-867).

El cuño liberal del pensamiento de Vélez, y su sujeción a los principios constitucionales ya consagrados, dejó su impronta a lo largo de toda su obra. Es ostensible su preocupación por la movilización de la riqueza y el desarrollo del crédito, especialmente su cuidado por no embarazar al hipotecario. Y en este punto donde se subraya su franca contradicción organizando el registro para este último, empero, proscribiéndolo para el dominio, creemos nosotros que no constituye sino el reflejo de su acogimiento a las orientaciones excluyentes de los registros públicos, entendidos como medio de crear la estabilidad del régimen dominical.

Abonan este aserto, las siguientes expresiones de la nota antes citada: "Lo que prescriben las leyes de los Estados —escribía Vélez— que han creado los registros de las propiedades para salvar la legitimidad de los títulos, ataca en sus fundamentos el derecho mismo de propiedad...". Creemos que esta afirmación corresponde a una definición sustancial, no desvinculada de la antigua tradición opositora a la creación de los registros, y a un modo de entender la estructuración de la organización económica y social del país.

Por otra parte, y en lo que concierne a la hipoteca, cabe señalar que existieron legislaciones que sólo tomaron en consideración la colocación de capitales. Enseña Cossio y Corral que en Mecklenburgo, "... se inició una originalísima tendencia inspirada en los derechos de Hamburgo y Lübeck, impregnada de profundo espíritu capitalista: el suelo concebido como valor de cambio, es la fórmula apetecida, y que repercute profundamente en el problema de la propiedad y en el concepto de la hipoteca. En ciertas plazas, como en Rostock, se crean verdaderas bolsas de hipotecas..." (Instituciones de Derecho Hipotecario, p. 41).

No sería serio por nuestra parte insistir, en el sentido de que el aspecto señalado de su pensamiento haya privado sobre las razones de conveniencia que también desarrolla en la nota. Sin embargo, nos atrevemos a considerar que pudo pesar en su decisión de no establecer la necesidad del registro para perfeccionar la adquisición del dominio. Pues no podían haber sido ignorados por Vélez los intentos legislativos en la materia. En la obra sobre "Hipoteca" de Prayon-Dassen (act. Laquis), podemos leer lo siguiente: "La publicidad amplia, sin trabas de ningún género, con excepción hecha del pago de un derecho para poder obtener el certificado por quien tenga algún interés, fue resistido en el antiguo derecho, especialmente por la nobleza, que no deseaba que se conociese el estado de su fortuna inmueble, y por eso fue resistida en España la pragmática de 1539, en razón, según se ha dicho, de que "la nobleza acostumbrada a vincularlo todo, tenía también vinculado a su favor el derecho de contraer todas las deudas posibles sobre las pocas fincas que tenían libres". "El edicto de Colbert en Francia, de 1673, estableciendo la publicidad hipotecaria fracasó por la misma razón, porque la fortuna de los más grandes de la corte, iba a quedar anquilada, en virtud de que se demostraría que tenían más deudas que bienes y no encontrarían nuevos recursos cuando su estado quedara en descubierta" (cita de Enrique Thedy, "La publicidad en el régimen hipotecario", p. 77; en la obra cit., p. 63-64; Planiol-Ripert, T. XII, nº 694, p. 641 y sig.).

Si bien no presuponemos que la incidencia en la obra del codificador, obedeció a estos criterios mezquinos de un sector

social, pues ya hemos puntualizado lo que pudo ser el substrato de su concepción económica, lo cierto es que la resistencia a la institución de los registros, por otros fundamentos persistió, con ulteriores a la pragmática y decreto antes indicados. "No sin dificultad —consigna Plansol-Ripert— el principio de publicidad triunfó en el Código Civil. Cuando el proyecto fue sometido a los tribunales, los magistrados del antiguo régimen, que todavía constituían mayoría en ellos, se pronunciaron contra el sistema nuevo de la ley de Brumario: sólo nueve Tribunales de apelación pidieron su mantenimiento. En el Consejo de Estado, la sección de legislación se dividió, presentándose dos ponencias en sentido contrario: una de ellas, de Bigot de Premeneau, en favor de las hipotecas ocultas, atribuyendo gran valor a la simplicidad extrema del antiguo derecho, y tildando la ley de contraria al crédito y a la libertad de contratación, combatiendo las costumbres de las regiones del "nantissement" y los edictos reales como viciados de feudalidad; la otra, de Real, defendió el régimen de publicidad. Finalmente, esta última concepción fue la que venció, éxito que parece principalmente debido a los esfuerzos que realizó el Tribunal de casación para defenderla: ese Tribunal rechazó en gran parte el proyecto de la Comisión y redactó una notable ponencia en apoyo de sus propias concepciones. Sin embargo, el Código de 1804 abandonó parcialmente el principio de publicidad..." (ob. cit., T. XII, n.º 695, p. 642; las alternativas del problema pueden verse, en *Leçons de Droit Civil*, H. L. et Jean Massaud, T. III, p. 542 y sigts.; Aubry et Rau, T. II, p. 229 y sigts., IV ed.).

Una idea cabal del criterio que procuramos subrayar, está dada por conceptos de Cambacères, contra la ley de Brumario VII; Alfonso Cossío y Corral, los transcribe. Decía el cónsul precitado: "... que (la ley) se aferraba al sistema de movilizar las propiedades y hacer los cambios rápidos y fáciles, sistema que no tiene nada de ventajoso para el Estado, el cual encuentra, por el contrario, su garantía en la fijera de la propiedad en las mismas familias" (aut. cit. "Instituciones de Derecho Hipotecario", p. 14).

No dejaban de alegarse otros argumentos, señalados también por el jurista que citamos. Existía "...temor al fisco, que forzosamente había de aprovechar para fines propios la institución; el conservadurismo de los romanistas; la consideración de los grandes gastos y de las dificultades, casi insuperables, de organización; el odio a la burocracia; la imposibilidad de establecer un sistema catastral lo suficientemente perfecto que ofreciese base sólida en que asentar la identificación de las fincas; el encajecimiento del tráfico..." sin omitir el concepto ya transcrito de Cambacères (ob. cit., p. 14).

Entre estas reservas y observaciones a la publicidad y creación de los registros, y las opuestas por Vélez, en la nota final al título de la hipoteca, no se dan diferencias sustantivas e ilustran además nuestra pretensión de demostrar que Vélez, como fluye de sus propias consideraciones, estaba imbuido del criterio antes expuesto, adverso a la institución de los registros. No improvisa, y revela una clara posición doctrinaria, quien asevera: "... los Estados que han creado los registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los títulos, ataca en sus fundamentos el derecho mismo de propiedad..." (not. cit.).

CREACIÓN DE LOS REGISTROS. INCONSTITUCIONALIDAD

En suma, haya respondido o no el codificador a sus concepciones doctrinarias, o incurrido en error, es indudable que desechó lo que no ignoraba, legándonos un sistema de transmisión de la propiedad, que muy pronto, además de sus deficiencias, se complicaría jurídicamente. La manifiesta insuficiencia de la tradición, como medio de publicidad, trajo aparejada la creación de registros. Antes de la federalización de Buenos Aires, "la provincia del mismo nombre sancionó la creación del "Registro de Propiedades, embargos e inhibiciones", a cargo de un abogado o escribano nombrado por el Poder Ejecutivo; el registro se había instalado con el carácter de oficinas privadas y el director de él, lo mismo que el del Registro de hipotecas, tenía a su cargo el pago del personal y demás gastos de sostenimiento de la oficina; percibían en cambio derechos de inscripción que las leyes y reglamentos establecían". (Salvat, "Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, T. IV, n° 2738, p. 470).

En 1881, producida la federalización de Buenos Aires, "la ley orgánica de los tribunales de 1881 incluyó en sus disposiciones un título especial consagrado al «Registro de la Propiedad, Hipotecas, Embargos e Inhibiciones...»" (aut. y ob. cit., n° y p. precitados).

Esta última ley, con algunas modificaciones de detalle, pasó a la ley vigente (ob. y pág. precit.) n° 1883, de organización de los tribunales, del 12 de noviembre de 1883, cuyo art. 225 creó también una "oficina de registro de propiedades, hipotecas, embargos e inhibiciones".

En un principio, este registro fue administrado asimismo, por particulares; pero a partir de 1902 se dispuso que dichas oficinas fueran administradas por el Estado.

No insistiremos sobre los aspectos administrativos de esta organización registral, para no perder de vista el problema central suscitado por su creación, consistente en la existencia de una doble legislación representada por las reglas del código y por

las de los registros. El conflicto nace pues, en virtud del hecho, de que de acuerdo con el régimen del código, la adquisición del dominio no requiere la inscripción en el registro. Según el art. 239 de la ley 1893, "los actos y contratos a que se refiere la presente ley sólo tendrán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el registro" y el art. 226 de la misma establece los actos que deben inscribirse, entre los que están incluidos todos los derechos reales.

Este requisito enunciado por este último artículo, estableciendo la inscripción de los "Títulos traslativos de dominio de inmuebles o derechos reales, impuestos sobre los mismos...", fue inevitablemente cuestionado, promoviendo el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "...sobre la constitucionalidad de las leyes sobre registros locales". El Tribunal declaró que "dentro de los límites de los poderes no delegados pueden ser valideras las leyes llamadas de "registro de propiedad", vigentes en muchas provincias siempre que no alteren ni modifiquen las que ha dictado la Nación en uso de su potestad soberana (arts. 7 y 31 C. N.) y que las sanciones establecidas para hacerlas efectivas no invadan el campo propio de las últimas"; asimismo, que "el Congreso Nacional no ha establecido el requisito del registro para que la transmisión del dominio quede consumada. Para que este efecto tenga lugar, basta la concurrencia de dos condiciones: el título (venta, permuta, etc.) constante en escritura pública y la tradición" (de los fallos en los que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de las provincias de Catamarca y Mendoza, 25/XI/935, J. A., LII-359 y 23/IX/936, J. A., LXI-382 respectivamente, ambos con nota de Julio Lezana) (ob. cit. Praynes-Dassen, oct. Laquis, p. 29).

"No obstante, Salvat sustentó la constitucionalidad de dichos registros, fundándola en que la inscripción en el Registro de la Propiedad es una "...condición del ejercicio y goce de los derechos respecto de terceros..." que "...constituye una medida de orden y seguridad...", que "encuadraría" en los "poderes de policía" no delegados a la Nación (art. 104 C. N.) (ob. precit., ps. 29 y 30).

Villegas Basavilbaso ha rebatido esta tesis de Salvat en su tratado de Derecho Administrativo. "Si es indiscutible quod nemo dubitat —escribe—, que los modos de adquisición o transmisión de la propiedad privada, mobiliaria o inmobiliaria, deben ser regulados por el derecho privado y nunca por el derecho administrativo, no lo es menos que esos modos son materia propia y exclusiva del Código Civil especialmente, y, por consiguiente, al establecer las leyes orgánicas de los registros —dictadas por el Congreso, para la Capital Federal, obrando como legislatura local, y por las legislaturas de provincia —una condición no exigida por

el Código Civil para la transmisión de los bienes inmuebles —salvo la correspondiente al derecho de hipoteca— se ha violado el art. 67, inc. 11 de la Constitución que preceptúa como atribución del Congreso la de dictar, entre otros, dicho "corpus". Como bien dice Bibiloni, no pueden dictarse leyes locales en materia civil. Al disponer las leyes locales de los Registros la inscripción en los mismos de los títulos adquisitivos o translativos de la propiedad, para que tengan efectos jurídicos contra terceros, esto es, crear un nuevo requisito no impuesto por la ley civil, se ha lesionado dicha cláusula constitucional".

"En opinión del autor la tradición por inscripción que disponen los Registros, a los efectos aludidos, no puede ser considerada como el ejercicio del denominado poder de policía, por cuanto ese requisito introducido por las leyes locales, por tratarse del modo de adquisición o transmisión del dominio privado, ha sido delegado por las provincias a la Nación (Const. art. 67, inc. 11). Es de advertir que no está en tela de juicio la facultad de las provincias y la del Congreso, obrando como legislatura local, para la organización de los Registros y establecer las tasas de inscripción, materia sin duda alguna administrativa con sujeción a la ley formal; lo que es inadmisibles es que so pretexto de seguridad económica-jurídica se usen funciones de la competencia privativa del Congreso, a quien las provincias han delegado la atribución exclusiva de dictar el Código Civil para la Nación".

"Es evidente, por lo tanto, que toda disposición de las legislaturas locales que preceptúe, para la validez o efectos de los actos jurídicos de derecho privado, condiciones o requisitos que el Código Civil no establezca, importa la modificación de la ley civil; es inconstitucional, en cuanto significa el ejercicio de una atribución privativa del Congreso, y, por lo tanto, no es obligatoria para los jueces, quienes pueden declararla inaplicable por ser repugnante a la Ley Fundamental". (Ob. cit., T. V., págs. 513 y sigs.).

La inconstitucionalidad sustentada no es puesta en duda. Bielsa (Der. Administrativo, T. IV, n° 765, p. 123 y sig.); Lafaille (ob. cit., T. III, n° 1831, ps. 281-282; Cammarata (ob. cit., T. III, n° 402, ps. 501-502), opinan concordantemente; Bibiloni, en la línea de su repulsa sin concesiones, al irregular régimen vigente, decía que no sólo era inconstitucional, sino "vejetorio e inoperante..." (ob. cit., T. VII, p. 96).

Estamos pues, técnicamente, frente a una organización registral inconstitucional. Empero al lado de ella, la fuerza incoercible de los hechos y las necesidades sociales que no suelen aguardar al legislador, no sólo determinaron su sanción, sino que en el curso de los años se ha operado en buena medida, una especie de "convalidación" de los registros a través de leyes nacionales,

como por ejemplo la de "propiedad horizontal" y su decreto reglamentario, o la ley 14005, que ordenan inscripciones en los mismos (inscripción del reglamento de copropiedad y administración y escritura traslativa de dominio en el primer caso; de los boletos de compraventa en el último) (Prayones-Dassen, act. Lequis, ob. cit., p. 30). Asimismo, la ley de expropiación 13264, que dispone la anotación de litis e inscripción del título traslativo en el Registro de la Propiedad (arts. 18 y 19).

La doctrina jurisprudencial se ha manifestado en algunos casos orientada a admitir la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad. En virtud de ello, la C. N. Com. sala B, en un pronunciamiento del 2 de setiembre de 1959 ha declarado: "... la transferencia del derecho de dominio, mientras no queda inscrita en el Registro de la Propiedad, no produce efectos contra terceros. . .", cabiendo agregar que "... la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad como requisito de su transferencia, resulta indudable de leyes nacionales, modificatorias del código civil. . .", entre las cuales cita: las leyes 13512, 14519 y 14005. (Diario L. L. 16/11/960, fallo 44452). Aunque incidentalmente, la sala C de la C. N. Civ. en el fallo n° 46421, del 16 de marzo de 1961, ha sustentado un criterio equivalente, congruente también en cuanto al requisito de la inscripción, con otros antecedentes jurisprudenciales. (L. L., 60-222, reseña de fallos). No obstante, esta orientación jurisprudencial no es uniforme, registrándose la doctrina contrapuesta, que ha declarado que "... el dominio del inmueble se adquiere por el comprador con el otorgamiento de la escritura pública y la tradición de la cosa, siendo superfluo el requisito de la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad. . .". Esta sentencia de la C. N. Com, pero de la Sala A, del 22 de abril de 1958, fallo n° 42772 (L. L., 92-358), sienta una doctrina coincidente con la de la sentencia de primera instancia en lo civil del 28 de diciembre de 1953, L. L., 83-131, fallo 39971, de acuerdo con la cual las constancias del Registro de la Propiedad no son constitutivas de dominio; en el mismo sentido ha decidido la sala A de la C. N. Civ., el 18 de noviembre de 1959, fallo n° 44760, Diario L. L., 17/V/960.

Dentro de nuestro punto de vista, la jurisprudencia enunciada en primer término, afirmativa de la necesidad de la inscripción para la transmisión del dominio, es susceptible de observaciones. En lo que respecta a la inscripción en sí, entendemos que siempre es válida la tacha de inconstitucionalidad. Y en lo tocante a las leyes citadas, a las que se les atribuye fuerza modificatoria del código civil, es indudable que en lo que es pertinente, sí, lo han reformado. Pero no, en cuanto al modo y forma de adquisición del dominio. Es exacto, como lo hemos admitido, que los registros han sufrido una suerte de "convalidación", mas no debe seguirse de

ello que los principios que rigen la transmisión del dominio hayan quedado trastocados. Las inscripciones ordenadas por las leyes antes citadas, carecen de efectos transmisivos o constitutivos de la propiedad.

La ley de Propiedad Horizontal no contiene ninguna disposición sobre la transmisión y adquisición del dominio. Su decreto reglamentario tampoco. Sin embargo, establece, en el art. 9, los "actos" y "títulos" que deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad, entre los que figuran los "títulos constitutivos o traslativos de dominio", así como declara aplicables, en cuanto fuere compatible, las reglas del título XIV de la ley 1893 y una serie de artículos reglamentarios de esta última. Es de toda evidencia que sólo por vía reglamentaria se establece la inscripción en el Registro, pero debemos subrayar, creyendo no incurrir en logomaquia, que el inciso precitado, habla de títulos "constitutivos" o "traslativos" de dominio, y no subordina por ende a la inscripción, estos efectos. Por otra parte tampoco es admisible, que por la vía enunciada se dé la reforma de las leyes de fondo. Consideraciones del mismo orden, podemos hacer respecto de la ley 14005, que organiza la anotación preventiva de los boletos de compra-venta, cuando la escritura traslativa de dominio no se otorgue de inmediato (art. 1). Lo que quiere decir, que no modifica el sistema del código y reduce sus efectos a las promesas de venta. Igualmente, no dudamos, que las disposiciones de la ley 14159 y 13264, se refieren a la cuestión que nos ocupa.

Creemos pues, que el vicio de inconstitucionalidad subsiste esencialmente, y que su corrección sólo podrá obtenerse por la reforma del código civil, a la que luego nos referiremos.

Todavía corresponde señalar, que la doctrina jurisprudencial que sostiene que la inscripción en el Registro de la Propiedad, es un recaudo para la transferencia del dominio, tiene consecuencias prácticas delicadas. En los fallos que siguen esta orientación, se ha decidido que la inscripción de la venta de un inmueble en el Registro de la Propiedad, es inoponible al embargante del inmueble, que asentó el embargo después de la sociedad de inscripción, pero antes de que ésta se practique (doc. Sala B, C. N. Com. precit.). Igual decisión ha adoptado la sala C de la misma Cámara, la cual declaró que aunque tiene validez la escritura de transferencia de una propiedad, efectuada dentro de los seis días de otorgado el certificado sobre condiciones de dominio y gravámenes (Acuerdo C. C. en pleno, 16/V/832) debe prevalecer el embargo preventivo anotado en el Registro de la Propiedad antes de celebrarse dicha escritura (fallos 8 de abril de 1960, Doct. Judicial, 26/IV/960).

El Registro de la Propiedad, debe también dilucidar administrativamente controversias de esta índole, en cuya esfera ha de-

bido decidir últimamente que "... no se puede disponer la cancelación del embargo que impide la inscripción de la transferencia perseguida...", en su caso; que "... de procederse a la inscripción (del dominio) se estaría obrando como si la medida cautelar no hubiera sido inscrita, con lo cual, en el hecho, se la tendría "pa. cancelada. sin. el. respectivo. mandato. judicial. exigido. por. la. ley (art. 259 de la ley 1893), acto reprimido en su art. 285, inc. 4º..."; "que la colisión existente entre el código civil y la ley 1893... no puede resolverse en instancia administrativa y mucho menos cuando con ello se quiebra el sistema establecido en el art. 239 y concordantes de la ley citada en último término..." (de las "conclusiones" del Sr. Director del Registro de la Propiedad, Dr. Juan Pablo López Herrera, 23/V/1960, Expedt. 10785/59 y 3240/60).

Entendemos que no es necesario cargar de sombras el panorama de nuestro régimen inmobiliario, para advertir sus graves deficiencias y la preocupación creada en su torno. Asimismo ello permite suavizar la impresión de "sensacionalismo", que la intuición de nuestra disertación puede haber despertado.

No desemos proseguir con otras consideraciones, sin ponderar la inestimable labor jurisprudencial y notarial, realizada durante casi un siglo, a pesar de todas las deficiencias puntualizadas. Hacemos nuestras las palabras de Tobal, escritas en la obra antes citada. "Felizmente —dice— la labor cautelosa de la jurisprudencia en tantos años de aplicación del código, la prescripción luego, y la obra paciente y nunca bastante ponderada de nuestros viejos escribanos, que en sus reputadas notarias, con un alto sentido de su misión, estudiaron con detenimiento los títulos, han sido las causas de que este estado de cosas no se agravara aún más, en perjuicio de los inocentes compradores" (ob. cit., p. 103).

PROYECTOS FORMULADOS

Urge pues, arbitrar soluciones. La premura no nos es privativa. Declamamos que el problema nació con la sanción del código e históricamente considerado, casi inmediatamente debieron crearse registros públicos, y hace ya más de medio siglo que comenzó esta batalla dirigida a poner a tono con las exigencias contemporáneas, el régimen de transmisión y constitución de los derechos reales.

Durante el año 1899, el diputado Eleodoro Lobos, presentó a la Cámara respectiva (el 11 de setiembre de 1899), un proyecto en el que proponía agregar un artículo al código civil, que llevaría el n° 4062, y cuyo texto sería el siguiente: "... en todos los casos en que este Código exija la tradición en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, sólo se juzgará

hecha esa tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad de los respectivos instrumentos públicos". Evidentemente, se trataba de una solución, dentro del código civil, y acorde con el pensamiento de Freitas (art. 3809); según hacía notar Lafaille, Lobos, al fundar su proyecto, daba a entender que el codificador no leyó íntegramente a Freitas, limitándose a un conocimiento parcial de esta parte de su obra" (aut. cit. Der. Reales, T. III, n° 31, p. 278).

El doctor Héctor P. Lanfranco, en su obra sobre la "Codificación Civil", enuncia la promoción de otras iniciativas, no muy divulgadas. Así, por ejemplo, además de la del diputado Julián Barraquero, del 10 de setiembre de 1902, análoga a la de Lobos y la del diputado Galiano del 30 de mayo de 1904, de organización del Registro de acuerdo con el sistema Torrens, cita la iniciativa del Poder Ejecutivo de la Nación, del año 1911, reproduciendo el proyecto Lobos precitado; del diputado Fragoni Zavala, del 28 de mayo de 1915 y del diputado Carlos F. Melo, del 11 de setiembre de 1917, (ob. y aut. cit., 1933, p. 100 y sig.). Alfredo Rodríguez Sager, en un trabajo reciente sobre la materia, analiza estos proyectos, y además un proyecto de los diputados Carlos y Manuel Carlés, del año 1911 (aut. cit., "Publicidad de los Der. Reales", Rev. de C. J. y Sociales, p. 127 y sigs. Univ. del Litoral). A todo ello cabe agregar, las proposiciones de la Tercera Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Mendoza, en el año 1933, el Anteproyecto de Biliboni y el Proyecto de Reforma del año 1936. También cabe tener en cuenta, otro proyecto presentado en el Senado de la Nación, en el año 1947.

No tratamos cada uno de los proyectos, pues no lo permite la naturaleza de esta disertación. Sólo haremos las referencias que consideramos más importantes, en lo que nos queda por desarrollar. La enunciación por ahora, ha tenido como único fin ilustrar que desde el año 1899 se promueve una reforma mínima y elemental de nuestro sistema, y que entristece constatar, que ya estamos recorriendo la segunda mitad de este siglo, sin haberla resuelto, con la humanidad conmovida y dividida, conmoción y división, a la que no es extraño el régimen dominical, y que también, todavía debemos decidir, si abandonamos definitivamente la "tradición", relicto de publicidad, anacrónico y superado por la evolución jurídica.

Los proyectos y anteproyectos enunciados, propusieron distintas soluciones, desde la menos ambiciosa de Lobos, hasta la extrema de Galiano, de institución del sistema Torrens. A través de todos ellos, se han tratado, si no todos, los más importantes problemas vinculados a la constitución y transmisión de los derechos reales.

Exceptuando el proyecto Galiano, es indudable que la ten-

tativa más audaz de reforma de nuestro acedado código, ha sido la de Biblioni, que en lo que respecta a este problema disloca su estructura, proscribiendo la "tradición" como modo de transferencia del dominio, e instituyendo la inscripción en el Registro de la Propiedad del acuerdo translativo, o afectación de un inmueble con un derecho real. Como lo aclara en la nota respectiva reproduce con ello los principios del BGB (art. 873), independizando el contrato causal, que puede ser nulo, del acuerdo translativo y su inscripción. En virtud de ello, explicaba aquel jurista: "De modo que si fuese nulo por un vicio o defecto cualquiera no manifiesto el contrato causal, por error, por ejemplo, o por no reunir los elementos de coincidencia necesarios para la existencia de una particular clase de contrato, como si una parte creyera dar en pago una cosa, y la otra recibirla como donación, pero una y otra entendieran transferirla en propiedad, esa nulidad resultante de la falta de acuerdo no aparente, no impediría la transmisión del dominio, querida y aceptada por los contrayentes. Hay, pues, contrato causal, y contrato formal abstracto. Puede callarse el primero, e inscribirse el formal, sin perjuicio de las acciones personales que las partes puedan ejercitar, pero que no afectan la eficacia de la inscripción. Tendrían por resultado anular la conversión causal, y restablecer el estado de cosas que de ella derivase, pero sólo entre las partes para rectificar o anular la inscripción, en cuanto no afectara derechos establecidos sobre la base de la fe que ella justifica" (ob. cit., T. III, p. 124).

La causalidad la deducimos de los términos antecedentes y las indicaciones que debe contener la inscripción en el Registro entre las que figura la mención del título en cuya virtud se hace, que no es excluyente de las alternativas que el mismo autor desarrolla (ob. cit., T. VII, p. 151).

No sólo estos principios se incorporan al "Anteproyecto", sino también los de la fe pública registral (art. 891, BGB), como también la protección de los terceros adquirentes de buena fe y por título oneroso que hayan adquirido derechos sobre el inmueble que aparezca en el Registro con título para establecerlo (conf. art. 892 BGB, excepto el título oneroso, pues en este último cuerpo de leyes, basta la buena fe).

Conserva sin embargo, el "Anteproyecto", la disposición, según la cual "la inscripción no convalida los actos jurídicos que sean nulos o anulables con arreglo a la ley" (ob. cit., T. III, p. 143).

No empee esta norma las consecuencias principales de las proposiciones de Biblioni, cuya adopción superaría nitidamente, a nuestro juicio, la inestabilidad manifiesta de los derechos, resultante del sistema acogido por Vélez, que redujo la adquisición

del dominio al "título suficiente", constante en escritura pública, y la tradición (arts. 577, 1184, inc. 1º, 2602, 2609 y 3263 del cód. civil).

DE LO VISTO EN ALEMANIA

Como se ve, Biliboni no reprodujo en toda su "pureza el sistema alemán, apartándose de la "abstracción de la causa". Si estuvo acertado o no, no nos atreveríamos a aseverarlo, pues se mueven corrientes doctrinarias en tal sentido y sobre nosotros pesa la formación jurídica recibida, e inveteradas formas y modos de transmisión del dominio. Sin embargo, cuando nos ha sido dado recientemente, en el mes de febrero del año en curso, ver el funcionamiento del "Grundbuch", y escuchar las enseñanzas y explicaciones de maestros del derecho alemán, se han desvanecido inquietudes, y perfilado una decidida inclinación favorable a la estimación integral de las bondades y ventajas de todo el régimen instituido en ese país.

Llevábamos el bagaje de los aportes de nuestros juristas, de los estudios y proyectos redactados. En mucho ya había contribuido la obra de Biliboni para hacernos accesible el problema. Contábamos con trabajos fundamentales como el de Alsina Atienza sobre "El principio de la buena fe en el proyecto de reforma de 1936" (Public. Seminario C. Jurídicas y Sociales, Bs. Aires, 1942); las enseñanzas de Lafaille, Cammarota, Dassen. Asimismo, las que nos brindaban las obras de los tratadistas alemanes, Wolff, Hedemann, Nussbaum, etc. Con mucha satisfacción podemos expresar que esas enseñanzas no fueron desvirtuadas, antes por el contrario, recibieron amplia confirmación. Empero subyacían en todo ese caudal teórico interrogantes que nos acucaban, y en lo que al exponente toca, no superados en reiteradas indagaciones. Llevaba en mis manos, el breve pero esencial trabajo de Dassen, titulado "Acto abstracto de enajenación, inscripción y fe pública en el derecho alemán" y gravitaban en mi mente y en mi espíritu alentadoras y a la vez sus inquietantes conclusiones. "La concepción del acto abstracto de enajenación —escribe Dassen— ha sido sobre todo criticada durante el nazismo por "contrariar las concepciones populares"... Hemos visto por otra parte, cómo la jurisprudencia no ha mantenido con mucha pureza la abstracción de la causa. Por otra parte, son muy sugestivas las siguientes palabras de Martín Wolff: "En esto el derecho alemán difiere de todos los derechos extranjeros. Es dudoso si fue feliz la idea de establecer además del acuerdo contenido en la compraventa (sobre la obligación de transmitir el derecho) otro acuerdo sobre la transmisión misma. En todo caso, la conciencia jurídica general y el derecho positivo se hallan en pleno desacuerdo en cuanto

a esto..." "No me atrevo por eso —concluye Dassen— a abrir juicio sobre las ventajas del acto abstracto. No oculto, sin embargo, mi impresión favorable. De cualquier modo haría falta un conocimiento más acabado, lo que sólo podría lograrse mediante un examen del funcionamiento del sistema "in situ". Lo que sí resulta indudable es la excelencia de la organización del registro mismo y el principio de la fe pública..." (*Lecturas y Ensayos*, nº 7, pág. 101. *Ba. As.*, 1958; "Acciones Posesorias", pág. 76, ed. "Cuadernos del Centro de Derecho y C. Sociales", 1960).

No estaban ausentes de nuestras preocupaciones otros planteos "ex cathedra". ¿Sería inexcusable que la "auflassung", debía ser celebrada ante el funcionario del Registro con asistencia simultánea de las partes contratantes y proscripta en consecuencia la intervención notarial (art. 925, BGB)? Y en tal hipótesis, cómo se llevaría ello a la práctica y en qué medida era conciliable con la extensión de la documentación notarial o judicial preceptuada por los arts. 313 y 873, 2ª parte del código precitado, que sucesivamente establecen: el primero, que "... un contrato por el cual una parte se obliga a transmitir la propiedad de una finca necesita la documentación judicial o notarial..." y el segundo, que "... antes de la inscripción los interesados sólo están vinculados al acuerdo, si las declaraciones se han documentado judicial o notarialmente o se han emitido ante la oficina del Registro o se han entregado a ésta o su titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a las disposiciones de la Ordenanza Registral".

Ya en la Universidad de Bonn, el esclarecimiento del funcionamiento del régimen del "Grundbuch" y afirmación de las conveniencias del "acto abstracto", llegó a través de las enseñanzas y exposiciones de los Señores Profesores, Dres. Karl Theodor Kipp y Kurt Hallersted, y del Señor Juez del Registro, Dr. Hans Fachinger. No desecharon las críticas de que ha sido objeto el acto abstracto de enajenación. Sin embargo, sostienen sin titubeos el mantenimiento de su adopción, así como que él "está en el fondo", que interesa a la esencia misma del derecho alemán. En cuanto a los casos que podrían alterar la uniforme aplicación del principio, emanados de actos contrarios a las buenas costumbres (art. 138, 1ª parte, BGB) que pueden determinar la nulidad del acto causal, y por ende del acto jurídico-real transmisivo del dominio, como algunas veces lo ha declarado la jurisprudencia, no le confieren entidad y reputan excepcional. Entienden que ello no desvirtúa el principio, ni enerva sus conveniencias. Dentro del mismo criterio juzgan la hipótesis de conocimiento de la inexactitud registral por el adquirente (art. 892, BGB) la que, por otra parte consideran muy difícil de probar.

En cuanto a la necesidad de comparecencia ante la Oficina del Registro, preceptuada por el art. 925 del BGB, se nos aclaró que ella se cumplía en los primeros tiempos de vigencia del código civil alemán, reminiscencia de la antigua "traditio germánica". Empero, ha sido superada por la evolución jurídica y los inconvenientes prácticos que presentaba su aplicación, pues se daba el caso de que, si el "acuerdo" era celebrado en lugar distinto al del Registro de la Propiedad, debían las partes trasladarse a él cualquiera fuera la distancia. No bastaba el "acuerdo" alcanzado en un lugar distinto al del Registro; era ineludible la celebración de la "Auflassung" ante la Oficina de este último, forma mediante la cual, se procuraba reproducir dicha solemnidad, antiguamente practicada sobre el terreno mismo que se transmitía.

Actualmente puede recibir la "Auflassung" cualquier Juez de Distrito con prescindencia de la comunidad a que pertenezca y aunque no coincida con el Registro de la Propiedad (conf. Ord. 9/1/940). Igualmente pueden hacerlo los notarios (conf. Ord. 1934) aún cuando no lo sean de la jurisdicción en la cual está ubicado el terreno que se transmite.

Ahora bien, esclarecido que no es necesaria la comparecencia del "tradens" y del "accipiens" ante la Oficina del Registro, debe subrayarse que la "Auflassung" presupone siempre una "documentación notarial o judicial", en la cual conste la obligación de transmitir la propiedad (es independiente de la causa), cuya necesidad se establece expresamente en el art. 313 del BGB antes citado. Complementa estas disposiciones, la segunda parte del art. 873 del mismo código, de acuerdo con la cual, "...antes de la inscripción los interesados sólo están vinculados al acuerdo ("Einkung"; "Auflassung" para los inmuebles), si las declaraciones se han documentado judicial o notarialmente o se han emitido ante la Oficina del Registro o se han entregado a ésta o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción...".

Quiere decir que, de acuerdo a cómo hemos creído comprender el mecanismo transmissivo de la propiedad de una finca, resulta necesario y bastará, con prescindencia del negocio causal: a) la "Auflassung", con el presupuesto de la declaración de voluntad documentada judicial o notarialmente; b) inscripción en el Registro de la Propiedad.

La aparente complejidad del procedimiento adquisitivo, expuesto teóricamente, no resulta tal, cuando se nos advierte que la documentación exigida por los arts. 313 y 873, 2ª parte del BGB, que ampara de posibles "engaños" a los interesados, y la "Auflassung", de ordinario, se celebran en un solo acto, aunque pueden ser independientes. Lo regular es que se celebren ante el notario, el cual traslada luego el acto al Registro. Las consecuencias prác-

ticas de la aplicación del sistema se acrecientan, teniendo en cuenta, que la "Auflassung" puede celebrarse ante cualquier autoridad competente, jueces o notarios, sin limitaciones de jurisdicción, por razón de la ubicación del inmueble. Además, cabe hacer notar que tanto los jueces como los notarios, tienen la fe pública. Estos últimos están investidos de ella por el sólo hecho de ser tales.

En este orden de consideraciones, debe puntualizarse que la intervención de los jueces en la recepción de "Auflassung" es casi nula. El señor Juez a cargo del Registro de Bonn, nos expresó que él casi no recordaba casos en los que haya intervenido. Nos agregaba que, en realidad, en la casi totalidad de los casos, la población está acostumbrada a los notarios, y recurre a ellos.

En cuanto al Registro en sí, cada comunidad tiene uno. En una de las comunidades de Bonn, donde estuvimos (cuenta con cinco), su Tribunal es integrado por 34 jueces, de los cuales uno de ellos tiene a su cargo el "Grundbuch". Estos jueces tienen también la fe pública y como se dijo, pueden recibir la "Auflassung". Son auxiliados por los "Rechtspfleger", que serían funcionarios con "propia responsabilidad", que podríamos decir con "autoridad delegada", los cuales también pueden recibir la "Auflassung".

No insistiremos sobre los aspectos suficientemente estudiados del acto abstracto, circunscribiéndonos a aquéllos que como los expuestos, a nuestro juicio, pueden esclarecer interrogantes.

Hemos recogido la impresión de que la organización del "Grundbuch" funciona sin inconvenientes y eficazmente. Está complementada por el catastro, que para los juristas alemanes es indispensable para el correcto funcionamiento del sistema y la exactitud registral. No hay parcela alguna o inmueble de Alemania —nos fue puntualizado— que no figure en el catastro, así como no existe cambio en éste yue no se refleje en el "Grundbuch" y viceversa. Debe haber siempre coincidencia. Tuvimos oportunidad de constatar este hecho y leer planillas enviadas por el "catastro".

Se nos explicó cómo se practica la división y mensura de un inmueble. En ella no puede intervenir ninguna otra autoridad, funcionario o persona que no sea del "catastro", en el caso, el "encargado" de este organismo juntamente con otros funcionarios "juramentados". El acto se cumple e nel mismo terreno a dividirse, el que una vez medido se amojona (cuenta al interesado esta operación aproximadamente 120 metros cada 1.000 m²).

En lo tocante al Registro, pudimos observar la entrada de una cancelación de hipoteca y una constitución de servidumbre. El legajo presentado por el notario tuvo entrada a las 11. La minuta que lo encabezaba es muy breve. El funcionario presente hizo no-

tar que se asentaba el día, hora y minuto de recepción, aclarando que al cabo de una hora quedaría hecho el estudio y suscrita la orden correspondiente de cancelación o inscripción, por el juez o funcionario autorizado. Las comprobaciones subsiguientes nos permitieron constatar la verosimilitud de esa afirmación. Existe un folio personal, en el cual se consignan todas las propiedades del titular, ubicadas en el mismo distrito, resultado —se nos observó— del desarrollo del minifundio. Partiendo de él se puede localizar en el archivo, sin dificultad el expediente, en el que están agregadas todas las actuaciones, documentos, antecedentes, etc., correspondientes a la propiedad o propiedades del titular. Estas constancias, no integran, salvo excepciones, la fe pública registral. En ellas se hace el estudio porque en el registro mismo, en los libros del "Grundbuch" existen tan sólo constancias muy breves, como las que podemos leer en los folios de las obras que más hemos manejado de Wolff o de Nussbaum. Habiendo llevado expresos la obra de Hedemann que tiene modelos equivalentes, hemos podido establecer la fidelidad de las mismas y de sus constancias. Debe advertirse, como observa Hedemann, que "la palabra «folio» debe ser entendida en sentido figurado. En realidad se trata de una serie de folios, por lo que con más propiedad debería hablarse de cuaderno registral" (Derechos Reales, p. 90). Por nuestra parte, hemos observado también remisiones a otros libros. La cancelación de una hipoteca que veíamos practicar, tenía hipotecados a la misma deuda, varios inmuebles y la cancelación debió anotarse en distintos libros.

Actualmente, las anotaciones en los libros del "Grundbuch" se hacen con máquinas, adecuadas a sus folios, y se obtienen en el mismo instante varias copias, destinadas al archivo, al notario, a las partes, al catastro.

El acceso al Registro sólo es posible cuando se acredita un "interés legítimo".

Volviendo al catastro, es de hacer notar, que si bien los maestros alemanes nos insistieron que sin él, no conciben un adecuado funcionamiento del sistema, pensamos que la dificultad que según algunos podría crecer su organización en nuestro país, no sería óbice para la adopción y aplicación de las bases fundamentales de aquella organización registral, régimen transmisivo del dominio y constitución de otros derechos reales. Nos induce a ello, no sólo la evidencia de la eficacia del régimen del "Grundbuch", sino también la posibilidad de suplir el catastro, mediante mensuras judiciales o administrativas (conf. Bibiloni), que además pueden constituir la base de la futura organización de aquél.

Sólo cabría agregar que en materia de responsabilidad de los funcionarios del "registro" o del "catastro", derivada originariamente de los preceptos del art. 839 del BGB, por infracción dolosa

o culposa de sus deberes, también está superada y tiene hoy sanción constitucional, en el art. 34 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. Esta norma consagra, en principio, la responsabilidad del Estado, o la incorporación al servicio de la cual se encuentra el funcionario. Empero, en los casos de falta voluntaria, o negligencia grave, se podrá repetir contra el funcionario.

La brevedad de lo relacionado obedece a la intención de adecuarlo al desarrollo impreso y al cuidado de no repetir, en lo posible, cuanto ya ha sido bien expuesto en la obra de los autores. Mas no reproduce cuanto nos fue transmitido teórica y prácticamente.

El transcurso del tiempo, ha ubicado ya en el pasado esa experiencia; sin embargo, cuando se actualiza, cobra resonancias que renuevan nuestra gratitud por los maestros que generosamente nos impartieron sus enseñanzas. Los nombres de los señores Profesores Klipp y Ballersted, del señor Juez Fachinger y del señor Profesor Harri Meier, que hizo posible el contacto con estos maestros, obligan a la mención y al recuerdo agradecido del exponente. Y no puede estar excluido de esta evocación, el joven y talentoso abogado español, Juan Luis González Dörner, cuya amistad, saber y dominio del idioma alemán permitieron nuestro acceso a las enseñanzas y experiencia, sucintamente expuestas.

NECESIDAD Y URGENCIA DE LA REFORMA

Ya ha sido suficientemente observado el apartamiento de Vélez de la solución romana que prescindía de la "justa causa traditionis". Si a esta circunstancia agregamos el hecho de que, la inscripción en el Registro "...no revalida los actos o contratos... que sean nulos con arreglo a las leyes" (art. 244, ley 1893), resulta que "los derechos reales transmitidos a terceros por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados del poseedor actual" (art. 1051 del cód. civil).

Vinculada esta consagración normativa a la que dispone que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere" (art. 3270 del cód. civil), como así también, a otras normas coincidentes, las reivindicaciones, en el decir de Biliboni, pueden entonces "venir de todas partes", porque todos los casos en general, por cualquier contrato, título causal, puede dar lugar a nulidades reipersecutorias" (ob. cit., T. III, p. 129-130).

"Pero esas mismas acciones persecutorias y aquella amplitud excesiva, colocan a los terceros que también tienen un dominio

(o por lo menos creen tenerlo) en una condición precaria —decía Lafaille—, porque aun a pesar de su buena fe, aun a pesar de la adquisición a título oneroso y en ciertos casos, aun frente al error invencible, la ley, sin embargo, los obliga a restituir. Se produce de esta suerte, un resultado curioso, una verdadera paradoja, ya que ese derecho, amparado en teoría hasta la exageración, queda con frecuencia sin defensa de ningún género". (Conferencias de Abogados de Mendoza, 1933, versión Fed. Arg. Colegio de Abogados, p. 35).

Afortunadamente, en buena medida, se han corregido las deficiencias consignadas por la obra prudente de nuestros tribunales y la doctrina. En ciertos casos se ha logrado fundamentar al amparo de los terceros adquirentes de buena fe, cuando lo hayan sido a título oneroso y de un enajenante también de buena fe. Esta orientación, no obstante algunas posiciones adversas, como la sustentada por Lafaille, ha alcanzado franco desarrollo y acrecido a través de las obras jurídicas de Ferniële y Dassen.

No obstante, sigue en pie el problema que hemos procurado esbozar en sus rasgos salientes, cuya resolución ha sido reiteradamente urgida en todas las oportunidades que ha sido tratado.

Lafaille, dirigiéndose a la Conferencia de Abogados de Mendoza, de 1933, consideraba la materia que nos ocupa, como abarcando "... uno de los mayores problemas del derecho privado. ..." versión de la Fed. Arg. del Colegio de Abogados, p. 35) y en su Tratado, después de abordar con cordura la obra del codificador, concluía: "Es imperdonable... que desde entonces hasta hoy, variadas las circunstancias, no se haya buscado remedio para un mal de tanta gravedad" (ob. cit., T. III, p. 279).

Bibiloni, con la vehemencia que lo caracterizaba, quejándose de la ausencia de toda base catastral señalaba: "... desde hace cuatro años que hemos tratado de resolver el punto, dirigiéndonos a gobernadores y ministros; sólo hemos hallado indiferencia absoluta sobre un asunto capital de gobierno. Hasta hemos tropezado con la negativa para informarse del asunto. Y sin embargo de esta indiferencia glacial, persistimos en nuestro propósito. Es deber patriótico buscar la solución del problema fundamental..." (ob. cit., T. VII, p. 116).

Como es obvio, después de lo que llevamos expuesto, nos asociamos a toda aquella queja, aunque en honor a la verdad, debemos señalar la existencia de preocupaciones actuales por el encauzamiento positivo de esta vieja cuestión. En este Instituto de Derecho Civil, durante el año que pasó, en los estudios realizados en sus seminarios, se contó con la imponderable cooperación de la Dirección del Registro de la Propiedad. El análisis de los antecedentes nacionales ya enunciados, como de los ordenamientos positivos en el Derecho Comparado, han permitido arri-

bar a algunas conclusiones, que han tratado de adecuarse a las circunstancias presentes. No ha dejado de seducirnos el anhelo de una solución integral del problema, acorde con las más amplias formulaciones. Empero, escapaba a nuestras posibilidades y a la misma realidad nacional, proyectar pasos desmedidos. En primer lugar, debía decidirse entre la reforma de la estructura normativa del código, obra ésta cuyo tratamiento unilateral, además de inadecuado, es peligroso, o bien abordar las reformas elementales, creadoras de las condiciones necesarias para poder afrontar eventualmente, una etapa de superación.

Debimos optar por esto último, concretándonos a esbozar un anteproyecto, obra del Dr. López del Carril (hijo), actualmente en estudio, resultante de una adecuada sistematización del proyecto Lobos y del Anteproyecto Biblioni, este último, tan sólo en lo que respecta a la organización registral, sin alteraciones del sistema transmissivo del código, ni incorporación del acto abstracto de enajenación. En cuanto a la tradición, no se la suprimiría, sino que conforme con el proyecto Lobos, únicamente se la juzgará cumplida con la inscripción del acto en el Registro de Inmuebles. Esta es también una solución reiteradamente expuesta por Lazzari, cuya preocupación por este problema es notoria, desde hace tiempo. El paso elemental enunciado, regularizaría el requisito de la inscripción en los Registros, cuya inconstitucionalidad es inconcusa, al mismo tiempo que se operaría una evolución imponderable ya, en la publicidad de los derechos reales.

El anteproyecto precitado, además de los aspectos puntualizados, reúne los caracteres fundamentales siguientes:

a) Los Registros funcionarán bajo la Superintendencia del Poder Judicial.

b) Se establece la responsabilidad del Estado por deficiencias en las inscripciones.

c) Está dividido en dos secciones: una de Inmuebles y otra de Embargos y Limitaciones a la Capacidad.

d) Para el Registro de Inmuebles se adopta el sistema real llevándose cinco libros: el de inscripción, el de documentos relativos a la misma, el de prenotaciones, el diario y los índices, que serán uno real y otro personal.

e) Se obliga a los escribanos a pedir informes de dominio para realizar actos que deban inscribirse.

f) Según el art. 11º se inscribirán en el Registro: 1º) Las escrituras públicas que tengan por objeto constituir, modificar, transferir, o extinguir derechos reales sobre inmuebles. 2º) El

bien de familia. 3º) Las escrituras constitutivas de sociedades civiles o comerciales, cuando se aportaren bienes raíces. 4º) Los instrumentos públicos de transacción sobre objetos de la misma naturaleza. 5º) Los instrumentos relativos a partición de inmuebles, o de herencias, siempre que los hubieran en ellas. 6º) La declaratoria de herederos, en las sucesiones donde existieran bienes raíces, así como el fallo que las modificare o anulare. 7º) La cláusula testamentaria que disponga el legado de un derecho real sobre cualquier inmueble, lo mismo que el instrumento en que constare su ejecución por el derecho, o en virtud de auto judicial. 8º) Los fallos definitivos dictados en juicios contenciosos que decidan la existencia, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre inmuebles. 9º) Los arrendamientos de bienes raíces por término mayor de un año. Las servidumbres prediales serían inscriptas en el folio del fundo dominante y en el del sirviente. 10º) Los derechos de aguas.

g) No se inscribirán: 1º) Los bienes del dominio público. 2º) La tierra pública. 3º) Los demás bienes privados de la Nación, Provincias, Municipios, mientras estén afectados a un servicio público. 4º) Los títulos posesorios, ni los fundados en la prescripción adquisitiva, salvo cuando por sentencia firme se ordene cancelar las inscripciones opuestas. 5º) Los actos sometidos a revocación, resolución u otras restricciones sobre la subsistencia presente, futura o eventual de los mismos, sin perjuicio de ser prenotados, Cuando el precio de venta o la entrega de bienes en permuta, quedasen adeudados, sólo podrá inscribirse el título si mediare hipoteca en seguridad de tales prestaciones. 6º) Aquellos actos que versaren sobre títulos no inscriptos con anterioridad, a menos que éstos se presentaren también para su registro. 7º) Los que estuvieren asentados a nombre de personas que no fueren el solicitante o su autor, o figurasen incluidos en otra inscripción, o comprendieren a su vez, bienes registrados a favor de terceros.

h) El Registro es público.

i) Sin necesidad de consagrar el Catastro se ha podido lograr la aplicación del sistema real por medio de mensuras judiciales o administrativas debidamente aprobadas.

j) Se establece la prenotación. (Resumen redactado por el Dr. Nelson Julio López del Carril).

Tal vez, las conclusiones sean modestas, pero obedecen a la circunstancia expresada, de la prudencia que requiere abordar la reforma de una materia, con repercusiones en tan amplio sector de relaciones jurídicas.

Creemos que la obra reformadora deberá abordarse aprovechando la doctrinaria tanto nacional como del derecho comparado y de las que brindan experiencias extraordinarias como las del sistema registral alemán, que Bibiloni con tanto provecho y acierto incorporó a su Anteproyecto. No hesitamos en estimular, desde nuestro plano, la urgente adopción de las medidas elementales que proporcionamos, sin perjuicio de la eventual reforma, a la que le será inexcusable desterrar antiguallas, como la tradición, instituir el folio real, la exactitud de los registros, el consiguiente amparo de los terceros adquirentes de buena fe, organizar el catastro, reglar la responsabilidad del Estado, etc. Si se han deslizado tonos reivindicativos, a lo largo de esta exposición, confío en la comprensión de los asistentes, pues lo exige —creo honesto aceptar— nuestro atraso, y reclama el progreso de las instituciones, que en definitiva, no es otra cosa que el progreso mismo del país.

ENSAYOS

NORMA JURIDICA E IMPERATIVOS

Por

ALBERTO SANCHEZ CRESPO

Todavía mantienen su circulación entre los estudios corrientes de dogmática jurídica las teorías imperativistas como sustentación teórica principal de la naturaleza de la norma jurídica en que se basan dichos trabajos, a pesar de haber sido rebatidas con sólidos argumentos, y de una manera que estimamos definitiva. Esto se debe, probablemente, a que los juristas dogmáticos utilizan como basamento filosófico de su actividad las doctrinas que tenían en boga en la época en que comenzaron sus estudios, generalmente años atrás, y los estudios posteriores fueron casi exclusivamente orientados hacia su propia actividad especializada, sin preocuparse de las renovaciones y adelantos realizados en la teoría general del derecho, lo que evidentemente puede llegar a resentir seriamente la propia actividad creadora de la dogmática jurídica al tener una base teórica insuficiente.

La tesis imperativista corriente sostiene que las leyes, forma principal y casi única de manifestarse el Derecho para esta doctrina —ya que se desentiende prácticamente de la jurisprudencia—, son la expresión de la voluntad del Estado o de la sociedad manifestada por los correspondientes órganos legislativos, o sí no entendidos como órdenes directos de éstos. Esta posición ha sido desechada con abundante consideraciones en contra, entre otras la de que los diputados o representantes cuando sancionan un proyecto de ley, en numerosos casos, no tienen más que una leve idea de su contenido (que inclusive puede ser equivocada) y, en consecuencia, mal pueden "ordenar" algo que no conocen, y como ejemplo tenemos las clásicas sanciones "a libro cerrado". Es notoria la dificultad que significa para dicha tesis explicar cómo es que perdura el orden luego que han desaparecido todos los que lo dictaron, o cómo se puede considerar que una persona ha infringido un orden que no había pedido conocer, o que de hecho no conocía, o los problemas que le plantea el derecho consuetudinario con su ausencia de persona concreta que emita la orden.

En fin, que por sobre todo una orden implica una situación en que alguien manda y otro obedece, situación totalmente distinta de la sanción de una ley y de su puesta en ejecución, generalmente por funcionarios que no reciben instrucciones de aquellos que dictaron la "orden-ley". Es por estos y otros argumentos no mencionados en mérito a la brevedad que creemos que la teoría imperativista no pueda ser tomada en cuenta en el estudio de la naturaleza del derecho, al menos en la formulación hasta ahora clásica.

Pero nos proponemos considerar una nueva forma del imperativismo. En efecto, Karl Olivecrona declara rotundamente que "no hay posibilidad de concebir a la ley en forma distinta que como imperativo" ("El derecho como hecho", pág. 171, Ed. Depalma, año 1959), y al mismo tiempo se aparta decididamente de la posición imperativista corriente.

En primer término es necesario dejar establecido que el imperativo por excelencia es la orden. La orden —como ya dijimos— requiere dos sujetos, a los que llamaremos activo y pasivo, y tiene por objeto conseguir que el sujeto pasivo realice la conducta indicada por el sujeto activo. Olivecrona destaca acertadamente que la orden en sí no significa una declaración de voluntad, a pesar de que de la exteriorización de la orden se pueden sacar conclusiones valederas respecto a cuál es la voluntad del sujeto activo. La orden en sí no tiene por objeto enunciar la voluntad del que la emite, sino obtener la conducta del que obedece; ése es su fin y no el de comunicar estados de conciencia. La orden obra por sugestión en la persona que la recibe, mediante comunicación verbal o por otro medio; en consecuencia, la eficacia de la orden no depende de lo intenso que haya sido el acto volitivo por parte del sujeto activo, sino fundamentalmente de la predisposición del sujeto pasivo, y ésta se halla condicionada por un cúmulo de factores que influyen sobre su psiquis. Es así que la orden es completamente independiente de la concordante manifestación de amenazas u ofrecimientos de recompensas; estos elementos no pertenecen en ninguna forma a su esencia; sirven solamente para reforzarla y no para determinarla; su importancia reside en que colaboran en el condicionamiento de la psiquis del sujeto pasivo, inclinándolo a obedecer, colocándolo en una situación receptiva, pero el sentido esencial de la orden es la sugestión a la realización de una conducta por parte del que la recibe.

Pero las leyes no son órdenes. Olivecrona repudia —por los motivos antes expuestos— la doctrina que ve en las leyes órdenes de los legisladores o del Estado. Considera, sí, que tienen el carácter imperativo antes aludido, cualquiera sea la forma gramatical que se adopte para su expresión, y las llama "imperativos

independientes". El carácter de imperativos que las leyes tienen para Olivecrona significa que al igual que las órdenes —la otra especie de imperativos— su obrar es por sugestión sobre el sujeto pasivo de la ley, del que se requiere una conducta determinada, con prescindencia de los posibles castigos o premias con que se refuerce este requerimiento. Pero el imperativo legal se diferencia de la orden —y por eso lo denomina "imperativo independiente" —en una serie de circunstancias. En primer término, a diferencia de las órdenes, se hallan totalmente desvinculadas de un sujeto activo concreto —"de carne y hueso" o como ficción— que las emita, pues como ya quedó dicho un parlamento no puede considerarse como mandando cuando sanciona leyes. Las palabras o señales imperativas, destinadas a obtener una determinada conducta obrando por sugestión, pueden ser igualmente eficaces a pesar de no poder ser referidas como expresiones de una persona concreta, es decir, su eficacia está en sí y no depende de la personalidad de quien las pronuncie o utilice, sino de que lo haga conforme al procedimiento establecido.

Asimismo, la orden es dirigida a persona concreta y tiene por objeto su conducta; en cambio los "imperativos independientes" se dirigen a determinadas clases de personas en abstracto: magistrados, súbditos, etc., y están destinadas a obtener ciertas conductas deseadas de personas no particularizadas como individuos, sino determinadas por ciertas características fijadas en la misma ley. Por último los "imperativos independientes" pueden ser —y frecuentemente lo son— expresados en las formas de juicios asertivos; en cambio las órdenes dependen siempre de las formas gramaticales imperativas.

La afirmación de la ley como imperativo independiente y su consiguiente obrar por sugestión en los sujetos destinados a cumplirla llevan a explicar todo el sistema jurídico como destinado a ejercer una influencia de índole psicológica sobre las personas sujetas a él, con el objetivo de obtener el cumplimiento de determinadas conductas, mencionadas en el mismo sistema, y que serían impuestas por las personas que ubicadas en los puntos claves del sistema lo pusieran y mantuvieran en funcionamiento.

El proceso de sanción de las leyes no es pensado en el sentido de la derivación formal de la validez de la norma, sino en la forma de un complejo de hechos sociales y psicológicos vinculados al establecimiento y función de la Constitución. Las ideas fundamentales de un pueblo referidas a su organización política, lo que naturalmente es producto de una larga tarea social de inculcamiento en cada individuo, se reflejan en la Constitución del Estado, por lo que ésta ejerce un tremenda influencia en el ánimo de todos los ciudadanos, quienes sienten hacia sus disposiciones un particular acatamiento, pues serían como la médula de la vida

social. Como las disposiciones más importantes de la Constitución se refieren a quiénes y cómo gobernarán el país —y gobernar no es otra cosa que elaborar normas jurídicas— entonces los legisladores, obrando de acuerdo con el procedimiento establecido en la misma, obtienen para las resoluciones que así toman una adhesión derivada, y semejante, a la que tiene la Constitución para todos los súbditos. En consecuencia, el proceso de legislar, de neto contenido psicológico, consistiría en marcar con la señal el imperativo, señal de efectos psíquicos que mueve la voluntad de la persona a la que se dirige, a una serie de expresiones de conducta imaginada, que tal es lo que sería el simple proyecto de ley.

La señal imperativa conque se la señala, y que distingue la ley de un proyecto, consiste en que sea sancionada en la forma y por las personas que la Constitución establece, con lo que, y merced al prestigio de ésta, adquiriría su propio grado de sugestión, que es en lo que consistiría el carácter de imperatividad. Pero una vez adquirido por el proyecto el elemento esencial del imperativo independiente, o sea, convertido en ley, se desvincula en cierta medida de la Constitución y, a pesar de los cambios que pueden sobrevenir sobre ésta, inclusive su completa abrogación, puede continuar en vigencia, o sea obteniendo la adhesión de la conducta de los súbditos a lo dispuesto por ella.

El sistema formalizado de señalar con su marca característica a los imperativos independientes, o sea el sistema de sancionar las leyes y todas las demás disposiciones jurídicas, se hace necesario dada la complejidad de la vida social que requiere una señal, segura, inequívoca y conocida de todos, que especifique aquello que ha alcanzado el grado de imperativo y lo diferencie de los simples proyectos. Esta es una de las diferencias del derecho legislado con el consuetudinario, pues éste está desprovisto de tal señal formal, si bien tiene el carácter de imperativo independiente. Por otra parte, tal proceso formalizado sería otra diferencia con las órdenes, la otra especie del género, imperativos", que no admiten tal obrar formalizado y abstracto.

Siguiendo con su planteamiento que busca el ser del derecho en el mundo "del tiempo y del espacio", y su consiguiente negación de toda la concepción de normatividad del deber ser, Olivecrona considera irreal el concepto de fuerza obligatoria del derecho, hasta el punto de llegar a decir que la misma "elude todo intento de ubicarla en el conjunto social" (op. cit., pág. 5), considerando que tal concepto tiene existencia solamente como idea de la mente humana. Es por esto que todos los demás elementos conceptuales de trabajo de la doctrina tradicional adolecen de los mismos vicios de irrealidad, tal es el caso de la clásica idea de "obligaciones" y su necesario correlato: el concepto de "derechos".

así el poder que involucra la idea del "derecho", es expresado como "un poder ficticio", un poder ideal o imaginario. Este "poder" es, en la realidad, solamente una palabra vacía. Nada hay detrás de esa palabra" (op. cit., pág. 67). No serían otra cosa que conceptos acuñados por la tradición jurídica, y ampliamente usados en la propia terminología, sin que en el ambiente social se pueda encontrar una realidad que les corresponda.

En la concepción de Olivecrona todo el sistema jurídico está basado en el acatamiento que consiguen legisladores y jueces para los imperativos que ellos crean. Este acatamiento se basa en una serie de factores; uno de ellos, y muy importante, es el prestigio que los mencionados magistrados tienen dentro de una comunidad por la posición social que ocupan, derivada de las mismas funciones que ejercen. Es necesario destacar que el uso de la fuerza en el supuesto de incumplimiento de lo establecido en la norma no es lo que convertiría a ésta en obligatoria, sino que es el método social usado para reforzar la sugestión propia de la norma, pues ésta, además de la majestad e imperio del magistrado que la manifiesta, de lo trascendental del tema de su contenido, prevé sanciones para el supuesto de su violación, lo que es otro de los factores que inducirán a los súbditos a respetarlas. En consecuencia, es posible teóricamente, según esta posición, establecer normas jurídicas válidas, y que no establezcan sanciones, ni se encuentren amparadas por ninguna clase de actividad coercitiva.

La autoridad de los jueces y legisladores no es arbitraria, ya que el respeto que obtienen de los súbditos está condicionado —en buena medida— al acatamiento de las normas que rigen su conducta como funcionarios, y necesitan seguir esas normas en forma ineludible para que lo que son sus disposiciones personales adquieran las señales del imperativo independiente, que las hace respetadas por todos.

Olivecrona niega las posibilidades de comprensión del objeto derecho al normativismo del deber ser, y orienta sus investigaciones hacia el campo del tiempo y del espacio, como él dice; estas investigaciones aportan elementos que estimamos sumamente valiosos para el estudio profundizado de la problemática del Derecho. Creemos que las referencias sobre la fuerza sugestiva de las normas jurídicas, si bien no nos dan el sentido de su esencia, adelantan ideas que contribuirán en el estudio del arduo problema de la vigencia de las normas; así como el acentuar, aunque en un grado que estimamos excesivo, la importancia que el uso de la fuerza tiene en relación con la aplicación de las normas es en cierta medida otra aproximación al crucial tema de la vigencia. También consideramos interesantes sus observaciones sobre la dependencia en que ciertas normas morales de una época social

dada se encuentran con las normas jurídicas de esa misma época, lo que explica la cantidad y facilidad con que los fantasmas de los idealismos suprajurídicos se han levantado sobre el cuerpo del derecho.

Pero reconociendo estos aportes positivos no creemos que el camino seguido por Olivecrona rehabilitando la idea del imperativo, si bien en una formulación nueva y mejorada sobre la antigua doctrina, y tratando de establecerla como con existencia "real" en el cuerpo social, a diferencia de los conceptos clásicos que serían "irreales". Nos apartamos de la compleja discusión filosófica que encierra el problema de la existencia "real" —con todo el cargamento de ambigüedad de este término— de un campo del deber ser contrapuesto al del ser, y llamamos la atención sobre otra cuestión, que consideramos de importancia, y no ha sido considerada por el autor sueco.

Es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas son pensadas como forma de atribuir sentido a determinadas conductas de los hombres, las que de otra manera no serían inteligibles. Así, por ejemplo, un disparo de arma de fuego por parte de un hombre, la muerte de otro y el posterior encierro del primero; la entrega de una cosa por parte de una persona a otra son simples situaciones fácticas que nada nos dicen si no nos referimos al esquema de conducta establecido en forma imaginada en la norma jurídica y a las consecuencias que el cumplimiento o incumplimiento de dicho esquema acarrea. La circunstancia de que una persona espere recibir de otra una suma de dinero dentro de un cierto tiempo, y la posibilidad de poder recurrir a funcionarios y a un cierto procedimiento para obtener el cumplimiento forzado, en el supuesto de falta del voluntario, son pensados por el jurista —y también por el lego— como que el segundo hombre está "obligado" respecto del primero al pago de dicha suma, y que, en consecuencia, el primero tiene el "derecho" de exigirselo. Que la efectividad del cobro compulsivo dependa de otros factores de hecho, además de los legales, para obtener éxito en la satisfacción del crédito, es otra cuestión; en ninguna forma consideramos la insolvencia como un modo jurídico de liberación de las deudas.

Asimismo, cuando decimos que la sociedad N. N. tiene derecho a explotar cierta fábrica, no hacemos referencia a nada visible con ojos físicos. Las complejas relaciones entre individuos derivadas de la existencia de instituciones con "personalidad jurídica" no se pueden comprender de otra forma que con ayuda de las normas que determinan cuál de aquellos actos de conducta de un individuo ha de ser imputado a él mismo a título personal y cuál ha de serlo al conjunto de los patrimonios de las personas que forman la sociedad. La conducta de la persona es única e inescindible, y con el método de observación propio de la ciencia

natural no podrá descubrirse diferencias en uno y otro caso, pues éstas no existen; se trata siempre del obrar de una misma persona y su intelecto y voluntad son siempre los mismos. Los actos de conducta se pueden diferenciar no por el uso del análisis psicológico, sino solamente por referencia a las normas que determinan la constitución y el funcionamiento del ente con "personalidad jurídica". El obrar, considerado en sí mismo, del individuo que actúa como representante legal no puede beneficiar o perjudicar a la persona jurídica; sólo las normas rectoras de la misma pueden establecer si el beneficio o perjuicio consiguientes de la conducta del representante será atribuido a éste o a la persona jurídica.

Las "obligaciones" y los "derechos" por supuesto no se pueden ver, ni medir ni comprobar por ninguno de los métodos usados por las ciencias naturales, exactas o sociales actuantes en el campo del tiempo y del espacio. Naturalmente, la sociología y las otras disciplinas que dependen de ella pueden analizar con sus métodos y criterios propios las maneras como se llevan a cabo las relaciones jurídicas, por ejemplo, medir los porcentajes de cumplimiento voluntario y forzado de las normas jurídicas y los motivos de que éstos se den en una determinada forma, y en base a estos estudios pueden tratar de prever, o sea establecer leyes, sobre cuál será la evolución de la aplicación de las normas y hasta sus propios contenidos. Esta sería la fundamental contribución de una sociología de lo jurídico, e indudablemente aportaría elementos valiosos para esclarecer ciertos puntos de la Teoría General de la Ciencia del Derecho, el sentido del análisis dogmático, forma que hasta ahora revisten los estudios del derecho, tiene su razón de ser y puede coexistir con la investigación sociológica. Las normas jurídicas son la forma utilizada en nuestra organización social para explicar y determinar la particular vinculación existente entre la conducta de varias personas en un momento dado, que la misma norma señala, y el análisis dogmático de las mismas es valedero como método científico, al igual y con las mismas limitaciones de los métodos deductivos en general, pues si bien no descubre algo nuevo en sentido propio, pone de relieve, fija el contorno, da precisión a los contenidos singulares de la norma analizada, los que son explicitados y conocidos en forma cierta, siendo esto un elemento necesario en el proceso de aplicación de la norma general.

El carácter de imperativo independiente que Olivecrona atribuye a la norma jurídica, imperativo desvinculado totalmente de la voluntad de cualquier clase de persona real o de ficción, no está tan alejado de la normatividad del "deber ser", como parecería pensar el autor sueco, si consideramos a ésta objetivamente sin los caracteres casi místicos que se le han atribuido.

El concepto de imperativo independiente que plantea el jurista sueco se encuentra desvinculado de la capacidad de sugestión que sería su origen, y en que consiste la nota distintiva y esencial de todo imperativo, la que explicaría el acatamiento que logra, siendo, por otra parte, el punto en que se conecta con el problema de la vigencia de la norma.

Así, según lo dicho por Olivecrona, el proceso de sanción y promulgación de la ley no es sino la forma en que se marca lo que hasta ese entonces era un simple proyecto con la correspondiente señal imperativa, la que le otorga la fuerza de sugestión que lleva a los súbditos a obedecer la ley. Pero no se explica cómo recibiendo todas las leyes por igual la misma señal imperativa, unas consiguen esa fuerza de sugestión y son acatadas, o como también podríamos decir entran en vigencia, y en cambio las otras, necesariamente dotadas de la misma señal, no consiguen ser acatadas, o sea no son vigentes; o también cómo luego de un tiempo pierden esa vigencia, a pesar de que la señal imperativa no ha sido modificada. Sin embargo, de la obra del maestro sueco se desprende claramente que considera que toda ley sancionada con el procedimiento legal constitucional tiene el carácter de imperativo independiente, a pesar de que para seguir coherente en su posición debería verificar previamente si dicha ley ha adquirido el grado de sugestión necesario para poderla considerar como que realmente es un imperativo independiente. Es decir, que siguiendo de modo estricto el criterio de Olivecrona, sería necesario ante la sanción de cada nueva ley un trabajo de análisis empírico para determinar el grado de aceptación de la nueva norma, estableciendo así —a posteriori— la presencia del carácter imperativo, luego de lo cual recién podríamos hablar de la presencia de una ley. Pero Olivecrona no hace esto, ni siquiera lo intenta; en consecuencia, nos acercamos al concepto de la ley como "obligatoria" el que se había querido evadir, a lo que se ve arrastrado por la fuerza misma de los hechos.

El jurista se ve obligado a considerar toda norma como existente, una vez cumplido el proceso de su nacimiento, que ha adquirido en nuestras sociedades caracteres fundamentales formales, como el mismo Olivecrona se ve forzado a reconocer. Esto es así porque para su análisis no toma, ni puede tomar en cuenta —al menos en un principio—, el problema del grado de efectividad de esa nueva norma, efectividad que sí se encuentra en conexión con el grado de sugestión y acatamiento. El jurista forma cuadros de conductas posibles, permitidas o prohibidas, y necesariamente toda nueva norma debe entrar a formar parte de esos cuadros, pues ella constituye la prohibición o la permisón. Solamente en los supuestos en que la reiterada realización de conductas contrarias a lo establecido en la ley no provoque las con-

secuencias que la misma prevé puede permitirse eliminar a dicha ley de sus cuadros de conductas posibles.

Es por esto que la sanción de una ley no le atribuye ninguna mágica obligatoriedad, sino que introduce un elemento más en el cuadro de las conductas humanas, elemento al que es necesario presuponer como activo y obrante, es decir, como "obligatorio", hasta que se compruebe fehacientemente que no alcanza ningún efecto y puede dejar de tenerse en cuenta. Esto y no otra cosa es lo que hacen los juristas cuando consideran "obligatorias" a las leyes una vez que son debidamente sancionadas, y es esto mismo lo que hace Olivecrona cuando les atribuye un imperativo independiente a partir del momento de la sanción y promulgación, sin aguardar a comprobar su real eficacia.

Es de este mismo modo que se forma el derecho consuetudinario; en este supuesto no existe ningún procedimiento de tipo formal, pero la repetición sucesiva de conductas, unida a la consideración de su necesidad y conveniencia como modos reguladores de conducta por el medio social donde éstos se desenvuelven (*invenerata consuetudo* y *opinionis necessitas* de los clásicos), es lo que lleva a los juristas a considerarlas como integrantes de los cuadros reguladores de conducta y, en consecuencia, de carácter obligatorio para los comportamientos futuros. Es por esta misma vía que la jurisprudencia —interpretado el término en el sentido de conjunto de fallos judiciales— tiene el valor de producir normas generales de derecho, ya que los juristas se ven obligados a tomar en cuenta las decisiones de la magistratura judicial sobre casos pasados como seguros indicios de lo que resolverán en el futuro sobre casos análogos, pasando a integrar así estas resoluciones el esquema que tienen en cuenta los hombres al decidir sus conductas.

La circunstancia de que luego de los recaudos correspondientes, según la Constitución del Estado, quede sancionada una ley, hace nacer en todo el mundo, letrados y profanos, la razonada creencia de que sus disposiciones se aplicarán cuando queden cumplidos sus supuestos, y esta creencia es independiente del mecanismo de sanciones para hacer efectivo contra los magistrados en el caso de que no apliquen la ley cuando corresponde. Por lo tanto, una ley con respecto a la cual no se han dado aún las circunstancias que condicionan su aplicación se considera corrientemente como "obligatoria", y esto expresa la creencia —fundada en diversidad de factores— de que llegado el momento correspondiente será aplicada. De lo contrario, la convivencia humana basada en la interacción de conducta sería imposible, ya que uno de los mecanismos fundamentales de la regulación de esa interacción, el derecho, perdería su función de permitir un cierto grado de predicibilidad en la conducta ajena —entendiendo por ajena

la conducta de magistrados, funcionarios y terceros—, necesario imprescindiblemente para poder a mi vez establecer mi propia conducta.

Se ha observado correctamente que de la ley que hasta el momento no ha reunido todas las condiciones de hecho que desencadenan las consecuencias que ella establece no puede decirse que sea ya una ley rígida, pues todavía no es posible establecer si llegado ese momento la ley se aplicará efectivamente; pero sí podemos decir que dicha ley tiene, y esto desde un primer momento, carácter obligatorio, pues magistrados y súbditos tienen que tenerla en cuenta al actuar, ya que establece sus posiciones recíprocas y fija los comportamientos a desarrollar en el supuesto que contempla —el que todavía no se ha producido— y da el sentido del obrar del súbdito, quien al infringirla comete un delito, y el del magistrado que al aplicarla cumple con su deber, siendo que está presente para ambos que llegado el momento decisivo no se aplique.

No debemos olvidar que las relaciones legales de "causa y efecto", consideradas propias de las ciencias naturales, no son en ninguna manera cualidades intrínsecas propias de los hechos que toman en cuenta. Hace tiempo que ha sido abandonada tal postura, que tenía raíces de filosofía metafísica y religiosa, hasta el punto de llegar a decirse: "Explicar causalmente fenómenos naturales no es otra cosa que ponerlos en conexión legal con otros fenómenos, conexiones cuya validez es representada de algún modo como lógicamente fundable, aunque de hecho no sea todavía fundable" (Bavink, citado por Félix Kaufman en "Metodología de las Ciencias Sociales", pág. 89). La relación "causa-efecto" no es sino la forma de explicar cómo ocurren ciertos fenómenos y obtener así, con auxilio de otros elementos, la posibilidad de prever —con alto grado de probabilidad— cómo se desenvolverán en casos análogos.

Bajo un cierto aspecto las relaciones jurídicas tienen una razón de ser —que guarda analogía —reconociendo sus fundamentales diferencias— con las de causa-efecto, en efecto, ellas son una forma dar aplicación —y tratar de determinar— a la conducta de los hombres, pero por una serie de circunstancias no podemos decir que sean de una misma índole (tal como lo establece Olivecrona, ver op. cit., pág. 7). Por supuesto que tales relaciones no pertenecen al mundo de la naturaleza, pero esto no puede significar que sean imaginarias (en el sentido en que es imaginario el centauro, por ejemplo), su realidad proviene de ser objetos del mundo cultural, que por supuesto no es susceptible de las mismas mediciones y controles que el de la naturaleza, pero que no significa esto que sea irreal ni que sea imposible estudiarlo con criterio y método científicos. Toda la actividad hu-

mana constituye el mundo de lo cultural, y las reglas que determinan su desenvolvimiento también pertenecen al mismo y son las que permiten explicarlo, es decir, pensarlo como algo racional y con sentido, algo totalmente distinto de una sucesión de hechos inconexos que sería la forma en que se nos presentaría de no usar estos instrumentos.

Dentro del total del conjunto de conducta humana conocemos la que es jurídica (así como también la que es anti-jurídica) y la podemos distinguir de la conducta no-jurídica solamente por referencia a las mismas normas jurídicas, ya que el comportamiento humano en sí no presenta diferencias, ni en sí mismo tiene sentido identificador. Así, por ejemplo, distinguimos que un hombre es propietario, inquilino o poseedor de una finca, no por los actos materiales que lleva a cabo respecto de ésta, sino por la relación en que se encuentra su conducta, y la conducta de las demás personas de su comunidad —inclusive magistrados— con los esquemas de conducta debida señalados en las respectivas normas para los supuestos de las categorías jurídicas de propietario, inquilino o poseedor.

Distinguimos a las normas jurídicas de las de otra clase por una serie de características, a veces no muy claramente establecidas, en especial la de ser obligatorias y coactivas, de la primera ya hemos hablado y la segunda no debe confundirse con la circunstancia de que el cumplimiento de la norma se halle asegurado por sanciones a ejecutar en el supuesto de que los encargados de hacerla cumplir no lo hagan.

Se nos dan con otros caracteres —además de los señalados— aunque no de índole esencial como los mencionados, así es que se expresan de modo verbal o escrito y con contenidos generalmente precisos, es decir, que tienen una expresión formalizada y los castigos y recompensas que establecen están contemplados de manera expresa y no dependen del arbitrio o capricho del sancionador. Aunque no de la esencia de la norma es trascendental para el sistema jurídico la existencia de un órgano específico encargado de decidir si la conducta real de un hombre se encuentra comprendida en el marco de lo señalado por la norma, la aparición del juez —creador de nuevas normas particulares y generales— marca en forma terminante el paso de una situación de semi-indeterminación entre la regulación de índole jurídica y la no-jurídica, a una situación en que ambas clases de normas están diferenciadas en forma definitiva. También con la progresiva complejidad de la vida social se hace común un órgano encargado de crear estas normas, hecho que si bien es de gran importancia, no hace a la esencia de las mismas.

La coactividad de las normas jurídicas deriva del hecho de que su aplicación no depende del consentimiento directo de aqué-

llos cuyas conductas regulan. Esto no se contradice ni por los sistemas democráticos en los que los súbditos participan directamente o con diversos procedimientos de control en la formación de las leyes.

Necesariamente debemos considerar a las normas como coactivas, en el sentido arriba indicado y en el de establecer sanciones, más comúnmente castigos que premios. Las posiciones que niegan el carácter sancionador de la norma jurídica parten de bases falsas, pues el hecho de que sean más numerosos los cumplimientos voluntarios que los forzados nada indica sobre la índole de la norma. El que la norma tenga un grado de sugestión que lleva a los obligados por ella a cumplirla pacíficamente no significa que las sanciones no sean de su esencia, pues de lo contrario permanecería confundida con otras expresiones que para los individuos también presentan carácter sugestivo, que inclusive puede ser de grado superior al de la norma jurídica. Por ejemplo, las órdenes o consejos de un padre —en cuanto a respetabilidad y acatamiento pacífico— se encontrarán en un punto más alto, e indudablemente tienen mayor grado de sugestión que las órdenes de un policía de tránsito relativas a la materia de su competencia, pero las segundas son reglas jurídicas, con total independencia de su posible índice de sugestión —que puede llegar a ser igual a cero—, porque su incumplimiento es condición de la aplicación de sanciones.

El hecho de que la norma jurídica sea coactiva, en el sentido de que implica la utilización de fuerza física o coerción psíquica —ésta de gran importancia y no debidamente considerada aún— no significa que el derecho sea fuerza. La fuerza en su sentido físico y sus diversas modalidades psíquicas pueden ser poseídas dentro de una sociedad por muy diversas personas o grupos de personas, pero el derecho es la organización del uso de esa fuerza dentro de esa sociedad, con el asentimiento expreso, tácito o forzado de la misma, y por lo tanto no es la fuerza en sí.

Evidentemente los actos de fuerza tienen suma importancia ya que la organización de la misma, o sea el orden jurídico, se puede cambiar por el procedimiento que está establecido por él o de otra forma, de manera violenta o no. Es de importancia destacar que las "revoluciones jurídicas" no van, necesariamente, unidas al uso de la fuerza física, sino mucho más comúnmente a un acatamiento pacífico por parte de los súbditos de la nueva regulación, que utiliza en su favor la establecida coacción psíquica del aparato jurídico. Al respecto piénsese en todos los cambios operados en la distribución de funciones de los órganos del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la actividad económica

propia de éste y de los particulares, de los que hay abundantes ejemplos en la historia contemporánea, atribución de funciones no contemplada, y a veces prohibida por la Constitución. Todo uso de la violencia en contra de la "organización del uso de la fuerza" cuando tiene éxito constituye una revolución jurídica. Pero no toda "revolución jurídica" implica necesariamente el uso de tal violencia.

REFLEXIONES SOBRE LOS GRUPOS DE PRESIÓN *

Por

OCTAVIO D. AMADEO

ESQUEMA. I. Introducción. II. Concepto y terminología. III. ¿Constituyen en los grupos de presión un fenómeno nuevo? IV. Causas que retardaron el interés por el estudio de los grupos de presión. V. Medios utilizados por los grupos de presión para ejercer su influencia. VI. Grupos de presión y partidos políticos. Su distinción. VII. Relaciones entre los grupos de presión y los partidos políticos. VIII. Los grupos de presión en la Argentina. IX. Conclusión.

I. — INTRODUCCIÓN.

Los estudiosos norteamericanos, atentos a todo fenómeno que pueda poner en peligro la delicada estructura de su régimen político, se preocupan, desde hace ya algún tiempo, por los que han dado en denominar "pressure groups", esto es, "grupos de presión". La inquietud de los americanos se ha transmitido a los especialistas europeos, indicando esta difusión que el problema reviste cierta magnitud y que puede presentarse en todo país de organización democrático-liberal ¹.

La República Argentina hace muchos años que no vive satisfactoriamente el juego de las instituciones democráticas que fue impulsada a adoptar, desde el origen de su historia, por la vocación humanista de su pueblo. Es por ello que últimamente la ciencia política argentina, preocupada por las prolongadas discordancias y fricciones que se observan entre el "país legal" y el "país real", ha advertido la necesidad de intensificar los estudios necesarios a fin de conocer las causas de la escisión. Se podrá acometer, así, la urgente y patriótica tarea de continuar perfeccionando el régimen político recibido de nuestros mayores.

II. — CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.

El grupo de presión podría definirse como "La organización que, promoviendo intereses particulares o generales, procura determinar en ese sentido las decisiones del gobierno (acepción am-

* Este trabajo obtuvo el primer premio del concurso organizado por *Lecciones y Ensayos* como adhesión al Sesquicentenario de Mayo.

¹ Dumas, en su artículo *Grupos de presión y grupos de interés*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año II, n.º 3, pág. 78, nota 3, cita obras sobre los grupos de presión publicadas en Alemania, Australia, Japón y Suecia.

pila), ya sea en forma directa mediante la acción sobre funcionarios, legisladores o jueces; ya sea indirectamente, intentando influir sobre los partidos u orientar la opinión pública".

En realidad, dado que la teoría de estas entidades colectivas se encuentra en pleno desarrollo, algunos autores emplean asimismo la designación "grupos de interés" para individualizarlas. Por lo general, los anglosajones utilizan con preferencia la terminología de nuestra definición, mientras que en Francia, Italia y otros países europeos se inclinan por esta segunda nomenclatura. Hay otros especialistas que no hacen diferencia alguna y emplean, por lo tanto, indistintamente, ambas denominaciones³.

Con relación a esta imprecisión en los nombres es conveniente decir algunas palabras. Como a toda ciencia, y con mayor razón cuando se trata de una cultural, a la ciencia política le es fundamental un cuidado minucioso en el uso de los vocablos técnicos. Para decirlo con frase de Lisandro Segovia⁴: "la inexactitud de las palabras conduce con harta frecuencia a la inexactitud de las ideas". No es necesario, aquí, dar ejemplos para comprobar los innumerables casos en que se han utilizado en la ciencia política términos susceptibles de evocar, en quienes los leen o los oyen, diversas realidades. El concepto que en un momento dado emplea negligentemente un hombre de ciencia, es, pasado un tiempo, la expresión equívoca que facilita las polémicas. Se ha convertido, por falta de claridad, en algo así como una cápsula apta para encerrar múltiples y protelicos contenidos. Por ello, debe constituir una auténtica aspiración de la ciencia política argentina la elaboración de un lenguaje técnico uniforme, de manera de evitar discusiones ociosas o interesadas, derivadas de la diversa valoración de las palabras, sin que existan reales discrepancias conceptuales.

Volviendo al tema concreto, debemos señalar que, en nuestro país, el Dr. Linares Quintana⁵ ha sugerido que se distinga entre "grupos de presión" y "grupos de interés". Sólo los primeros responderían a la idea, general trazada al comienzo de este capítulo. En cambio, grupos de interés serían, para el citado profesor, "las agrupaciones de individuos formadas en torno a intereses particulares comunes, cuya defensa constituye la finalidad sustancial de la asociación". Sólo "...cuando dichos grupos prestan, en defensa de tales intereses... se convierten en grupos de presión". Añade aún que "los grupos de presión son siem-

³ V. la nota de SEGURRO V. LINARES QUINTANA: *La doctrina de la Corte Suprema sobre el campo de la libertad y los grupos de interés y de presión*, en diario "La Ley" del 30 de diciembre de 1938, pág. 2. Tratado de la ciencia del derecho constitucional, t. VII, pág. 692.

⁴ El Código Civil de la República Argentina, t. I, Introducción.

⁵ SEGURRO V. LINARES QUINTANA, op. cit. en nota 3.

pre grupos de interés, pero no todos los grupos de interés son de presión*.

La distinción propuesta por el Dr. Linares Quintana, en el sentido de que no se empleen ambos términos como sinónimos, parece acertada. En efecto, la expresión "grupos de presión" permite destacar con mayor énfasis el aspecto que aquí interesa de la actividad de estas organizaciones. La denominación "grupos de interés", por el contrario, resulta demasiado amplia e impide advertir claramente cuál es la vinculación entre la realidad que el concepto deslinda y el objeto de la ciencia política. Romero expresa al respecto: "Preferimos la de "grupos de presión" a la de "grupos de interés", porque interesan a la ciencia política en cuanto su característica fundamental es influir en las decisiones del poder. . . ."

Todas las agrupaciones sociales constituyen grupos de presión, en potencia.⁶ Las asociaciones profesionales, culturales, religiosas, etcétera, se crean generalmente para cumplir los fines específicos que establecen sus estatutos, entre los que, lógicamente, casi nunca se menciona un propósito particular de influir la gestión del gobierno. No obstante, muchas veces estas entidades salen de esa órbita predijada e intentan por diversos medios defender o imponer sus intereses. Es entonces cuando se convierten en grupos de presión. Con esto parece claro que "no todos los grupos de interés son de presión"; en realidad, los casos en que un grupo de interés se vuelve también de presión son excepcionales.

En cuanto a la afirmación de que "los grupos de presión son siempre grupos de interés", nos parece incompleta. En este punto es indispensable establecer una distinción.

Ya se ha visto que algunos grupos de interés se transforman, a veces, en grupos de presión. Pero hay organizaciones que antes de haber ejecutado algún tipo de presión, muy difícilmente podrían haber sido rotuladas "grupos de interés", aunque esta expresión no tenga —como sostiene Meynaud⁷—, "necesariamente,

* Cf. Juan Enrique Romero, *Nuevos factores reales de Poder: Los grupos de presión*, Córdoba, 1958, pág. 21. Por ese mismo argumento afirmamos que la Corte Suprema, en el fallo "Samuel Ker, S.R.L., hábeas corpus" (5/9/56), no ha entendido, en realidad, a las agrupaciones que allí menciona en su calidad de grupos de presión, como lo entienden Linares Quintana ("Tratado . . .", t. VII, pág. 698) y el propio Romero ("J. A.", 1958, II, n° 7, pág. 83, *sens. doctr.*). La acción entre los órganos estatales hace a la esencia de aquéllas y, en el caso citado, la Corte sólo ha considerado a los contribuyentes que encabeza como "una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales", vale decir, no desde el punto de vista de la forma en que afectan las decisiones del poder público, sino del modo en que vulneran los derechos de los ciudadanos.

⁶ " . . . todo grupo tiene en su propia naturaleza la posibilidad de convertirse en grupo de presión". (Lévy, citado por Romero en "Nuevos factores reales . . .", pág. 17).

⁷ JEAN MEYNAUD, *Los groupes de pression en France*, pág. 21, citado por Linares Quintana, "Tratado . . .", t. VII, pág. 693.

un objeto egoísta, interesado, en el sentido en que el adjetivo expresa la preocupación por las ventajas materiales*. Si se admite —como lo hacemos— la noción que da de ellos el Dr. Linares Quintana (v. supra), resulta claro que sólo distorsionando mucho el concepto puede llegar a calificarse como tales a entidades como las iglesias, las fuerzas armadas, las asociaciones benéficas, etc. Ciertas notas especiales, que poseen en común, nos deciden a excluirlas totalmente del concepto de grupos de interés que hemos adoptado.

De inmediato es posible intuir una diferencia entre un sindicato, un colegio profesional o una sociedad comercial, verbigracia, y una orden religiosa o una sociedad de beneficencia. En el caso de estas últimas percíbese de modo claro la finalidad altruista que las mueve. Su actividad persigue, primordialmente, objetivos ultraindividuales, no buscando sus miembros tanto el beneficio propio como el ajeno. Estas entidades, cuando no se hallan desnaturalizadas, se particularizan por ser la acción de sus integrantes sacrificada o, al menos, desinteresada y ejercerse ella, en favor de la comunidad.

No obstante las características apuntadas, consideramos factible que, en determinadas circunstancias, dichas instituciones puedan llegar a actuar como grupos de presión.⁸

No sólo para obtener del gobierno medidas que beneficien un interés particular, se puede llegar a presionarlo. Puede ocurrir que se emplee ese medio con el propósito de que aquél obre de conformidad con el interés general, que podría haber descuidado. Por supuesto, puede también acontecer que el "interés general" que se pretende imponer lo sea sólo subjetivamente, es decir, que sea una interpretación equivocada del bien común que lleve a propiciar el interés de una fracción.⁹

* Escobar, *Nuevos factores...*, pág. 23, admite la actuación como grupo de presión de la Iglesia y las fuerzas armadas. Lo mismo Casan Barri, "J. A.", 1938, IV, sec. doctr., pág. 22. *Los grupos de interés y su técnica con relación al poder*, si bien con reservas.

Para dar una idea concreta del modo en que estas entidades que no son grupos de interés, pueden llegar a apartarse de su órbita específica y asumir funciones que les lleven a condicionar la gestión del gobierno, nos referiremos al caso de que informa el diario "La Prensa" de nuestro país, en su edición del 30 de abril del año 1935. El día 28 del mismo mes y año se celebró una reunión de miembros de la Aerodinámica, que prosiguió el día 29. De la información antedicha, extraemos algunos de los principales tópicos en ella tratados. Ellos son: 1º) Preocupación por la ideología, herencia o idoneidad de ciertos funcionarios; 2º) Investigación de negociaciones; 3º) Actividades conexas; 4º) Conflictos sociales; 5º) Capitales extranjeros y, finalmente, luego de otras temas específicos de la institución; 6º) La situación económica del país. El secretario del arma, al referirse a estos problemas los consideró comprendidos en lo que calificó de política institucional, "aspecto que involucrado en las deudas que me impone la competencia en el mando superior, administración y gobierno de la Aerodinámica".

⁸ Según Cas. Francoeur (*Teoría y realidad de la organización corporativa democrática*, México, pág. 454), los grupos casi siempre pretenden identificarse con

En segundo lugar, y con respecto a la relación entre los grupos de interés y los de presión, cabe formular otra aclaración. Así como los grupos de interés no tienen especialmente por objeto interferir en las decisiones gubernamentales y, por consiguiente, no siempre los grupos de esta naturaleza se convierten en grupos de presión, existen otras agrupaciones que, desde su nacimiento, pertenecen a esta última categoría. Entre ellas, se destacan los movimientos constituidos específicamente para obtener la sanción o derogación de una ley determinada. Los casos de esta índole abundan, como que los grupos formados para alcanzar objetivos concretos y transitorios son innumerables. Pueden citarse como ejemplos, los clásicos casos de las sufragistas femeninas (League of Women Voters, originada en Inglaterra) y las ligas antialcohólicas (Anti-Saloon League, de EE. UU.). Estas últimas brindan otra muestra cabal de cómo un propósito ético o social ha conducido a la formación de un grupo de presión, sin que pueda encuadrarse a dichas entidades en la definición de grupos de interés que hemos aceptado.

III. — ¿CONSTITUYEN LOS GRUPOS DE PRESIÓN UN FENÓMENO NUEVO?

La aparición de los grupos de presión en la dinámica política no es un fenómeno nuevo. En efecto, lo que es relativamente reciente es la creación de dicho concepto y la elaboración de una teoría en base a él.¹⁸

La historia política ofrece variados e inconfundibles ejemplos de grupos de presión. Puede decirse, sin temor a errar, que la existencia de organizaciones que responden a este concepto es tan antigua como el estado mismo. La tendencia natural del ser humano a constituirse en grupos, surtiendo efectos de su comunidad

los diversos intereses que van surgiendo dentro de ésta y el poder que nace de la unión de esos intereses, no han sido más que factores diferentes que habrían de conducir por fuerza a la aparición del nombrado fenómeno.

IV. — CAUSAS QUE RETARDARON EL INTERÉS POR EL ESTUDIO DE LOS GRUPOS DE PRESIÓN.

Ha llegado el momento de que preguntemos con Burdeau: "¿Cómo es que nuestra época lo descubre (a este fenómeno) para escandalizarse?" ¿Por qué este retardo en bautizarlo y en analizarlo? Para responder fielmente a estos interrogantes tendremos que examinar, a continuación, dos motivos principales.

el interés público. Por el, la Cámara de Comercio de los E.E.U.U. sostiene que "lo que es bueno para los negocios es bueno para el país".

¹⁸ "...La expresión con que se le denomina —grupo de presión— se origina en E.E.U.U. hacia el año 1925" (R. Duran, *Grupos de presión y grupos de interés*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año II, n.º 2, pág. 77, quien toma el dato de la obra de Maynard *Les groupes de pression en France*).

a) Existen, en primer lugar, razones intelectuales. Ellas se vinculan con la gran influencia ejercida por la Filosofía de la Ilustración sobre el pensamiento político. Esta filosofía constituyó la idea rectora de la Revolución Francesa. Por la expansión que adquirió este último movimiento, por el entusiasmo de sus portavoces y por el progreso que en tantos aspectos significaron los nuevos principios, no es extraño que, corregidas o superadas muchas de sus concepciones, el pensamiento iluminista haya continuado ejerciendo una influencia preponderante sobre las doctrinas políticas.

La Filosofía de las Luces era esencialmente individualista y racionalista. Estos dos rasgos constituyeron la base del ideario político en ella inspirado. De su carácter individualista, resultó que, en su régimen institucional, fueran miradas con recelo todas las agrupaciones intermedias entre Estado e individuo.

De su tendencia racionalista, nació la idea de la constitución escrita, culminación de un orden jurídico jerarquizado. El Iluminismo tuvo una fe absoluta en la razón como ordenadora de la realidad. Creyó que era factible la planificación definitiva del acontecer político, logrando así la estabilidad de las instituciones y eliminándose para siempre la arbitrariedad. Además, como lo ha expresado García Pelayo¹¹, para esa ideología "No se trata solamente de que la constitución sea expresión de un orden, ... sino también de que ella misma es la creadora de ese orden". Esta actitud de espíritu la llevará a confundir la "sociedad ordenada" con el "orden de la sociedad"; vale decir, identificará al Estado con la constitución normativa.

El influjo de la concepción racionalista sobre los estudiosos de la política, ha trabado, durante un prolongado período, el examen detenido del modo en que funcionaban en la práctica las instituciones democráticas. Esta circunstancia ha contribuido a que se postergara la formulación de una doctrina sobre los grupos de presión. En efecto: si existía una fe incommovible en los procedimientos estrictamente intelectuales para planificar la vida entera del estado, ¿cómo iba a considerarse, fuera de las formas que mediante ellos se habían estructurado (constitución normativa), la existencia de otras entidades jurídico-políticas?

Sólo al irse debilitando la limitada confianza en la razón como reguladora del caos de los acontecimientos políticos, comenzaron los autores a prestar una atención mayor a los poderes fácticos. Surgieron, así, las corrientes sociológicas, que —dejando de lado sus diversos errores— tuvieron la virtud de avivar el

¹¹ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, 1933, pág. 35.

interés de la ciencia política por las situaciones sociales concretas¹².

La tendencia sociológica sostuvo, entre otros puntos, que la constitución es principalmente una forma de *ser*, no de *debe ser*; que la norma debe adaptarse a la estructura social, y no a la inversa; y, finalmente que, con relación al Derecho, el acento debía cargarse en el momento de la vigencia y no en el de la utilidad, como lo hacía la ideología racional¹³. Estas características, permiten afirmar que la concepción sociológica preparó el terreno para el advenimiento de los estudios sobre los grupos de presión. Al respecto, es justo destacar aquí a Fernando Lassalle, representante de esa concepción. En 1862, pronunció en Berlín dos importantes conferencias políticas¹⁴. Muchas de las ideas que en éstas expuso, y que pueden parecer hoy día exageradas, se explican teniendo en cuenta las particulares circunstancias que atravesaba su país. No obstante, su denuncia de la concepción que veía en la constitución escrita una panacea universal para los males políticos y la importancia que concede a los "factores reales de poder", lo señalan como un precursor de las modernas investigaciones sobre los grupos de presión¹⁵.

b) Ha llegado el momento de analizar el otro orden de motivos, responsable de que recién en el presente siglo hicieran su aparición las primeras doctrinas orgánicas sobre los grupos. Se trata ahora de razones vinculadas, principalmente, con el desarrollo económico y social.

El gran aumento de la población mundial y el progreso alcanzado por la industria y el comercio, han ido impulsando al hombre en los últimos cien años, a constituir más y mayores

¹² Según Roserius (*Nuevos factores...*, op. cit., pág. 15), los estudios de ciencia política y de sociología sirvieron para demostrar que los partidos políticos y los grupos de presión "han configurado efectivamente el Estado contemporáneo, de suerte que la imagen estrictamente jurídica del mismo sólo puede admitirse en cuanto superestructura formal o ficción jurídica que oculta realidades distintas y condicionantes, cuyo análisis debe tenerse en cuenta".

¹³ Cfr. García Pizarro, op. cit., pág. 48.

¹⁴ Conferencias que fueron publicadas en un pequeño volumen intitulado: "¿Qué es una constitución?".

¹⁵ G. Roserius afirma que "el interés que presta la ciencia política contemporánea a los grupos de presión es la prueba de su continua preocupación de realismo. No sorprende más como indispensable la localización oficial del poder, trata de saber dónde se encuentra efectivamente radicado el poder" (Mesa redonda celebrada en el mes de setiembre de 1955, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, citado por Lineros Quintana, "Tratado...", pág. 625, nota 6085 bis). Por su parte, L. Vazari (*Introducción al derecho político*, pág. 47, citado por Lineros Quintana "Tratado...", t. VII, pág. 673, nota 6081), por su parte, ha expresado: "Ya no cabe una teoría del Derecho y del Estado sin la sociedad".

agrupaciones¹⁴. Esta tendencia ha sido facilitada, en las democracias occidentales, al admitir una amplísima libertad de asociación, modificándose notablemente, como consecuencia, las características del cuerpo social con relación a otras épocas.

La compleja organización económica obliga a la formación de grandes empresas. No se trata ya de negociantes aislados, o de intereses importantes, pero diseminados y desorganizados. El Estado halla frente a sí, no a individuos o grupos más o menos débiles, sino a formidables colosos que aglutinan grandes intereses en su seno. Este fortalecimiento de las fuerzas sociales hace sentir, de inmediato, su influencia perturbadora sobre el poder estatal. Es a esta altura del proceso que la actividad de los grupos reclama la atención de los publicistas.

Resumiendo lo dicho en este capítulo, diremos: A pesar de que siempre han existido los llamados "grupos de presión", su estudio sistemático es relativamente reciente por dos causas: 1º) La prolongada influencia del pensamiento iluminista en la ciencia política y 2º) La moderna formación y multiplicación de las grandes empresas, que constituyen importantes fuentes de presión.

V. — MEDIOS EMPLEADOS POR LOS GRUPOS DE PRESIÓN PARA EJERCER SU INFLUENCIA.

La influencia de los grupos de presión sobre los órganos del gobierno se ejerce de dos maneras, como se ha establecido al definirlas: directa e indirectamente¹⁵.

Los procedimientos directos son aquellos cuya acción recae, de un modo inmediato, sobre los mismos gobernantes, vale decir, sobre aquellas personas que, por el cargo que desempeñan, tienen una intervención esencial en la formación de las decisiones de cada Poder.

Los medios que se han empleado para presionar en forma directa la actuación de los miembros del gobierno, han sido múltiples. Entre ellos pueden citarse: las entrevistas, las cartas, los

¹⁴ En los Estados Unidos, para dar un ejemplo, existen actualmente, en cifras redondas: 12,000 asociaciones comerciales, 4,000 cámaras de comercio, 70,000 sindicatos obreros, 100,000 clubes de mujeres y muchos grupos de otro índole. La "National Association of Manufacturers", el grupo industrial más poderoso, reúne 10,000 compañías que producen cerca del 85 % del total de los artículos que se fabrican en ese país. Hay sindicatos obreros, como la "American Federation of Labor" (A.F.L.) o el "Committee for Industrial Organization" (C.I.O.) que —aunque sus dirigentes— disponen de unos 25,000,000 de votos en las elecciones nacionales. Recientemente otros sindicatos laborales decidieron dar su apoyo al candidato presidencial demócrata, señor John F. Kennedy.

¹⁵ Devesova (citado por Linarez Quintana, op. cit., pág. 205) habla de grupos de presión directa cuando intervienen directamente sobre las personalidades que ejercen el poder y grupos de presión indirecta, que influyen sobre la opinión pública para que ella opere sobre el gobierno.

petitorios, las conversaciones informales, las conocidas "recomendaciones" y presentaciones de personas influyentes; las sutiles presiones sociales: bailes, comidas, recepciones, homenajes y agasajos en general. Otros procedimientos menos frecuentes y casi siempre inmorales o ilícitos son: las entregas de dinero, regalos, acciones de sociedades u otros beneficios económicos; pueden agregarse también métodos de otro orden, como el empleo de los "Palacios de los Placeres", que escandalizaron en su época a la opinión pública norteamericana.

La historia de las instituciones democráticas revela que los tres poderes del gobierno han sufrido las presiones de los grupos que querían imponer su voluntad. Casos de corrupción y de cohecho se han registrado, asimismo, en las tres ramas. Pero es posible afirmar que dichas presiones han sido más frecuentes, exitosas y de consecuencias más graves cuando ejercidas sobre los legisladores.

La indignación que el conocimiento de los manejos secretos de los grupos provocaba en la opinión pública y el descrédito que, como consecuencia, recaía sobre los gobiernos, obligó a éstos a tomar diversas medidas. Por lo general, ellas tendieron a rodear de garantías la labor de las asambleas parlamentarias.

En Inglaterra, desde el año 1835, los peligros que ofrecía el procedimiento de sanción de los "private bills" (leyes que conceden indemnizaciones, pensiones, concesiones de servicios, etc., vale decir, aquellas con destinatarios individualizados), indujeron a modificarlo.

Estas leyes, lo mismo que las de alcance general, se estudiaban y proyectaban en las comisiones especiales de ambas cámaras. Lógicamente, las conclusiones de aquéllas respecto de los proyectos que habían examinado, tenían un gran valor, pues por lo general eran aceptadas por el respectivo cuerpo. Como consecuencia, los miembros de las comisiones referidas sufrían un verdadero asedio por parte de los interesados.

La reforma —en el caso de los "private bills"— consistió en adoptar un procedimiento semijudicial para la labor de las comisiones, y en hacer, además, de las gestiones ante ellas, una actividad reglamentada como profesión.

El sistema cuasi-judicial instaurado para la tramitación de los "private bills" es interesante. Para evitar las pujas entre los grupos o individuos que sostenían intereses opuestos y que muchas veces recurrían a medios inconfesables para obtener una decisión ventajosa, se aplicaron formas similares a las de un proceso judicial de carácter contencioso. Sus promotores y los que las objetaban debían hacerse representar por agentes profesionales o procuradores universitarios ante las comisiones, que venían a desempeñar el papel de tribunal. De este modo, se con-

siguió prevenir en gran medida el juego de las influencias deshonestas.

En los EE. UU., la actividad de los gestores parlamentarios, a que nos referiremos más adelante, se transformó asimismo en una profesión estable y reglamentada.

También en este país la facultad de legislar conferida al Congreso, puso en manos de los representantes populares el poder de afectar las fortunas y demás intereses de las asociaciones y los individuos. En distinto grado, ello ocurre con todos los cuerpos legislativos: Congreso federal, legislaturas estatales, concejos municipales, etc., lo que hizo decir a Bryce con palabras del Evangelio: "Where the body is, there will the vultures be gathered together"¹⁸ (Donde se halle el cuerpo, allí estarán los buitres reunidos). El fenómeno, sin embargo, se hizo especialmente patente a la opinión pública con relación al Congreso federal.

Durante las últimas tres décadas del siglo pasado, se produjo un gran movimiento tendiente a la fusión de las grandes empresas. Los peligros, cada día más notorios; que resultaban de los consorcios así formados decidieron al Congreso a dictar, en 1890, la ley Sherman contra los "trusts". Esta ley no tuvo mayor aplicación durante casi tres lustros. En 1897, las grandes compañías, dispuestas sus temores y aprovechando el comienzo de una era de prosperidad, reiniciaron su actividad monopolista. Por ese entonces, la mayor parte de las industrias quedaron consolidadas.

Y es en esa época —al comenzar el nuevo siglo—, que un grupo de periodistas decidió realizar investigaciones minuciosas en torno a la forma en que operaban las grandes compañías. Los artículos y libros en que informaron al público de los resultados de esta labor provocaron considerable agitación: quedaron al descubierto las actividades irregulares y el "lobbying" corruptor que practicaban consorcios como los del acero, los ferrocarriles, el petróleo y la industria de las conservas, entre otros. No obstante que Teodoro Roosevelt calificó a aquellos periodistas con el mote de "muckrakers" (colectores de estiércol)¹⁹, es indudable que su acción fue realmente benéfica para su país. Merced a las investigaciones se supo que había empresas que compraban las conciencias de los legisladores débiles o inescrupulosos, empleándolos así para la realización de sus propósitos. Se acusó, entonces, a los partidos de ser "instrumentos de inte-

¹⁸ James Bryce, *The American Constitution*, Nueva York, 1915, Apéndice del tomo I, nota (B) al capítulo XVI, pág. 681.

¹⁹ Según relató Roosevelt, el apodo se le ocurrió al recordar al hombre que, en Pilgrim's Progress, de Bunyan, ramonea el estiércol, y que, por estar tan aburrido buscando basura, perdió una corona en el cielo.

reses corrompidos"; se habló de un "gobierno invisible" y de una "tercera cámara"; se dijo de uno de los caudillos del Senado que era "el primer servidor de la Riqueza en ese cuerpo" y que "tenía 15 años de experiencia en legislar para que el fruto del trabajo de muchos entrara en los bolsillos de unos pocos"; en fin, se hizo carne en el espíritu público que el Congreso, poder democrático por excelencia, no servía exclusivamente a los intereses generales.

Desde hacía un tiempo a todos los grupos o individuos que intentaban, por sí mismos o a través de otro, promover u oponerse a la sanción de una ley determinada, se los denominaba "lobbies". "Lobbyist" era la designación que se empleaba, por lo general, para referirse al intermediario. El origen de la palabra es curioso. "Lobby" era el nombre que se daba a los salones y corredores principales de los recintos legislativos, es decir, las partes donde el público puede tener contacto con los senadores y representantes. En realidad, el término y la actividad que él definía no implicaban necesariamente una conducta repudiable, pero lentamente se produjo una deformación de su significado. Es por ello que, en su acepción figurada, comprendía no sólo el intento de influenciar a los legisladores dentro del recinto del Congreso, sino fuera de él; además, se comenzó a usar, principalmente, en sentido peyorativo²⁶. Esto último se explica si se lo relaciona con las actividades perniciosas de muchas empresas, como las que se han descrito más arriba, y si a ello se suma el secreto y la falta de responsabilidad que caracterizaban el desempeño de los "lobbyists".

El "lobbying", poco a poco, se transformó para muchas personas en un medio de vida regular. Si bien la legislación federal aún no lo había reconocido como profesión reglamentada, en la práctica se había convertido en una actividad rentada y permanente. La tarea de impulsar u obstaculizar una determinada ley por medio de estos agentes especializados se hizo tan necesaria, que circulaban graciosas anécdotas al respecto. Se decía, por ejemplo, que un fabricante de quinina, proponiéndose evitar que se modificaran las tasas fijadas para esa droga, contrató un agente a fin de que vigilara durante todo el período de sesiones a la comisión respectiva. El último día de sesiones, el gestor, estimando que el peligro había pasado, se fue a su casa. Al rato de haberse marchado, la comisión decidió recomendar una modificación del impuesto, cediendo al influjo de alguno que había estado esperando su oportunidad.

Dentro del mismo oficio, se fueron constituyendo diferentes

²⁶ Bayes, *ibidem*, pág. 491, expresa: "...it is commonly used in what Beaumont calls a 'diagnostic sense'".

especialidades. Había "lobbyists" que se dedicaban a gestionar, preferentemente, leyes sobre pensiones, ferrocarriles, indemnizaciones por daños de guerra, edificios públicos, bancos, minas, etc. Un autor, para dar una idea de la variedad de estas especialidades, cuenta que había también "lobbyists" artísticos, cuya misión consistía en hacerle adquirir al Congreso malos cuadros y peores esculturas; y agrega, con sorna, que muchas veces lo conseguían.

Todo este proceso que hemos relatado, fue encarado de distintas maneras por el gobierno. La tendencia monopolista de las grandes compañías fue combatida enérgicamente a partir de la presidencia de Teodoro Roosevelt. Éste, que había aplicado un calificativo burlesco a los periodistas, fue a su vez tildado por los monopolios perseguidos, de "socialista" y "revolucionario furioso".

En cuanto al desarrollo creciente del "lobbying" ilícito, se tomaron diversas medidas represivas. Los estados y el Gobierno Federal sancionaron severas leyes que castigaban el soborno tendiente a influir la acción de los legisladores. Ya la Constitución del Estado de Nueva York, mediante la reforma de 1874, había incluido en su texto rigurosas disposiciones al respecto. A ésta, la siguieron las constituciones de Dakota del Norte, Montana, Wyoming, etc.

Con relación al "lobbying", algunos estados llegaron a prohibirlo terminantemente: California calificó como " felonía " dicha actividad, mientras que Georgia la consideraba " crimen " (crime). Otros estados, tales como Nueva York, Missouri y Massachusetts, reglamentaron el "lobbying", buscando de ese modo controlar este tipo de gestión.

En el ámbito federal, durante muchos años fracasaron todos los intentos de establecer una legislación reglamentadora. Recién en el año 1946 se dictó la Federal Regulation of Lobbying Act (forma parte, como Título III, de la Legislative Reorganization Act, sancionada el 2 de agosto de 1946). Esta ley, en su art. 307, define al "lobbyist" como toda persona individual o colectiva que "directa o indirectamente, solicite, recaude o reciba dinero o cualquier otra cosa de valor, para ser usada principalmente en ayudar al cumplimiento de cualquiera de los siguientes objetivos: a) la aprobación o desaprobación de cualquiera legislación por el Congreso de los EE. UU.; b) influir directa o indirectamente la aprobación o desaprobación de cualquiera legislación por el Congreso de los EE. UU." Dichas personas deben inscribirse en un Registro especial que llevan los secretarios de ambas cámaras, declarando los nombres y direcciones de sus empleadores, y el salario y los vísticos que perciben, a partir de los 500 dólares. Asimismo, deben declarar, al fin de cada trimestre, las sumas

de dinero que han recibido o pagado durante ese término para influir la acción legislativa, y suministrar el nombre de las publicaciones en las que han hecho aparecer artículos especiales. La ley no comprende a todo aquel que realice gestiones, sino a los grupos o individuos que reciben una remuneración por esa tarea. Como detalle interesante, se puede señalar que se establece también la inscripción de los "lobbyists" que actúan al servicio de naciones extranjeras, ya sea el agente norteamericano o foráneo.

Como se puede apreciar, esta regulación del "lobbying" constituye un gran esfuerzo por sacar de las sombras y a la vez asignar responsabilidad a este instrumento de los influentes. Frente a una realidad imposible de desconocer o suprimir, se optó por procurar encauzarla. De este modo, se admitió al "lobbyist" en su carácter de representante legal de los intereses, identificándolo ante el gobierno y el público. Esta transformación es la que algunos autores designan como el paso del "viejo" al "nuevo lobby" ²¹.

Con esto, finalizamos nuestra reseña de los medios directos de presión y de algunos de los recursos ideados para conjurar sus peligros. Pasamos ahora a los procedimientos indirectos, que en las auténticas democracias son tanto o más importantes que los otros.

La presión indirecta sobre los gobernantes es la que se ejerce a través de los partidos políticos o de la opinión pública. Ella es más empleada, evidentemente, en aquellos países en que la libertad de expresión es amplia y en los que, por tanto, la opinión constituye una fuerza poderosa.

La acción sobre los partidos políticos es corriente. Los modos más comunes son el apoyo económico y la promesa de un cierto caudal de votos. Con las contribuciones monetarias para propaganda proelitista o para financiar las giras de los candidatos, los grupos consiguen mantener una probable ascendencia sobre los partidos. Lo mismo ocurre con el ofrecimiento de aportar un gran número de sufragios en las elecciones más importantes. Es una forma de condicionar la política de los partidos "recompensando a los amigos y castigando a los enemigos", como acostumbraban hacerlo los sindicatos norteamericanos.

La otra forma indirecta consiste en la orientación de la opinión pública. Esto se lleva a cabo por múltiples vías. Entre ellas, las más conocidas son: el cinematógrafo, la radiofonía, los periódicos, los "affiches", los panfletos, etc. Los grupos de presión invierten a veces sumas cuantiosas para formar una opinión pú-

²¹ Cf. Enrique Héctor, *Los "grupos de presión" en Estados Unidos*, "Revista Argentina de Política", año I, n° 1, pág. 34.

blica propicia a sus proyectos. En los EE. UU. durante el período del New Deal, cuando se debatía en el Congreso una ley de regulación de las empresas de servicios públicos, éstas consiguieron, por medio de una intensa campaña de publicidad, que se enviase 200.000 telegramas contrarios a su sanción. Este esfuerzo significó a las compañías una inversión de 700.000 dólares, aproximadamente. De 1893 a 1925, se estima que la Anti-Saloon League gastó unos 87.000.000 de dólares para lograr que el gran público simpatizara con los fines que propiciaba²². Por su parte, la National Association of Manufacturers, asociación estadounidense a la que ya nos hemos referido, empleó, para combatir la política del New Deal, no sólo el cine, la radio y la televisión, sino que imprimió, además, tiras cómicas, folletos y revistas para ser distribuidas entre los escolares y los sectores profesionales.

En nuestro país, para citar un caso local, estos últimos años una entidad que promueve la libre empresa ha patrocinado, con el fin de difundir sus principios, la visita de dos renombrados economistas neoliberales: Federico von Hayek y Ludwig von Mises. Estos pronunciaron varias conferencias en las que expusieron sus ideas contrarias a todo "dirigismo" estatal e, incluso, a todo "intervencionismo" excesivo. Es posible, en consecuencia, agregar a los medios indirectos enumerados, las disertaciones a cargo de figuras prestigiosas. Sería una manera de obtener una opinión pública favorable a determinada política económica.

Con lo dicho basta para advertir la importancia de los procedimientos indirectos de presión. Los medios de información, que en sus comienzos sólo buscaban mantener enterado al público de las últimas noticias, adquieren más tarde un valor extraordinario como elementos para influir sobre el gobierno. Esta circunstancia dará origen a una verdadera lucha por el control de los centros formadores de opinión. Por ello, el tema de la opinión pública y sus problemas es esencial a la democracia moderna²³.

VI. — Grupos de presión y partidos políticos. Su distinción.

La naturaleza de los grupos de presión se aprecia mejor al confrontar a éstos con los partidos políticos. Dos notas principales los distinguen entre sí. En primer término, el partido tiene por meta el ejercicio del poder político, mientras que el grupo

²² Datos en FAULKNER, KAPLAN y HANLERT, *Vida del pueblo norteamericano*, "Fondo de Cultura Económica", México, 1944, pág. 370.

²³ Para ELMONER AZAR, (*Derecho Político*, Granada, 1954, pág. 463) el problema de la organización de la opinión pública y de su relación con el gobierno "es un tema riquísimo y aún inexplorado en muchos de sus aspectos".

sólo aspira a dirigirlo. En segundo lugar, el partido sostiene un programa político amplio, en el que se tienen en cuenta todos los grandes problemas e intereses del país; los grupos, en cambio, sólo atienden por lo general a un círculo limitado de cuestiones.

De estas características principales, se derivan otras consecuencias interesantes. La política, para el partido, es la actividad esencial: constituye la razón y el sentido de su existencia. Para el grupo, se trata sólo de un medio accidental de realizar sus propósitos. Por otra parte, el Estado democrático-liberal requiere, y por tanto admite, la acción de los partidos políticos; en tanto que la interferencia de los grupos sociales en las decisiones del gobierno no se halla prevista ni reconocida.

VII. — RELACIONES ENTRE LOS GRUPOS DE PRESIÓN Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

En realidad, una agrupación, aunque revista formalmente el carácter de partido político, puede comportarse en la práctica como grupo de presión. Esto puede ocurrir de dos maneras. En primer término, es posible que no tenga verdadero interés en llegar al gobierno y que su aspiración se reduzca meramente a influirle. Tal sería el caso, según Sturmhel²⁶, de los partidos socialistas europeos durante el período comprendido entre las dos guerras mundiales. Dichos partidos habrían obrado solamente como grupos de presión de los sindicatos obreros.

En segundo lugar, puede acontecer que aunque la agrupación aspire a ejercer el poder o a participar de él, su interés se circunscriba a un determinado núcleo de problemas. Ejemplos de esta categoría podrían ser: el "poujadismo", en Francia; el Partido Cívico Independiente argentino²⁷ y el antiguo Partido Prohibicionista norteamericano.

Es oportuno señalar que muchos partidos políticos, antes de serlo, han constituido grupos de presión. Esto ha sucedido con el citado Partido Prohibicionista, que se formó en 1872 sobre la base del movimiento que promovía la temperancia; con el Partido Laborista inglés, que se originó principalmente sobre la base de las Trade Unions; y, en nuestro país, con el recientemente creado Partido Unión de Propietarios de Inmuebles, que aglutinó asociaciones preexistentes de locadores.

²⁶ ADOLF STURMHEL, *La tragedia del movimiento obrero*, Bs. As., 1956, pág. 11.

²⁷ En la Convención Nacional de ese partido, celebrada el 28 de abril de 1953, uno de sus dirigentes expresó que la agrupación "debe abandonar toda actividad de grupo de presión y reivindicar para sí, como partido político, el planteo económico que le pertenece".

VIII. — Los grupos de presión en nuestro país.

Para cualquier observador atento resulta fácil advertir la actividad intensa que, en los últimos tiempos, desarrollaron los grupos de presión en la República Argentina. Es difícil, en cambio, por no decir imposible, tener un panorama completo de los medios que emplean. Pero quien pase revista a los números de los principales periódicos correspondientes a los últimos 3 ó 4 años, no podrá menos que sorprenderse de la elevada cantidad de solicitudes, anuncios, actos públicos, notas, declaraciones, etc. que aquéllos comentan o reproducen. Toda esta literatura es, por lo general, el producto de la acción permanente de los distintos grupos. No es fácil establecer, tampoco, hasta que punto puede ser ella indicio de otros procedimientos menos inocentes. El hecho es que existen grupos numerosos e inquietos, y que, si bien sabemos de la acción que desenvuelven tratando de dirigir la opinión pública, no estamos en condiciones de comprobar en qué medida alcanzan a afectar, mediante el conjunto de sus recursos, la política del gobierno.

Los grupos, cada vez que estiman que aquél puede adoptar una medida que lesione sus intereses, apelan de inmediato a la prensa. Así es dable apreciar que, repetidamente, los espacios de publicidad de los periódicos se dirigen a "los trabajadores", a "los poderes públicos", al "pueblo todo de la nación", etc. tratando de denunciar normas injustas u objetar modificaciones perjudiciales. En "La Prensa" del 24 de junio de 1959, por ejemplo, leemos un manifiesto de la "Comisión Coordinadora de Entidades Agropecuarias" que lleva por título: "Ante la confusión de ideas reinante". En él se señalan, en 5 puntos, las principales causas de la crisis económica, afirmándose que la solución está en la libre iniciativa.

De abril a junio de 1959 el país asistió, a través de la prensa, a una verdadera justa entre el Ministerio de Economía y Hacienda de la Provincia de Buenos Aires y diversas entidades industriales o agropecuarias. La causa principal de la puja la constituyó el nuevo Código Fiscal. De un lado se podía leer la siguiente proclama, en anuncios de media página: "La Provincia de Buenos Aires cierra el paso a nuevas fábricas"; del otro, el gobierno provincial, recurriendo a los mismos procedimientos para defenderse y a su vez atacar, publicaba: "El Código fiscal 1959 se rige por un profundo sentido social, etc.", con gráficos, estadísticas y legislación comparada.

Con esto, se ha demostrado someramente la cohesión y la energía con que actúan los grupos de presión en el país. No sólo

son fuertes, sino que tienen conciencia de ello²⁶ y desean que el estado sea dócil a su poderío.

¿Es normal este aumento de actividad en los grupos de presión? Indudablemente, no. El régimen democrático-liberal no puede impedir, so riesgo de ser infiel a sus postulados, un cierto movimiento, una cierta efervescencia de los grupos. Ello es propio del sistema. Pero existe un *máximum* que, cuando es traspasado, permite diagnosticar que hay algo que no marcha bien. En nuestro país, entendemos, se ha rebasado dicho límite. ¿Qué fallas de nuestra organización política provocan el exceso? Trataremos de analizarlo a continuación.

Donde el régimen democrático-liberal moderno funciona normalmente, el gobierno debe ser el gerente del bien común, y los partidos medios para la selección de los gobernantes y la canalización de los diversos intereses y doctrinas. Para lograr la realización del bienestar general, el primero debe procurar la armonía de todos los sectores... A los partidos políticos... por su parte... les corresponde —entre otras funciones— facilitar esa tarea. Para ello, deben agrupar y absorber en su seno las diferentes corrientes de pensamiento... interceptar... conflictos... intereses... que surgen en la comunidad²⁷. Se obtiene así, en gran medida, que los impacientes reclamos de los grandes grupos se formulen por su intermedio.

Si, en cambio, los partidos por cualquier razón no cumplen de modo eficiente esa misión, el estado puede fracasar en llevar a cabo una política que sirva al interés general. Los grupos poderosos desbordarán entonces el cauce que brindan los partidos y tratarán de imponer al gobierno sus propios designios. Estos serán muchas veces el producto de una visión estrecha de las verdaderas necesidades de la colectividad. Los grupos consideran, por lo general, que sus problemas son los más importantes y los más urgentes. Luego, si estiman que los partidos no representan debidamente sus intereses, deciden apremiar por su cuenta a los gobernantes. Resulta de esto un gran desequilibrio en la democracia. Una gran cantidad de ciudadanos queda en una situación desventajosa, pues les falta esa influencia informal. Ello llevó

²⁶ A este respecto, es interesante reproducir aquí la opinión de un dirigente de la Unión Industrial Argentina, que, luego de celebrar —junto con otros colegas— una reunión con el presidente de la Nación, expresó a los periodistas: "Es necesario que se entienda que las fuerzas empresarias son un factor de poder". Diario "La Prensa", 24 de junio de 1959.

²⁷ De Gausson (*País and Republic*, N. Y., 1951, pág. 205, citado por Linares Quintana, "Tratado...", t. VII, pág. 677, nota 6043) señala que, en E.E.U.U., "cada partido es el hecho organizarse sobre la base de los mismos componentes pluralistas: comercio, trabajo, negros, mujeres, religiosos, nacionalidad y regionalismos. En cada partido se encuentran todos sus grupos". Ello le lleva a afirmar que los partidos americanos tienden a una *neutralidad de intereses*.

al ex-presidente de los EE. UU. Harry S. Truman a decir que, en su país, sólo 15 millones de personas estaban representadas por "lobbyists", mientras que los 150 millones restantes debían confiar en que el Presidente ejerciera esa representación¹⁴.

Parece evidente, pues, que los grupos se vuelven excepcionalmente activos y vehementes cuando los partidos se revelan incapaces de ejercer con eficacia esa función de representación —y también de encauzamiento— de las fuerzas sociales. Cuando ello ocurre, las propias agrupaciones asumen la misión de los partidos e intentan dirigir o contralorear el poder político. Podría, por consiguiente, formularse el siguiente principio: "a partidos débiles, siguen grupos activos".

En nuestro país, la intensificación de las actividades de los grupos de presión parece indicar la existencia de una crisis de los partidos políticos. Esta proviene, en nuestra opinión, de tres causas fundamentales, que se relacionan: a) con la actitud del pueblo hacia los partidos políticos, b) con la propia organización de éstos y c) con el régimen de gobierno.

a) En primer lugar, es preciso reconocer que un gran número de ciudadanos ha ido perdiendo su confianza en la aptitud de los partidos para desempeñar la función que les está señalada. La razón que explica que se haya debilitado esa fe debe buscarse, primordialmente, en las alternativas políticas por las que ha debido pasar el país en los últimos tiempos. El pueblo parece hallarse desencantado de doctrinas y palabras abstractas, y desea, en cambio, proyectos de orden práctico y resultados materiales. Prefiere, por ello, participar en movimientos o agrupaciones que persiguen metas limitadas y concretas, como son los grupos, antes que apoyar la acción lenta de los partidos. Los grupos más favorecidos por esta situación resultan los económicos, ya que ellos procuran fines prácticos e inmediatos. Ya se ha visto más arriba como los propietarios de inmuebles decidieron transformar las asociaciones en que se agrupaban en un partido político que promoviera específicamente sus intereses. Es éste un detalle más que revela que los principales grupos se han lanzado a la defensa directa de sus problemas, prescindiendo de los intermediarios normales. Puede afirmarse que hoy día en nuestro país, los intereses, como factores de unión, han desplazado a las ideologías.

b) En segundo lugar, es necesario referirse a los males que aquejan a los partidos políticos en su propia estructura. En general, puede apreciarse en la mayoría de aquéllos una escasa renovación de sus dirigentes. Salvo en los partidos de creación reciente, los elencos directivos están formados por hombres que

¹⁴ E. HARRIS, *op. cit.*, pág. 16.

desde hace muchos años ocupan esas posiciones. Ello priva a muchos partidos de vigor y lozanía. La política profesional se hace rutinaria y los ciudadanos que la ejercen durante cierto tiempo van perdiendo sensibilidad para comprender a fondo muchas transformaciones. Con esto quedan retrasados con respecto a las nuevas realidades, y encaran los problemas que surgen con viejas fórmulas. Esta desubicación de los políticos hace que los partidos pierdan influencia sobre la opinión pública y, por tanto, poder de conducción. Al respecto, es útil citar la opinión de un dirigente de uno de los principales partidos argentinos²⁹: "El pronóstico pesimista se extiende en el espacio y el tiempo, porque sectores independientes que nos favorecían con su simpatía, ahora no disimulan su desilusión. No hemos logrado nuevos amigos... No influimos en el gobierno ni en las formaciones dinámicas del pueblo; no influimos en lo espiritual ni en lo económico; no influimos en las fuerzas armadas ni en la Iglesia; no influimos en las organizaciones empresarias ni en las obreras..." Esta opinión particular podría extenderse, sin temor a errar, al resto de las agrupaciones políticas.

c) Existe, por último, un problema institucional. La solución de éste podría, quizá, significar asimismo la superación de la crisis de los partidos.

Ocurre que éstos, especialmente en el orden nacional, tienen una actuación limitada en la vida política. En efecto, la participación en ella de la mayoría de los partidos va quedando reducida a los actos electorales³⁰. En los prolongados periodos que median entre comicio y comicio los que influyen eficazmente sobre los poderes públicos son los grupos de presión. Podría preguntarse: ¿por qué este extraño desequilibrio? Pues porque la mayoría de los partidos argentinos no tienen posibilidades serias de participar en el gobierno. Para que una agrupación política se conserve activa y vigorosa es imprescindible que pueda —aunque de un modo mínimo— intervenir en la elaboración de las principales decisiones de aquél. Si, en cambio, su única función consiste en terciar en épocas de elecciones —y aun esto de un modo simbólico, ya que la mayor parte no tiene una probabilidad efectiva de que triunfen sus candidatos—, su vi-

²⁹ Carta del doctor Miguel Ángel Zavala Ortiz al presidente del comité nacional de la Unión Cívica Radical del Pueblo señor Celedonio Larzábal. "La Nación", 22 de mayo de 1959.

³⁰ En la carta precitada, nota 29, se afirma: "Pero lo grave es que el radicalismo va perdiendo toda otra influencia en la vida pública, que no sea en la oportunidad electoral... Estamos renunciando a un papel más activo en la ubicación del destino nacional. Parecemos como si estuviéramos dispuestos a resignarnos a actuar en donde nos dejan las otras fuerzas dinámicas de la vida social" (El subrayado es nuestro).

talidad irá decayendo. Y sucede entonces lo que hoy pasa en nuestro país: mientras los grupos de presión, en virtud de la deficiente e incompleta representación parlamentaria, actúan necesariamente sobre el gobierno de un modo continuado, los partidos políticos vegetan durante largos períodos, despertando solamente y de manera efímera ante el estímulo electoral. Lo grave de esta situación es que, como alguien ha señalado con justeza, cada día se hace más patente que elegir de ningún modo significa necesariamente decidir.

De este ligero análisis de las causas de la crisis de los partidos argentinos, parece desprenderse por sí solo el remedio a adoptar. En realidad no es el único, pero sí el principal y más factible. Consiste en la modificación del sistema electoral de la Ley Sáenz Peña y en su reemplazo, ya sea por el de representación proporcional —previa reforma de la Constitución—, o bien, si esta enmienda no se estima oportuna, por el de las circunscripciones uninominales³⁹. Este cambio permitiría reanimar y vigorizar a los partidos. Al asignarles un mayor y más responsable contacto con los problemas del gobierno y concederles una influencia efectiva sobre sus decisiones⁴⁰, se obtendría una más completa representación de los diversos intereses y corrientes de opinión. Con esa modificación podrá lograrse, además, un alivio en la tensión de los grupos, la que se descargaría por la vía normal de los partidos reduciéndose en mayor grado sus tentativas de influir irregularmente las decisiones gubernamentales.

IX. — Conclusiones.

Conviene agregar, a la terminación de estas páginas, que el Estado no debe aplastar a los grupos sociales, so pretexto de sus posibles influencias nocivas. Cualquier intento de esta índole lo llevaría a extralimitarse en sus fines y tratar de suplantar a

³⁹ En una reciente conferencia, pronunciada en la Academia Nacional de Derecho, el doctor Juan A. González Calderón expresó, refiriéndose al sistema electoral de la Ley Sáenz Peña: "...no es el que traduce más exactamente la voluntad popular concretada en los comicios; no es el más adecuada para que todos los intereses sociales y económicos de la Nación tengan sus voceros en el cuerpo legislativo, para que sean luego expresados y promulgados en leyes oportunas y eficaces; ...ni ha satisfecho las justas aspiraciones de los partidos políticos de minoría para llevar a los cuerpos legislativos sus propios representantes". "La Prensa", 29/7/1959.

⁴⁰ J. G. BOURVIGNY (La Politique, París, 1883, pág. 318, citado por LINARES QUINTANA, "Tratado...", t. VII, pág. 385), refiriéndose a los partidos políticos, ha dicho: "Desaparecen solamente en los pueblos porcosamente indiferentes por los asuntos públicos o oprimidos por un poder violento"... "Es en los pueblos mejor dotados políticamente que en desarrollo se encuentra más adelantado...". "Son la condición y el signo de una vida política fuerte".

los grupos en las fecundas funciones que les toca desempeñar en una sociedad sana. Además, si bien "el pueblo tiene una necesidad especial del estado", pues lo defiende en sus derechos y en la mejora de sus vidas "contra el egoísmo y el particularismo de los grupos o clases privilegiadas", no es menos cierto que tiene en las organizaciones sociales uno de los mejores medios de fiscalizar los abusos del poder.

El Estado, en consecuencia, no debe excederse en su acción destinada a combatir las presiones de los grupos. Su esfuerzo debe dirigirse a lograr que los partidos constituyan los principales intermediarios entre el pueblo y el gobierno, permitiendo que la acción espontánea de los grupos corrija, dada su mayor flexibilidad, las deficiencias del sistema. Entre las medidas que pueden considerarse congruentes con el régimen democrático occidental, es útil destacar las que siguen:

1º) Represión severa de toda forma de monopolio.

2º) Legislación penal que contemple de modo completo las diversas modalidades de cohecho⁴⁸.

3º) Legislación que obligue a los medios de información a registrar minuciosamente la procedencia y el monto de las sumas percibidas con fines de propaganda⁴⁹.

4º) Reglamentación de las actividades que desempeñan los gestores remunerados, tal como se ha hecho en los EE. UU. (Esta medida quizá sea prematura en nuestro país).

5º) Procurar una organización sana y vigorosa de los partidos políticos, ampliando —en los países de sistema pluripartidista— su admisión en el poder legislativo.

6º) Establecer un procedimiento por el cual los grupos que tengan interés en una medida legislativa determinada, puedan presentar formalmente sus argumentos ante las comisiones especiales o rebatir los de un grupo contrario.

"Entre el régimen de la Cámara y el de la antecámara, me quedo con el primero". Con esta frase de Cavour, deseamos cerrar este trabajo. Valiéndonos de ella expresamos nuestra fe en el Parlamento, al que consideramos —junto con los partidos políticos— institución necesaria en toda forma estatal que se funde en la dignidad del ser humano.

⁴⁸ Los puntos 2º) y 3º) vendrían a ser los principios de "integridad" y de "publicidad" propuestos por Max Weber (*Los "pequeños grupos" en el Estado Moderno*, pág. 406, citado por Linero Quintana, "Tratado...", t. VII, pág. 313).

LA NORMA RETROACTIVA EN HANS KELSEN *

Por

HUMBERTO QUIROGA LAVIE

UBICACIÓN DEL TEMA EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. — Dentro del ajustado marco de su Teoría General, Kelsen no ha desarrollado lo suficiente el tema de las "normas retroactivas". Lo trata, ocasionalmente, al estudiar los ámbitos de validez de las normas jurídicas, uno de los distintos enfoques que hace sobre la validez y la eficacia del derecho. Allí realiza el estudio sucinto de cada ámbito de validez, sin detenerse en un análisis más profundo de cada uno.

Kelsen considera la retroactividad de la norma jurídica como un aspecto de la aplicación del derecho en el tiempo, es decir que la estudia dentro del ámbito temporal de validez de las normas.

En principio, antes de realizar el análisis de la "norma retroactiva" y previa a toda consideración de las conclusiones a que Kelsen llega sobre ella, diremos que, en esta materia, al sostener que: "Nada nos impide aplicar una norma, como esquema interpretativo o criterio de estimación, a hechos que ocurrieron antes del momento en que empezó a tener existencia"¹, aquél sale al paso a conclusiones de corte clásico, las cuales, basadas en ideologías jurídico-políticas, sostuvieron la injusticia que significaba enlazar una "sanción" a actos que no estaban prohibidos en la época de su realización.

Apoyadas en este razonamiento, dichas ideologías sustentaron la invalidez de una "norma para el pasado" y, como consecuencia de ello, la validez de las normas sólo para el futuro. Tales objeciones obviaron el carácter descriptivo que debe tener la ciencia del derecho y fundaron su alegato en juicios de valor que, como tales, son relativos; dichos juicios no contestan el interrogante de en qué consiste y cuáles son las características de una "norma retroactiva", niegan su validez por razones no científicas, pero no se ocupan de analizar la posibilidad de dicha norma.

Será, pues, el análisis de la posibilidad de la "norma retroac-

* Este trabajo obtuvo el segundo premio del concurso organizado por *Lecciones y Ensayos en homenaje al sesquicentenario de Mayo*.

¹ HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynes, Imp. Univ. de México, 1949, pág. 44.

tiva" quien nos dirá si ella es válida o no. Obvio será, a los fines de la ciencia del derecho, recurrir a argumentos ideológicos.

POSSIBLE DOBLE DESCRIPCIÓN DE LA "NORMA RETROACTIVA". DIFERENCIAS CON LA NORMA NO RETROACTIVA. — Es preciso, en primer lugar, saber qué entiende Kelsen por "norma retroactiva", vale decir, cuál es la descripción que él hace de una "norma" de ese carácter; no resulta tarea fácil contestar a este interrogante pues trata el tema de dos maneras diferentes que hacen equívoca la conclusión al respecto. En efecto, mientras por un lado Kelsen dice: "Nada nos impide aplicar una norma, como esquema interpretativo o criterio de estimación a hechos que ocurrieron antes del momento en que empezó a tener existencia"³ y más adelante agrega "aplicamos normas... válidas en nuestro tiempo a esos hechos"⁴, por otra parte afirma: "esta norma (la "norma retroactiva") es válida tanto para el sujeto que debe abstenerse del delito, como para el órgano obligado a ejecutar la sanción. Tal norma es, en relación con el particular obligado, válida para el pasado"⁵.

Los párrafos transcritos hacen posible una doble descripción de la "norma retroactiva". Por un lado dicha "norma" no haría otra cosa que enlazar una "sanción" a actos realizados con anterioridad a la creación de la misma; pero, en cambio, si se sostiene que la "norma retroactiva" "es válida para el pasado en relación con el particular obligado", ella haría algo más que enlazar una "sanción" a un acto, pues trataría de motivar la conducta del particular.

Ubicados en el último supuesto, la descripción de una "norma" del carácter de la que estamos analizando, diferiría de la que corresponde hacer si consideramos a esa "norma" desde el otro supuesto. Decir que el sujeto debe abstenerse del delito o hablar de particular obligado, significa que el enunciado de una "norma retroactiva" no difiere en absoluto del que corresponde a una no retroactiva; ambas dirían: si alguien cometiere incesto entonces debe ser prisión. Por el contrario, si consideramos a la "norma retroactiva" como un mero enlace de una "sanción" a un acto realizado antes de la existencia de esa "norma", el verbo usado en la descripción sería otro; el enunciado de una "norma" de ese tipo diría así: "si alguien cometió incesto entonces debe ser prisión".

Afirmar que Kelsen considera a la "norma retroactiva", ya en una forma ya en otra, es cuestión nada sencilla, porque al hacer él afirmaciones como las que hemos señalado, se vuelve difícil conocer con exactitud la idea que al respecto tiene. Con todo, nos

³ Loc. cit., pág. 44.

⁴ Loc. cit., pág. 45.

⁵ Loc. cit., pág. 45.

inclinamos a pensar que, para Kelsen, una "norma" de esta clase no difiere para nada de las normas no retroactivas y, en consecuencia, el enunciado que corresponde es exactamente igual al de estas. Basamos esta afirmación en las razones que pasamos a exponer:

Ante todo, al definir Kelsen el ámbito temporal de una norma sostiene que es "únicamente... el tiempo durante el cual el individuo debe observar determinada conducta"⁸, con lo cual se destaca el fin motivante de la norma jurídica; ello queda más claro aún al decir Kelsen "... las normas tienen que regular la conducta humana en todos los respectos indicados"⁹, es decir, en todas las esferas de validez allí estudiadas.

Pero, quizás se quiera sostener que esas expresiones verbales futuras son sólo utilizadas genéricamente al tratar las normas no retroactivas y que, al considerar a una "norma" que se dirige al pasado, Kelsen la enuncia de otra forma. Tal argumento se vería robustecido si observáramos que entre dichas expresiones leemos "Tal norma es... válida para el pasado"⁷ con lo cual se estaría definiendo a la "norma retroactiva" como un mero enlace de una "sanción" a un acto pretérito, puesto que la expresión "válida para el pasado" no significaría validez en el pasado.

A la norma válida en el pasado le corresponde, precisamente, un enunciado similar al de las normas válidas en el presente y en el futuro, por lo que, descartar tal clase de validez significaría descartar el enunciado semejante.

Pero las expresiones no van emitidas aisladas sino en un contexto, de forma que, a lo que leímos primero, es decir: "válida para el pasado"⁸, debe agregársele "en relación con el particular obligado"⁹, con lo cual, cambia esencialmente el sentido del concepto. Si una "norma" vale para el pasado en relación con el particular obligado, ello significa que vale en el pasado, es decir, que existe en el pasado. Ello se desprende, con toda claridad, de las propias palabras de Kelsen al definir la validez de una norma del siguiente modo: "Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia —o lo que es lo mismo— a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente aquellos cuya conducta regula"¹⁰. La validez de una "norma retroactiva" representa pues, para Kelsen, la existencia de ella en el pasado, porque al reconocerle fuerza obligatoria frente al particular, cumple con el requisito que él mismo exige para la existencia de tal norma, vale decir: "que

⁸ Loc. cit., pág. 44.

⁹ Loc. cit., pág. 44.

⁷ Loc. cit., pág. 43.

⁸ Loc. cit., pág. 43.

⁹ Loc. cit., pág. 43.

¹⁰ Loc. cit., pág. 31.

tenga fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula.

Por otra parte, y para que no quede ninguna duda de que la expresión para el pasado no tiene un significado específico, apuntaremos que Kelsen usa indistintamente, al estudiar las esferas de validez de las normas no retroactivas, las expresiones: "válidas para cierto tiempo" y "válidas en cierto tiempo"¹³, con lo cual aquella suposición queda descartada.

Hay todavía, otra razón para pensar que Kelsen no hace distinción entre el enunciado de una "norma retroactiva" y el de una no retroactiva. En efecto, al tratar la relación entre las "normas retroactivas" y la ignorancia juris, afirma que, no obstante ser realmente imposible conocer una "norma" de este tipo en el momento en que se realiza el acto, "con respecto a la posibilidad o imposibilidad de conocimiento de la ley, no existe ninguna diferencia esencial entre una ley retroactiva y muchos casos en los cuales otra no retroactiva no es ni puede ser conocida por el individuo a quien tiene que aplicarse"¹⁴. De esta forma, Kelsen no reconoce la diferencia, a nuestro juicio más esencial, entre las "normas" que estamos aquí considerando y las normas jurídicas ordinarias, cual es la posibilidad o imposibilidad de conocer uno y otro tipo de "normas".

Una "norma retroactiva" no puede ser conocida, es imposible que se conozca y ello, el mismo Kelsen lo afirma; una norma no retroactiva puede ser conocida, pero ello, y he aquí el equívoco de Kelsen, no constituye una presuntio juris et de jure, ello es una realidad; lo que el derecho presume no es la posibilidad del conocimiento de las normas, sino el conocimiento en sí de las mismas. El derecho supone que los particulares conocen todas las normas que les son dirigidas, y es en base a esta presunción que niega a la ignorancia del derecho valor como eximente de sanción. La posibilidad de que el derecho sea conocido no es una presunción, es la realidad en que se basa la misma validez del derecho, ya que la posibilidad de conocimiento existe, precisamente, desde el momento en que se crea el derecho.

Pero el argumento decisivo que quita toda duda sobre el problema que tratamos de resolver es que resultaría contradictorio en Kelsen, enunciar las "normas retroactivas" usando una expresión verbal pretérita. En todo el desarrollo del derecho como una técnica social específica, Kelsen destaca repetidas veces la función del derecho como motivador de la conducta humana. En ese sentido dice: "Es función de todo orden social el provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran

¹³ *Loc. cit.*, pág. 43.

¹⁴ *Loc. cit.*, pág. 46.

perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón repútanse útiles a la misma"¹³; y más adelante agrega: "lo que distingue al orden jurídico de todos los otros órdenes sociales es el hecho de que regula la conducta humana por medio de una técnica específica"¹⁴; vale decir que, conforme a la exposición de Kelsen, hace a la esencia de toda norma jurídica su función de motivadora de conductas. En consecuencia, como para motivar conductas es preciso que las mismas no hayan aún ocurrido, es lógico que, la norma motivadora sea enunciada en tiempos verbales futuros.

DESCRIPCIÓN DE LA "NORMA RETROACTIVA". — Con lo que llevamos dicho, hemos intentado aclarar el pensamiento de Kelsen, sobre un punto a nuestro juicio nada claro, si bien no se nos oculta que pudo ser otra la idea que al respecto tuvo. La ambigüedad del texto de la teoría general y lo incidental del tratamiento que de la materia allí se hace justifica, de todos modos, el desarrollo analítico del tema.

La descripción indistinta de las "normas retroactivas" y de las no retroactivas nos colocan frente a una ficción. En efecto, el alcance de una descripción de este tipo de la "norma retroactiva", es el de retrotraer el acto de creación de la misma, en virtud de una disposición jurídica, a un momento anterior a su creación. Dicha disposición establece que la "norma retroactiva" tendrá validez y eficacia, no sólo desde el momento de su creación hacia el futuro, sino desde determinado momento del pasado, con o sin límite en el tiempo.

De esta forma, al retrotraerse el acto de creación, la "norma" produce sus efectos desde ese momento, como si hubiera sido creada verdaderamente en fecha anterior. Tal suposición trae aparejados todos los efectos que produce una norma aplicable en el futuro, sin hacer distinción alguna entre "normas retroactivas" y no retroactivas. De ese modo, así lo expresa Kelsen, esa "norma" tiene validez en el pasado "tanto para el sujeto que debe abstenerse del delito, como para el órgano obligado a ejecutar la sanción"¹⁵; es decir que en la "norma retroactiva" hay un acto antijurídico como supuesto de la "sanción" que se le enlaza y un deber jurídico como opuesto contradictorio de ese acto antijurídico.

Esta descripción no corresponde, en verdad, a lo que acontece realmente y, por ende, representa sólo una ficción jurídica, que no presta, en este caso, la utilidad que ellas, las ficciones, suelen prestar en otros. Lo que acontece en la realidad es algo

¹³ *Loc. cit.*, pág. 13.

¹⁴ *Loc. cit.*, pág. 27.

¹⁵ *Loc. cit.*, pág. 43.

muy distinto: no se trata de suponer existente en el pasado, antes de su creación, a una norma. Las normas existen siempre en el presente, en el pasado sólo puede decirse que existieron y si tal cosa no ha ocurrido no puede determinarse esa existencia a posteriori. No nos parece posible, en consecuencia, hablar de validez de la "norma retroactiva" en el pasado o para el pasado, en el sentido que hasta ahora llevamos expuesto.

No queda otro camino que estudiar estas "normas", teniendo en cuenta el otro enunciado, vale decir, aquel que genéricamente diría: si alguien mató, entonces debe ser prisión. Es este enunciado mucho más rico en consecuencias importantes, pues él nos permite fijar el justo alcance de una "norma" de este tipo y, sobre todo, estudiar con más fundamento las afirmaciones de Kelsen ya apuntadas.

LA "NORMA RETROACTIVA" Y EL DERECHO COMO TÉCNICA SOCIAL ESPECÍFICA. — La principal consecuencia de este enunciado es que en él, el verbo usado, no pretende motivar una conducta futura en el destinatario como ocurre, por regla, en las normas no retroactivas. La conducta del súbdito ya ha sido cometida y no es posible motivar actos ya realizados que, de esta forma, quedan fuera del control de quien pretende regularlos. Un acto cometido, en cuanto fenómeno existencial, dura solamente desde que nace hasta que muere, después no nos queda más que sus resultados y el recuerdo del acto, pero no éste en sí mismo. Un acto ya realizado podrá ser objeto de calificaciones de toda índole y, entre ellas, ser considerado antijurídico, pero no quedar sujeto a una nueva motivación.

Con todo, la "norma retroactiva" no deja de regular conductas dado que determina la "sanción" que deberá aplicar el órgano a los súbditos que hubieran cometido los actos sancionados. Pero lo que Kelsen repeta esencial en una norma jurídica es la motivación de la conducta del súbdito, ello se desprende con claridad cuando afirma: "Las sanciones son establecidas por el orden jurídico para provocar cierta conducta humana que el legislador considera desahable"¹⁴. En realidad en las normas jurídicas no se puede decir que haya motivación de la conducta del órgano, para ello será preciso otra norma que sancione el incumplimiento por el órgano de lo que establece la primera norma; si no hay tal norma, el órgano estará facultado para aplicar o no la sanción. En este sentido, sí, puede decirse, que hay una regulación de la conducta del órgano, pero no una motivación o una provocación de la misma.

Algo semejante ocurre en la "norma individual" pues el enunciado de una sentencia dice: dado que Carlos Rodríguez cometió

¹⁴ *Loc. cit.*, pág. 51.

incesto, deben ser dos años y medio de prisión. Como se observa, hay aquí una mayor individualización que en la norma general pues está determinado el autor de un acto antijurídico, lo cual, por otra parte, hace que la "norma individual" no esté formulada como proposición hipotética; pero el verbo usado no difiere del contenido en la "norma retroactiva" ya que en ambos casos se usa el pretérito indefinido del indicativo, en ambos el acto ya se ha cometido y no es posible, en consecuencia, motivar en ese sentido la conducta del súbdito sino obtener el cumplimiento, presumiblemente contra la voluntad, de la "sanción" que se enlazó al acto por él cometido.

LA "SANCION" DE LA "NORMA RETROACTIVA" COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE QUE LOS ACTOS COERCITIVOS SÓLO SE PERMITEN COMO SANCIONES. — Por el mismo camino llegamos a otra conclusión no menos importante: si la conducta, por ser pasada, no está sujeta a motivación, los actos coercitivos estipulados por la llamada "norma retroactiva" no son sanciones. Afirmación de tal importancia se basa en lo expuesto por Kelsen al estudiar los actos coercitivos de los órganos administrativos, en donde, al poner un ejemplo de ellos: "el hecho de que un edificio esté por derumbarse", desconoce a las interferencias en la propiedad o en la libertad de quienes lo habitan carácter de sanción; en ese sentido sostiene: "Como las sanciones se encuentran condicionadas por una cierta conducta humana, pueden ser evitadas mediante la ejecución de la conducta contraria. Y como los actos coercitivos de que arriba hablamos no se encuentran condicionados por un comportamiento humano no pueden ser evitados por los individuos afectados"¹⁷. De lo transcrito parece desprenderse que el acto coercitivo para ser sanción debe ser condicionado por una conducta evitable y, como en la "norma retroactiva" el acto que condiciona al acto coercitivo es imposible de evitar, dicho acto no puede ser considerado como sanción, con lo cual el acto coercitivo enlazado por la "norma retroactiva" configura otra excepción a la regla de que dichos actos sólo se permiten como sanciones; regla sentada por Kelsen en relación con los actos administrativos de que hicimos mención.

Por otra parte, ese acto coercitivo no tendrá el carácter de amenaza, como lo tiene en la norma no retroactiva; él, en este caso, será impuesto lisa y llanamente a un acto ya consumado que no admite amenaza pues no se puede evitar. No se trata de que la amenaza deba ser apreciada o sufrida psicológicamente para que tenga valor, sólo es necesaria la posibilidad de ser conocida, con prescindencia de que lo sea realmente. Lo dice Kelsen de la siguiente forma: "El elemento de coerción única-

¹⁷ Loc. cit., pág. 398.

mente tiene importancia cuando forma parte del contenido de la norma jurídica, como acto estipulado por ésta y no como un proceso en la mente del individuo"¹⁸.

Pero, en las "normas retroactivas", esa posibilidad, a que hacemos referencia arriba, no existe, pues la amenaza tiende a evitar el acto considerado por el derecho como antijurídico y, en este caso, cuando se crea la norma amenazante ya el acto es inevitable. El acto coercitivo no es aquí una amenaza; tan sólo se lo enlaza a un acto por disposición del orden jurídico y es aplicado a quien realizó ese acto en consecuencia de esa misma disposición.

EL DEBER JURÍDICO EN LA "NORMA RETROACTIVA".— Con lo dicho, es del todo evidente que la "norma retroactiva" no establece un deber jurídico para el súbdito. En efecto, el deber jurídico es el opuesto contradictorio al acto antijurídico, si éste es cometer incesto, el deber jurídico será no cometerlo, por lo tanto, no puede no cometerse un acto, a los efectos del derecho, si éste se refiere a actos ya cometidos.

Asimismo, la imposibilidad de la existencia del deber jurídico se ve confirmada cuando intentamos enunciar la norma secundaria de una "norma retroactiva". Una norma secundaria dirá: no se debe cometer incesto; proposición que no es dable de realizar frente al enunciado: dado que alguien cometió incesto debe ser prisión, ya que es lógicamente imposible que una "norma" enunciada en un tiempo verbal, suponga otra cuyo verbo exprese otro tiempo. Ello porque, como dice Kelsen, "no sólo la conducta debida para escapar a la coacción, sino incluso el mismo acto coactivo, tienen que constituir el contenido de la norma"¹⁹, lo cual significa que la norma primaria es una elipsis que presupone el enunciado de la norma secundaria.

Sentada la imposibilidad de enunciar, por las razones expuestas, la norma secundaria en el caso que consideramos, no se concibe la existencia del deber jurídico desde que éste sólo es posible gracias a la descripción de la norma secundaria. En ese sentido Kelsen dice: "Sólo cuando se hace uso del concepto de norma secundaria en la presentación del derecho puede decirse que el súbdito "debe" evitar el acto antijurídico y cumplir su obligación. . . ."²⁰.

LOS CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LOS DE LA "NORMA RETROACTIVA". LA "NORMA RETROACTIVA" NO ES

¹⁸ *Loc. cit.*, pág. 30.

¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legas y Lacortera, Editorial Nacional, México, 1953, pág. 67.

²⁰ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Mayans, Imp. Univ. de México, 1949, pág. 63.

norma jurídica. — Todas las peculiaridades que hemos ido anotando sobre la "norma retroactiva", nos la presentan, sin lugar a dudas, como una "norma" diferente a las ordinarias. Más aún, un examen detenido de estas conclusiones, nos colocaría en camino de negarle a la "norma retroactiva" el carácter de norma jurídica.

No se nos oculta, empero, que tal afirmación dependerá del significado que demos a la expresión norma jurídica. Si se lo limita a la mera vinculación imputativa de dos términos, un antecedente y un consecuente (sanción) mediante el nexo "debe ser", no habrá inconveniente en aceptar el carácter jurídico de la "norma retroactiva". Pero si se descubre en la norma otras notas esenciales, tales como: que toda norma debe motivar conductas mediante una técnica específica; que el antecedente de la proposición deba ser conducta humana y que dicha conducta deba poder evitarse realizando el acto contrario; que no se concibe norma jurídica sin deber jurídico; entonces la proposición que no reúna tales requisitos no podrá ser considerada norma jurídica.

Para realizar una operación de contralor de una proposición jurídica que pretende ser norma, en este caso lo haremos con la "norma retroactiva", no dejaremos librado a nuestro criterio la exigencia de las notas esenciales de la norma jurídica, sino que nos atenderemos a las conclusiones de Kelsen sobre el particular, para luego comparar tales conclusiones con la descripción que hemos realizado de la "norma retroactiva".

Con respecto al primer aspecto señalado, es decir, el carácter motivador del derecho ya adelantamos el pensamiento kelseniano, destacando el fin motivante de las normas jurídicas. Si por definición Kelsen dice que el derecho es "la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de comportamiento contrario"²¹ es del todo evidente que la "norma retroactiva" pierde el carácter de motivadora y por ende el de norma jurídica al no poder provocar cierta conducta humana considerada como deseable.

Estrechamente vinculado con lo que acabamos de exponer encuéntrase el segundo aspecto. En efecto, al no poder motivar la conducta del súbdito, por haberse ya cometido, según lo expresa la "norma retroactiva", no es posible que el acto coercitivo enlazado pueda ser evitado por la conducta contraria. Por consiguiente, es aquí donde juega el requisito de la evitabilidad, el cual, según ya lo señalamos, está enunciado por Kelsen del siguiente modo: "Como las acciones se encuentran condicional-

²¹ Loc. cit., pág. 30.

das por una cierta conducta humana, pueden ser evitadas mediante la ejecución de la conducta contraria. Y como los actos coercitivos de que arriba hablamos (actos administrativos) no se encuentran condicionados por un comportamiento humano, no pueden ser evitados por los individuos afectados"²². De las palabras de Kelsen se desprende que si un acto coercitivo no puede ser evitado, no constituye en sí una sanción, vale decir que la proposición que lo enuncia no es una norma jurídica. Aplicando lo expuesto a la "norma retroactiva", en la cual no es posible evitar el acto coercitivo, llegamos rápidamente, dentro del pensamiento de Kelsen, a negar a dicha "norma" el carácter de norma jurídica.

En otro terreno, pero basado también, entre otras razones, en la posibilidad de evitar la sanción, fundó Soler la falta de calidad de norma jurídica de la sentencia. Dice al respecto en su obra *FE EN EL DERECHO*: "si no existe la más remota posibilidad de que se dé un acontecimiento contrario al previsto no estamos frente a una norma"²³. Este argumento se ve robustecido, a nuestro juicio, con las expresiones de Kelsen arriba citadas, por ser verdidas por el propio defensor de la teoría de que la sentencia es norma jurídica, suposición negada, precisamente, por Soler. Por otra parte, pero siempre refiriéndonos a la sentencia como norma jurídica —sentencia penal, claro está—, dichas expresiones entran en colisión con la aceptación, por parte de Kelsen, de la existencia de "normas incondicionadas". En efecto, si se acepta que el acto coercitivo que estipula una "norma incondicionada" es, por esencia, imposible de evitar y si se da por sentado que por ser imposible de evitar el acto coercitivo administrativo no es considerado sanción y, por ende, la disposición jurídica que lo establece no es norma jurídica, queda claramente evidenciada la colisión de criterios si se sostiene el carácter de norma jurídica de las "normas incondicionadas"²⁴. El tema merece un tratamiento específico, por ello baste aquí la relación ocasional que de él se ha hecho.

Retomando el análisis de los elementos de una norma jurídica y su confrontación con la "norma retroactiva", corresponde considerar el deber jurídico como elemento esencial dentro de la sistemática de Kelsen. Tal carácter del deber jurídico podría quizás ser objetado si se lo considera un concepto accesorio dentro del esquema de la norma jurídica; la accesoriedad del deber jurídico podría desprenderse, tal vez, de la accesoriedad de la

²² Loc. cit., pág. 293.

²³ *Sensu stricto* Soler, *Fe en el Derecho*, T. E. A. Buenos Aires, 1946, pág. 267.

²⁴ El estudio de la "norma incondicionada" en *Ensayos*, y su carácter de norma jurídica, verio en su *Tratado General del Derecho y del Estado*, 1949, pág. 39.

norma secundaria que es, precisamente, lo que hace posible el deber jurídico. La norma secundaria, en efecto, es considerada por Kelsen, según sus propias palabras, "superflua en una concepción estricta del derecho. Si acaso existe, está contenida en la segunda (se refiere a la norma primaria) que es la única norma jurídica genuina"²⁶.

La materia de las normas secundarias es de las que encierra gran oscuridad en la exposición de Kelsen; dicha oscuridad se ve acentuada ante manifestaciones equívocas que no determinan el verdadero significado de dicha norma. Si bien por un lado se dice que la norma secundaria es superflua y aún se duda de su existencia, por otro lado se sostiene que "sólo cuando se hace uso del concepto de norma secundaria... el derecho adquiere también, indirectamente, validez para el súbdito"²⁷. Pero, y he aquí lo importante, que una norma valga para el súbdito significa para Kelsen, la existencia misma de la norma jurídica, según lo expresa cuando dice: "Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia, o lo que es lo mismo, a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuya conducta regula"²⁸. De aquí que no nos parezca ni superflua ni accesorio la norma secundaria, aún en el caso de que se considere supuesta o eufémicamente enunciada en la norma primaria. Enunciar la norma primaria significará siempre, en cierta medida, enunciar la norma secundaria.

No podemos, en consecuencia, suponer como accesorio al deber jurídico, desde el momento que él equivale a la existencia de la norma jurídica²⁹. Tal conclusión es varias veces apuntada por Kelsen a lo largo del desarrollo de su Teoría General; citaremos otro párrafo en ese sentido a los efectos de hacer más explícita aún aquella afirmación: "Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben y que deben obedecer y aplicar las mismas normas"³⁰.

El deber jurídico, por lo tanto, debe ser posible para que una proposición tenga el carácter de norma jurídica; ello surge, con toda claridad, del texto de la Teoría General del Estado, en la cual se dice sin retaceos que "Una norma de derecho sin deber jurídico es una contradicción, porque el deber jurídico no puede ni es otra cosa que la misma norma vista desde el plano

²⁶ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. García Maynes, 1948, pág. 62.

²⁷ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. García Maynes, 1948, pág. 63.

²⁸ *Loc. cit.*, pág. 31.

²⁹ *Loc. cit.*, pág. 31.

³⁰ *Loc. cit.*, pág. 61.

de aquella cuya conducta constituye el contenido del *deber ser jurídico*"⁸⁰. Por consiguiente, de nuevo llegamos a la conclusión a que arribáramos con anterioridad: la "norma retroactiva" no es una norma jurídica dentro del pensamiento del maestro vienés.

LA "NORMA RETROACTIVA" COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA NORMA JURÍDICA. — Ahora bien, afirmar que la "norma retroactiva" no es norma jurídica, no significa que ella no pueda integrarla. La "norma retroactiva" no es norma jurídica si se la toma aisladamente, pero en el caso de que el orden jurídico sancione al órgano si no realiza el acto coercitivo previsto por aquella, dicha disposición jurídica entraría a formar parte de esa otra norma de grado superior. Sólo en ese sentido la "norma retroactiva" puede ser pensada como norma jurídica.

Concluimos así el estudio de la "norma retroactiva" en relación con la norma jurídica, quedando sólo un punto a tratar: ¿cuál es el efecto jurídico de una disposición retrospectiva aislada? El efecto jurídico de una disposición retroactiva aislada, no es ni más ni menos, que facultar a los órganos del estado para que realicen actos coercitivos sobre los súbditos en razón de haber éstos cometido determinados actos con anterioridad a la creación de dicha disposición. Tales actos coercitivos habrían estado prohibidos en caso contrario.

⁸⁰ HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. Lagos y Lazzarini, Ed. Nacional, México, 1939, pág. 80.

NOTAS Y COMENTARIOS

UNA INTRODUCCION A LA CIENCIA DE LAS FINANZAS, DEL Prof. Dr. ALIOMAR BALEEIRO

Por

JUAN CARLOS LUQUI

1. Hace tiempo que estaba en deuda con el apreciado y distinguido amigo el profesor Aliomar Baleeiro. Su INTRODUCCION A LA CIENCIA DE LAS FINANZAS no pudo merecer, como eran nuestros deseos, la inmediata atención de su lectura; circunstancias de diverso orden lo impidieron. Vayan, pues, estas primeras líneas como discreta disculpa.

El profesor Baleeiro no necesita ninguna presentación en nuestros círculos científicos vinculados al derecho y ciencia de las finanzas; su labor de publicista, de catedrático y de político nos es bien conocida. Lo consideramos como uno de los valores de mayor relieve en el campo de los estudios de la hacienda pública, no sólo por su obra de profesor si que también de legislador; a este escenario ha sabido llevar, traducidos en adecuados proyectos de leyes, los conocimientos y las conquistas que la disciplina financiera va adquiriendo en lo que corre del siglo, lo que ya es satisfactorio y digno de resaltar. No son pocos los que desde la cátedra universitaria pregonan teorías y adelantos que luego olvidan no bien llegados a la función pública. Los rectores principios de la ciencia, elaborados en la imparcial y serena tranquilidad de los claustros, muchas veces resultan poco compatibles con las fuertes presiones que los grupos, fracciones o facciones políticas imprimen a esa dinámica del quehacer político. En punto a las finanzas, esto puede observarse a diario. En nuestro autor el legislador sigue siendo el profesor; es un mérito que debe destacarse porque no es común.

Además, tiene la virtud de saber llevar a la cátedra la gran lección que, en esta disciplina le dicta la diaria observación de los hechos que traduce la actividad financiera. No es un teorizante; es un político en el exacto sentido del vocablo.

2. Al singular brillo y elegancia con que el profesor Baleiro rodea sus exposiciones orales, debe agregarse la clara precisión de su lenguaje escrito, que este libro ratifica una vez más. Aún están frescas en nuestro recuerdo aquellas felices intervenciones que tuvo en las "Primeras jornadas latinoamericanas de derecho tributario", celebradas en Montevideo el año 1956. En aquella oportunidad, como en esta obra, lo vimos en una armoniosa conjunción de jurista, político y financiero, aparte del dominio de que hizo gala sobre su palabra, su pensamiento y su auditorio. Digno representante de una raza en la que el arte de la oratoria es proverbial y de todos los tiempos, convenció y deleitó al mismo tiempo. Es que Baleiro no es simplemente un "especialista"; su amplia cultura, su gran experiencia y el ajustado concepto de una cátedra, que ejerce con sobresaliente dignidad, hacen de él un humanista, lo cual le ofrece obstáculos para quedar reducido a los estrechos márgenes de una sola disciplina, por más importante que esta sea. De ahí que en este libro, dedicado a los estudiantes, aparezca su autor en posesión de muy amplios conocimientos, no solamente de la ciencia financiera, si que también de las demás ciencias que ésta completan y perfeccionan. Por esto es que podemos desde ya decir que se trata de un verdadero texto para la enseñanza universitaria; sus lecciones sobrepasan los límites de la misma disciplina para penetrar en otros a los que la cultura universitaria obliga. Es un error creer que a los jóvenes estudiantes no hay que sacarlos a otros campos de aquellos a que, por razones de método didáctico, obliga la disciplina de que se trata. Por el contrario, las razones didácticas fuerzan, en la mayoría de los casos, a mostrar todo el escenario de actuación de los fenómenos. No hacerlo es coadyuvar a una formación muy unilateral del universitario y, de esta manera, deformar el verdadero concepto de lo universitario. Y es, precisamente en materia financiera, donde más imperioso se hace ese método, como que se trata de una disciplina que se ha tornado compleja, sea desde el punto de vista teórico como en su aplicación en la actividad financiera del Estado. Ya el financiero no puede ser un "técnico"; requiere condiciones de estadista, o por lo menos aspirar a serlo. Nuestra experiencia nos permite asegurar, con excepciones muy contadas, el desastre de los técnicos en materia financiera como económica. Esto, decir no quiere, que no deban dominarse las disciplinas, pero no pretender aplicarlas tal cual se las estudia o conforme lo enseñan los autores, algunas exponiendo sus teorías sobre estructuras sociales, políticas y culturales tan distintas como antagónicas.

3. Hacer un libro de texto no es tarea fácil, ni lo es para todos. Esto es así a causa de que un libro de texto requiere, además del conocimiento indispensable sobre la materia, cierto equilibrio didáctico con el que se nace; por cierto que el estudio metódico y disciplinado, como una conciencia práctica en la enseñanza, puede en mucho contribuir a perfeccionar las aptitudes naturales del profesor.

El público destinatario de este tipo de obras exige, en primer término, que éstas sean todo lo precisas, claras y sistemáticas posibles. En segundo término, deben guardar una unidad conceptual que sólo puede darla aquel que ha sabido decantar sus conocimientos en largas vigiliias. No se trata de exponer doctrinas o teorías, hechos históricos y reseña de leyes o fallos; todo esto es descripción, más no conduce a la formación integral del estudiante. La unidad conceptual, en un libro de texto, es demostración de honestidad intelectual. Además, estos libros deben ser guiados por la finalidad de despertar inquietudes que son, como se sabe, la semilla para formar el espíritu crítico, sin el cual no hay universitariedad que valga. No se trata de convertir a los alumnos en simples repetidores; la labor del profesor consiste en formar profesores y no sumisos esclavos del pensamiento ajeno.

En esta "Introducción" el profesor Balseiro supera en mucho todos estos requisitos, para nosotros fundamentales. Se trata de un verdadero "curso", pues que se desarrolla sobre los evidentes signos de todo un programa muy bien concebido. Lo esencial y lo fundamental; lo secundario y lo accesorio; lo incidental y lo accidental. Cada uno en su lugar, todo con inigualable claridad y envidiable precisión lexicológica, que es el arte de decir las cosas en su verdadero valor, demostración palpable que se domina el tema. Para esto no es necesario más que una cosa: exponer el pensamiento con sencillez, sin alardes de erudición libresco ni vanos esfuerzos por encontrar rebuscados vocablos, que por lo general es muestra de tontería o petulancia.

4. El autor ha cuidado detalles que algunas veces se olvidan: las citas de autores ajustada; no hay inflección. Cita lo original, sin transcripciones que muchas veces sirven sólo para aumentar el número de páginas (así es como se hacen muchos tratados?). Las citas, en no pocas, ya constituyen verdadera "psicosis". La división de los capítulos y subcapítulos, numeración de los párrafos, nos hace recordar los ya clásicos "Précis Dalloz", en los que grandes maestros enseñan. Todo el trabajo muestra ese indispensable equilibrio de cualquier obra y lo es más en la que se destina a la enseñanza. Pero, por sobre todo esto, sobresale la síntesis que el autor ha logrado. En poco menos de ochocientas páginas condensa todo lo fundamental de la ciencia financiera y del sistema

positivo actual que tiene adoptado el Brasil, sin que en nada quede perjudicada la exposición del todo, hecha con profundidad de gran maestro. Sobresale asimismo la unidad con que el autor desarrolla la obra; no hay largos paréntesis ni intercalaciones dificultosas. El lector sigue al autor sin esfuerzos ni violencias. El programa, sobre el cual se ha hecho el libro, su esquema, aflora en todo momento. Parecería que un verdadero "piano", con todas las divisiones y subdivisiones, ángulos, lados, etc., ha sido medido y pulido con toda proflijidad. Se trata de una obra madurada, bien planeada y concebida. El autor se sentó a escribir después del indispensable trabajo previo de planeamiento, lo que algunos olvidan y así es como salen libros dedicados a estudiantes que son los primeros perjudicados. Es una obra hecha con conciencia honestidad de profesor.

5. Esta disciplina se encuentra actualmente recorriendo uno de los más agudos períodos de su evolución. Ciencia de las finanzas, política financiera, economía financiera y derecho financiero aparecen hoy formando un todo orgánico y funcional. Científicamente considerado, el fenómeno financiero es un fenómeno complejo; lo forman muy distintos elementos que el "especialista" en Finanzas no puede desconocer. Complejo de circunstancias, situaciones, intereses, necesidades, en las que intervienen las ciencias más diversas para su análisis, tiene en las finanzas de hoy su razón de causa y de efecto. Cada institución o categoría financiera se ve así ligada, cuando no consubstanciada con otra de naturaleza política, jurídica, económica y social; todo esto, que es mutable por lo variable de las necesidades, intereses, circunstancias y situaciones, complica aún más el examen.

No es fácil exponer este cúmulo de elementos así entrelazados en un libro que se destina a los estudiantes que, como es obvio, no pueden encontrarse en posesión de los conocimientos necesarios de aquellas otras disciplinas. Sin embargo, el profesor Balceiro, con una exacta medida de lo que el estudiante puede "aprender y comprender", va señalando los puntos de contacto, las relaciones causales, los límites, de cada una de las instituciones o categorías financieras con las demás pertenecientes a otras ciencias. Hace una exposición completa de análisis y de síntesis; sin descuidar las partes no olvida el todo. Ni el antecedente histórico ni la referencia a la legislación positiva ha olvidado; su exposición tiene así el doble valor teórico y práctico.

Lo singular de esta obra es que esa variada, múltiple y compleja fenomenología financiera encuentra una exposición ordenada; las lecciones se van desenvolviendo dentro de una sistemática de profundo sentido pedagógico. El autor, que como sabemos además de profesor actúa intensamente en el campo político, ha se-

bado conjugar los dos aspectos que las Finanzas ofrecen al estudiante: el teórico que la ciencia muestra por razones científicas y el práctico que se materializa en la actividad financiera del Estado. Por eso la obra es rica en enseñanzas y en sugerencias; despierta interés y plantea problemas para futuros análisis.

6. En dos partes está dividida la obra: la primera la destinada al examen de las instituciones y categorías financieras; la segunda a la legislación tributaria brasileña, presupuesto y crédito público a los que explica con las necesarias referencias a la legislación comparada. El primer tomo está dividido en veinticuatro capítulos donde expone las teorías más fundamentales relacionadas con los gastos públicos y los ingresos públicos; su concepto, naturaleza, contenido, clasificaciones, etc. Ocupa lugar preferente el aspecto jurídico de la tributación, la técnica del tributo y los sistemas tributarios. En el segundo tomo, dividido en diez y nueve capítulos, trata del sistema tributario brasileño, de cada uno de los tributos que lo componen, sus particularidades y elementos esenciales. Dedicando sendos capítulos al Presupuesto y al Crédito público, considerando el estudio de ambos desde los puntos de vista político económico y jurídico. En ambos tomos el autor dedica muy especial atención al aspecto social de las finanzas, impregnando así su estudio de una orientación que no la abandona en todo el curso del trabajo. La exposición de los tributos que conforman el sistema brasileño no cae en el detallismo legislativo, es decir, en la enseñanza "práctica" de la forma de liquidación del impuesto, tarea ésta más de "prácticos" que de científicos. Ese detallismo legislativo lo explica de manera científica, es decir, en sus bases fundamentales y no en sus aspectos empíricos. Se aleja así de lo que es costumbre bastante común en muchos profesionales llamados "especialistas" del derecho tributario, cuando no pasan de ser más que prácticos en esa manualidad que ofrece la "liquidación" de algunos impuestos. Pero lo substancial, la razón de ser, esas explicaciones científicas acerca del "por qué", esas sólo se logran mediante la amplia cultura científica que nos muestra el prof. Balestro en esta introducción a la Ciencia de las Finanzas, libro de texto que puede servir de modelo.

7. Decía Ramón y Cajal que "El especialista trabaja como una larva, asentado sobre una hoja y forjándose la ilusión de que su pequeño mundo se mece aislado en el espacio; el científico general, dotado de sentido filosófico, entrepé el tallo común a muchas ramas. Pero sólo el gesto del saber a que antes aludíamos, "gozaría de la dicha y del poder de contemplar el árbol entero, esto es, la Ciencia, múltiple e infinita en sus formas, una en sus principios". El prof. Balestro, de quien varias veces hemos dicho que no es simplemente un "especialista", parecería que ha alcan-

zado a entrever el tallo común a muchas ramas. A ese verdadero poliedro que hoy constituye la ciencia financiera, a la que los nuevos requerimientos sociales, políticos y económicos la colocan en un plano tan distinto al que habían percibido los grandes maestros de fines del siglo pasado, aun cuando no pocos también supieron "entrever aquel tallo común", sería imprudente investigarlo con las armas de una disciplina. El estudio parcial del fenómeno financiero es hoy imposible; a la altura en que se encuentra esta ciencia se hace imprescindible un análisis integral; de ahí no pocas dificultades por la parcialidad de los conocimientos de los especialistas. Por lo mismo, cuando el financiero está poseído, como en el caso de nuestro autor, de sentido político, de cultura integral y, por sobre todo, formado en la actividad positiva de los hechos, sus lecciones cobran interés, importancia y autoridad.

JUAN CARLOS LOPEZ

TEXTOS

NOTA DE REMISIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL*

Buenos Aires, junio 21 de 1885.

A S. E. el señor ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor don Eduardo Costa.

Tengo la satisfacción de presentar a V. E. el primer libro del Código Civil que estoy encargado de trabajar por orden del Gobierno Nacional, el cual comprende el tratado de las personas. Esta es la parte principal y la más difícil de la legislación civil, respecto de la cual también era de toda necesidad hacer muchas e importantes reformas en las leyes que nos rigen.

Creo que el trabajo está hecho como V. E. me lo encargó, concordando los artículos de cada título con las leyes actuales y con los códigos de Europa y América, para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto.

Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resolvían antiguas y graves cuestiones entre los jurisperitos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes.

Para este trabajo, he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Secane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos, y sobre todo del Proyecto de Có-

* Publicamos estas páginas de Vélez, generalmente citadas, pero difíciles de hallar, pensando que con ello prestaremos un servicio a los lectores de la Revista. La Redacción.

digo Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos.

Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariæ, la grande obra del señor Serrigny sobre el derecho administrativo del Imperio Romano y la obra de Story *Conflict of Laws*.

En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original, nacida con la Nación, y que con ella crecía, podíamos ocurrir al derecho científico, del cual pueden ser dignos representantes los autores citados. Cuando el emperador Justiniano hubo de legislar para pueblos nuevos, después de la creación del Imperio de Oriente, formó el Digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes juriconsultos.

He creído que en un Código Civil no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que da la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos, como lo hace el Código francés y tantos otros que lo han seguido. Al emprender el trabajo que V. E. me encargó, he debido preguntarme: ¿Qué es un Código Civil? ¿Cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil? Únicamente los derechos relativos, reales o personales, que crean obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas. Los derechos absolutos, como el de libertad, elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., tienen la especialidad que sus correspondientes obligaciones afectan a toda la masa de las personalidades. Por ellos no se crea relación alguna de derecho entre los particulares, ni se induce la privación de un derecho de parte de aquellos a quienes la obligación incumbe. La obligación en tales casos es meramente de una inacción indispensable para la efectibilidad de esos derechos. Esa inacción es solamente el límite de los derechos de cada uno. Cuando, por el contrario, al derecho relativo corresponde una obligación de no hacer, la persona obligada se priva de un derecho que tenía y que voluntariamente renuncia. Por otra parte, los derechos absolutos están protegidos de toda violación por las penas del derecho criminal, y sólo por una parte accesoria pueden por su violación entrar en el cuadro de las leyes civiles, en el caso que se trate de la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho ilícito, y entonces se resuelven sólo en una prestación necesaria para satisfacer el daño.

Los derechos civiles fueron por mucho tiempo, en la legislación romana, privativos de los ciudadanos romanos, *jus quiritum*. La diferencia entre extranjeros y ciudadanos ha desaparecido, y

no hay un derecho civil para los extranjeros en contraste con el derecho civil para los ciudadanos. Los derechos políticos pertenecen a la vida política, y sólo confieren al ciudadano un derecho absoluto, la facultad de participar más o menos de las funciones públicas. No debían, pues, entrar en el Código Civil, en el conjunto de las leyes que declaran, protegen y sancionan los derechos relativos.

La muerte civil no puede tampoco comprenderse en el derecho civil. Esta expresión no se encuentra usada en el derecho romano. Es un imperfecto simulacro para privar a los hombres de los derechos de familia, del derecho de testar y del derecho a todos sus bienes, penas que no permite nuestra Constitución política que abolió la confiscación y que no se encuentran en nuestras leyes.

En otros Códigos modernos vemos seguir el ejemplo de las leyes de Indias, tratarse de capellanías, del patronato de ellas, como lo hace el Código del Perú, de las personas eclesíásticas y hasta de los religiosos y de las formas todas que han de darse a sus nuevos vínculos para causar la incapacidad legal de las personas. Pero en todo eso no hay un derecho relativo, ni real ni personal; son meramente una parte de los estatutos para fijar las condiciones de los miembros de la persona jurídica, o las relaciones del Estado con la Iglesia e instituciones piadosas, fijadas por leyes especiales, o por acuerdos con la Santa Sede.

He dejado un título que se halla en todos los Códigos: De los registros del estado civil de las personas. Por sólo una excepción en nuestra Constitución ha correspondido al Congreso dictar algunos de los Códigos, dejando el de Procedimiento a la Legislatura de los Estados. Buenos Aires tiene una buena ley sobre la materia, que yo propuse en años pasados, que podía trasladarse al Código Civil; pero esto podría estimarse como una usurpación de los derechos de Estados independientes, pues sería necesario disponer sobre los deberes de los curas, de la policía de cada pueblo y de la municipalidad de cada Estado. Debía suponer existentes esos registros, o que se crearan por las Legislaturas respectivas para llevar a efecto el Código Civil de la Nación.

He dejado también el título De la adopción. Cuando de esta materia se ocuparon los jurisconsultos franceses al formar el Código de Napoleón, reconocieron, como se ve en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en la Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque los costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero suyo era de toda necesidad aún para el entierro y funerales del

difunto. Pero el Código Romano era perfectamente lógico en sus leyes. Estas, por la adopción hacían hacer una verdadera paternidad y una verdadera filiación. Sucedia una mutación completa en la familia. El adoptado o abrogado salía de su familia, adquiría en la del adoptante todos los derechos de la agnación, es decir, sucedía no sólo al padre adoptante sino a los parientes de éste.

Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no le había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi paternidad que desde su principio hizo prever las más graves cuestiones. El adoptado, donde es admitida la adopción, no sale de su familia, queda sujeto siempre a la potestad de sus padres; no tiene parientes en la familia del adoptante y aun es excluido de la sucesión de éste al llega a tener hijos legítimos. La adopción así, está reducida a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo, institución que carece hasta de las tradiciones de la ciencia. Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más ancho campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión, que nada de real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?

El conde Portalis, en su introducción al Código Sardo, dice "que a la época de la formación del Código Francés la adopción "entraba en las miras de Napoleón, y se le hizo lugar en el Código "Civil como una de las bases de su estatuto de familia. Mas ella "fue rodeada de tantas restricciones y sometida a condiciones tan "difíciles de llenar, que fue fácil prever que, recibida con descon- "fianza, no se naturalizaría sino con mucho trabajo. La experien- "ha justificado las previsiones de los autores del Código, pues nada "es más raro que una adopción".

Tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares.

He dejado también el título: De la excusación de los tutores. Era tiempo de abandonar la falsa clasificación de la tutela como un *munus públicum*, pues que el tutor no es sino el mandatario, o del juez del domicilio que le ha encargado la guarda de un menor, o de la persona que lo ha nombrado tutor, y su oficio se regula, no por el derecho público o por el derecho administrativo, sino por las leyes civiles relativas al mandato, en lo que no esté especialmente dispuesto en el título de sus derechos y deberes. Y aunque la tutela fuese un empleo público, no es preciso que sean designadas las causas de excusación; ellas deben quedar a juicio del juez, como quedan a juicio del gobierno las causas de excusación para no admitir un empleo público, sin necesidad de que estén enumeradas en las leyes administrativas.

He suprimido igualmente el beneficio de restitución in integrum de los menores, que se halla quitado en muchos de los códigos modernos. La sociedad debe, en efecto, cuidado y protección a los incapaces de gobernar sus personas y bienes; pero no les debe privilegios, y menos privilegios de fatales consecuencias para los derechos de otras personas. Las propiedades, por otra parte, adquiridas por los menores o compradas a ellos, aunque los actos sean los más solemnes y auténticos, quedan por largos años inseguros, desde que alegándose perjuicios las más de las veces dudosos, de difícil prueba, se pueden dejar sin efecto los contratos de todo género, que sobre los bienes del menor hubieran hecho el padre o el tutor. La reacción que esta legislación trae sobre los bienes de los menores es natural, y sus efectos se sienten diariamente, pues sus bienes han venido a quedar casi fuera del comercio ordinario. Era más conveniente para los menores legislar con todo cuidado la gestión de la tutela; prever los perjuicios que a sus bienes o a sus rentas les podía traer la negligencia de los padres o la mala administración de los tutores; evitar el mal y no satisfacerse con garantías de indemnizaciones, difíciles siempre de hacer efectivas, o con remedios rescisorios de los actos de sus guardadoras, que las más de las veces no les traen sino pleitos costosos y de resultados muy dudosos.

A todos los títulos del derecho referentes a las personas, he dado una mayor extensión que la que regularmente tienen, a fin de que materias muy importantes se hallaran completamente legisladas.

Y he agregado seis o siete títulos que no se hallan en los códigos, sobre algunas materias principales del derecho, respecto de las cuales sólo se advierten algunas pocas disposiciones dispersas.

El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano, seguido en las escuelas por tantos siglos, y en muchos de los códigos, hasta en el de Chile, es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el orden del código que les sirva de base, si no han de hacer innovaciones en las doctrinas. Todo el derecho tiene por objeto las personas y las cosas, los derechos personales y los derechos reales. El primer libro de la Instituta lleva la inscripción de *jure personarum*. El segundo pasa ya a las cosas y tiene por inscripción de *Distinctione rerum et qualitate*, concluyendo con la división testamentaria. El tercero comienza por las herencias *ab intestato*, como si fuera materia distinta de la del libro anterior, y vuelve sobre los derechos personales y reales, las obligaciones y los diversos contratos. Las obligaciones que nacen de los

delitos, se ponen en el libro 4.^o destinado a las acciones, cuando las acciones no son sino el mismo derecho que se tiene sabiendo de su estado de reposo y entrando en actividad para perseguir lo que se debe, o defenderse judicialmente. Los juristas que escribieron la *Instituta* se propusieron sólo seguir el orden de los libros y títulos de las instituciones de *Gaius*.

En el Código de *Napoleón*, y en los diversos códigos que lo toman por modelo, no hay ni podría haber método alguno. Un solo artículo de un código puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composición, o hacer imposible guardar un orden cualquiera. El artículo del Código Francés que hace del título un modo de adquirir, y da a los simples contratos el efecto de transferir el dominio de las cosas, acababa con los derechos personales, que nacen de las obligaciones y de los contratos, y era imposible salir del laberinto que para el método del código creaba ese solo artículo.

En el libro tercero del Código Francés, puede decirse que se ha reunido todo el derecho bajo la inscripción: De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Las obligaciones y los contratos sólo son considerados como medios de adquirir; pero no tomando en cuenta la clasificación de los diversos derechos, se han agolpado en ese libro hasta los contratos y los actos jurídicos que no tienen por objeto la adquisición del dominio, como son el arrendamiento, el depósito y la prisión por deuda, que se hallan bajo la misma inscripción. Esto, que al parecer es falta de método, crea una mala jurisprudencia, o trae una absoluta confusión en los verdaderos principios del derecho, rompiendo la armonía de toda la legislación civil.

Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurista brasileño en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor *Freitas*, puede separarse un poco de la filiación de las ideas.

El primer libro que presento a V. E. tiene dos secciones. La primera comprende las personas en general. La segunda, los derechos personales en las relaciones civiles, es decir, toda la materia de las obligaciones, los hechos y actos jurídicos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación o extinción de los derechos, y todos los diversos contratos que dan acciones personales.

Concluido el tratado de los derechos personales, el tercer libro será destinado a las cosas, que es el segundo objeto del derecho, a los modos de adquirir el dominio, de crear y reglar todos los derechos reales.

En ese libro pueden contenerse los testamentos y herencias, porque la sucesión comprende tanto los derechos reales como los derechos personales del muerto, y como medio de adquirir, se aplica a las obligaciones como a la propiedad de las cosas. O puede ponerse separada en un cuarto libro de la vasta materia de las sucesiones.

Previendo que pueda haber supresiones o adiciones en los artículos del primer libro, cada título lleva una numeración particular, y así las que se hicieren no alterarán sino la numeración en cada título y no en toda la obra. Cuando el Código haya de publicarse con las variaciones que se le hubiesen hecho, entonces, suprimidas las citas, concordancias y notas, se pondrían todos los artículos bajo una sola numeración y se corregirían en el cuerpo de ellos las referencias que se hacen.

He dado cuenta a V. E. de mi primer trabajo y del método que observo en la composición del proyecto del Código, porque uno y otro objeto merecen el examen y la discusión de los hombres competentes.

Dios guarde al señor ministro muchos años.

DALMACIO VELKE SANFIELD.

ESCRITOS JUDICIALES

RECURSO DE QUEJA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, POR DENEGATORIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO¹

Por

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Excm. Corte.

N. N. por mí propio derecho, con domicilio constituido en la calle . . . n.º a V. E. digo:

1) Que ocurre en queja para ante V. E. en virtud de la denegatoria del recurso extraordinario resuelta por la Sala . . . de la Cámara Nacional de Apelaciones de Paz en los autos "N. N. c/ N. N." que tramita en primera instancia ante el Juzgado de Paz N.º . . .².

¹ No nos proponemos aquí crear un sistema para el recurso de queja. El propósito de los trabajos que se incluyen en esta sección de la revista ("Escritos Judiciales") es la de facilitar la tarea de quien se encuentra frente a la necesidad de iniciar determinado procedimiento judicial y, ya por no ser "de su especialidad" o por no haberlo intentado nunca, se ve constreñido a una labor personal de búsqueda, consulta y estudio, que no siempre da buenos resultados; en parte, por razón del tiempo disponible, y, en parte (como es el caso del recurso de queja), por la carencia de normas legales específicas y de sistemas doctrinarios. Los Fallos de la Corte son, en este caso, el único auxilio disponible, y a ellos nos remitiremos en las notas al presente recurso de queja, aprovechando, en todo lo posible, la ya clásica obra de Ibañeta, *El recurso extraordinario, de utilidad y autoridad indiscutida*.

² Es innecesario destacar la importancia que tiene el recurso de queja, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por denegatoria del recurso extraordinario por el tribunal superior de la causa (ver Ibañeta, *op. cit.*, págs. 252 y ss.; Sáenz de Burzaco, *Misura, El recurso de hecho en la Capital Federal, L. E. t. 39 p. 1100*; Sarrocco, José, *La ley 30*, págs. 364 y ss.; Ibañeta, *Fuencana, Los recursos en el proceso civil*, págs. 403 y ss.) desde que, en el orden nacional, la única vía legal para obtener la concesión del recurso extraordinario denegado es el recurso de queja (Fallos: 235:278; 240:188; 246:49; 250:231). El recurso de queja, de nominación también directa o de hecho, puede interponerse cuando el recurso extraordinario haya sido interpuesto ante el tribunal superior de la causa y éste lo haya denegado (Fallos: 235:287 y 675; 237:287; 243:297; 244:257; 248:108; 249:250 y 258; y otros). Sin embargo, si se conitiera aún de despachar el recurso extraordinario, la Corte Suprema podría prescindir de la resolución del tribunal apelado, para emitir la abstención, de otra manera inabordable, del ejercicio de su jurisdicción extraordinaria (doctrina de Fallos: 156:5; 178:293; 183:287; 187:411, y especialmente 233:213). No existe disposición alguna que establezca un trámite para que el Tribunal Superior de la causa admita o deniegue el recurso extraordinario, tampoco la Corte lo ha fijado, de ahí que la recebibilidad, o no, en la demora quedara a juicio de la misma Corte. Pudo ser que una demora de cuatro meses

A objeto de que V. E. confronte las fechas respectivas, señalo que la resolución recurrida de fs. . . . fue notificada con fecha 16 de agosto de 1961, que el recurso extraordinario fue deducido el 22 del mismo mes y el auto de la Cámara denegatorio del mismo es de fecha 22 de agosto³.

bastaría para considerarse como irrazonable por obstruir la jurisdicción extraordinaria.

El recurso extraordinario debe interponerse ante el superior tribunal de la causa, que es quien debe pronunciarse al respecto (Fallos: 243:46; 243:53, y otros). De ello se sigue que la denegatoria, por parte del juez de primera instancia, de la apelación extraordinaria, siendo ineficaz la interposición de la misma ante él, no da lugar a la intervención de la Corte por vía de queja (Fallos: 243:333).

El recurso de queja debe presentarse por escrito, siendo inadmisibles el telegrama (Fallos: 22:452; 193:249; 212:184; 232:107, y otros). De acuerdo con los principios procesales comunes el peticionario deberá consignar su nombre, y si fuere apoderado, mencionar la representación que invoca, declarar si ya está acreditado, o de lo contrario, acompañar el testimonio de poder o indicar el lugar donde se encuentra (Luzán-Rav, op. cit., p. 254, n° 71; Sáenzman ou Bressanowicz, op. cit., p. 1101). Debe mencionarse el domicilio concurrido (art. 6 de la ley 50). Con arreglo a la doctrina de Fallos: 212:14, corresponde notificar al recurrente por nota, pues la circunstancia de no haberse constituido domicilio en la queja, no puede ser causa para impedir el trámite legal de la causa ni para exonerar la responsabilidad por los impuestos adeudados (Fallos: 247:720). No es necesario que el apoderado del recurrente se haya inscripto en la matrícula de procuradores de la ley 10.294, cuando su personería ha sido admitida por el tribunal de la causa en el juicio principal. La solución es otra cuando se designa un nuevo apoderado para intervenir en la instancia extraordinaria (Fallos: 238:328). Para la procedencia formal del recurso resulta necesariamente contingente la presentación de copia de la sentencia recurrida, del auto de interposición del recurso y del auto de denegatoria, e cualquier otro recaudo, ya que el informe que debe elevar el inferior a requerimiento del superior es suficiente a esos efectos, todo ello, sin perjuicio de que la Corte solicite nuevos recaudos como medida para mejor proveer (Fallos: 121:407), medidas que, en todo caso no serían susceptibles de recurso alguno. El informe del inferior no puede suplirse con el envío de los autos (Fallos: 72:7; 47:277; 66:135; Acordada del 6 de abril de 1869; Luzán-Rav, op. cit., p. 256, n° 75). En las actuaciones referidas a la queja no se da intervención a la parte apelada (Fallos 111:271; 192:122; ver comentario en Luzán-Rav, op. cit., p. 257/8, n° 77).

³ El recurso debe ser interpuesto ante la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dentro de los tres días hábiles subsiguientes al de la notificación del auto denegatorio del extraordinario, computándose el plazo a partir de un día por cada siete leguas, si la denegación proviene de un tribunal radicado fuera de la Capital Federal (Ley 50, art. 231. Fallos: 113:34; 117:5; 118:11; 120:88 y 292 y 349; 131:150 y 293; 143:399; 162:320; 164:350; 179:143; 187:326; 226:516; 235:411 y 773; 246:450 y otros). El término de la notificación se rige por la ley procesal con arreglo a la cual se ha tramitado la causa y es una cuestión ajena a la jurisdicción de la Corte Suprema (Fallos: 117:5; 121:323; 192:104 y 237; 189:326 y 391, y otros). Corresponde notificar por nota la providencia denegatoria del recurso concurrido (art. 1°, inc. 4°, de la Ley 3549; Fallos: 143:399; 179:143; 228:330; 236:361; 236:320; 242:13, y otros). El término es preventivo y no se suspende por otro tipo de recursos, improcedentes, que se interpongan por ante el mismo u otros tribunales (Fallos: 126:172; 134:14 y 219; 235:119; 246:450, y otros). Es contemporánea la queja interpuesta una vez transcurrido el plazo señalado por el art. 231 de la Ley 50. La ampliación en razón de la distancia entre las estaciones ferroviarias de la Capital Federal y La Plata es de un día, por ascender de 7 leguas, pero no alcanza a 14 (70 kilómetros) (Fallos: 234:241; 235:772; 246:37; 246:163, y otros).

El presente se basa en los antecedentes que siguen:

El 30 de junio de 1960 la Cámara hizo lugar a la demanda entablada condenando a los accionados a desalojar la unidad que ocupan dentro de los diez días de notificados "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 20 de la ley 14.821", a la sazón vigente. De conformidad a la jurisprudencia plenaria del mismo tribunal que registra L. L., T. 99, p. 512, el acogimiento a los beneficios de ese art. 20 debía manifestarse antes de quedar firme la sentencia de la Cámara; pero los demandados no exteriorizaron esa decisión que, en virtud de ello, produce la caducidad de la opción.

Con arreglo a ese plenario, pues, solicité en primera instancia la ejecución de la sentencia y el libramiento de la orden de lanzamiento, pero esa petición fue rechazada por el juzgado invocando el art. 1º de la ley 15.331, sancionada el 10 de agosto de 1960, vale decir, cuando la sentencia de fs. se hallaba firme. Contra la decisión denegatoria del lanzamiento, interpuso recurso de revocatoria tachando de inconstitucional la aplicación del art. 1º de la ley 15.331 y planteando el caso federal al vulnerarse la garantía de la propiedad (art. 17 de la C. N.). A fs. y fs. de conformidad a lo dictaminado por el Agente Fiscal, se acogió esta tesis revocando el auto denegatorio y ordenando el lanzamiento. Esta última resolución de fs. fue apelada por los demandados y el tribunal a quo desestima la inconstitucionalidad y revoca el pronunciamiento del inferior, con fundamento en que "a la fecha de la sanción de la ley 15.331 no existía orden de lanzamiento" y desconoce así no solamente lo definitivamente juzgado a fs. sino también la doctrina plenaria mencionada, de aplicación obligatoria en el fuero por virtud del art. 27 del decreto ley 1285/58.

La inconstitucionalidad fue originariamente argüida respecto de la ley 15.331; esta ley ha sido derogada por la ley 15.775 pero ésta, en sus arts. 19 y 50, reproduce exactamente el sistema; por eso, todos los argumentos expuestos son aplicaciones también a la disposición vigente.

El recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de la Cámara de fs. es formalmente procedente: trátase de una decisión definitiva en los términos de la jurisprudencia de la Corte, toda vez que dirime la controversia y no es susceptible

La sola interposición del recurso de queja no tiene efectos suspensivos (los que se producen cuando el Superior concede la apelación) y no procede acordándose por la Corte Suprema si no median circunstancias excepcionales (Fallos: 193:138; 238:870). Cabe recordar, que según el art. 230 de la Ley 50, la Corte puede disponer la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida, pero si la decisión apelada fuere confirmatoria de otra favorable al apelado (art. 7º de la Ley 4953) y el interés en juego fuera patrimonial, el apelado puede pedir ejecución inmediata del fallo dando la fianza de ley.

de reparación ulterior; además se aparta de lo resuelto en sentencia firme (doctrina a contrario de Fallos: 245:433).

La cuestión federal fue correctamente introducida a fs. y oportunamente reiterada a fs.; por lo demás, la decisión que impugno a fs. se refiere específicamente a materia federal.

En el aspecto sustancial el recurso es también procedente y V. E. resolvió recientemente que la aplicación de la ley 15.331 a juicios en que como en este caso existe sentencia firme ordenando el desalojo es contraria a la garantía de la propiedad y viola el art. 27 del decreto ley 1285/38 (A. 462-III-Alonso Hermeleina P. de y otra c/ Baielli, Asunción M. de y ocupantes s/ desalojo, fallado el 11 de agosto último).

En el recurso interpuesto se ha aducido específicamente que la aplicación de la ley 15.331 y 15.775 al caso presente es contraria al art. 17 de la Constitución Nacional que garantiza la inviolabilidad de la propiedad y vulnera el art. 27 del decreto-ley 1285/38 que impone la obligatoriedad de los fallos plenarios. Por ello, hallándose en juego la interpretación de preceptos federales y habiendo sido la decisión de fs. contraria a los derechos invocados, la apelación extraordinaria es pertinente (art. 14, inc. c. ley 48).

V. E. se ha pronunciado reiteradamente en el sentido expuesto (Fallos: 239:391; 243:465; "J. A.", 1938-II, p. 132⁴).

⁴ El recurso de queja debe ser fundado en los términos del art. 15 de la Ley 48, que requieren la concreta enunciación de la cuestión federal debatida y su relación con los hechos de la causa (Fallos: 240:38 y muchos otros), si así no se hiciera, la deficiencia no queda cubierta por la presentación de los recursos usuales (Fallos: 235:376; 242:375; 430, 542, 543; 243:40 y 52; 246:321; 248:168 y 200; 250:305, y otros), ni por la remisión de los actuaciones de la causa (Fallos: 244:66; 246:168, y otros). Asimismo, la obligación de fundar el recurso extraordinario no queda cumplida cuando se funda el recurso de queja por su denegatoria, de ahí que sea improcedente la queja cuando, de los recursos acompañados a requerimiento de la Corte, resulta que el escrito en que se interpuso el recurso extraordinario, aparece totalmente desprovisto del fundamento exigido por el art. 1 de la Ley 48 (Fallos: 248:528).

La Corte ha dicho que el recurso de queja debe destruirse de plano cuando su improcedencia resulta de sus propios términos. Tácitamente esa jurisprudencia establece que el hecho de decidir la causa de esa manera, no viola la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 11:371; 306:372, y otros). Puede proceder la modificación respecto de la queja y del fondo del asunto, cuando otro hubiera sido suficientemente debatido y fuera innecesaria más substantiación (Fallos: 241:249 y otros); si mediara arbitrariedad en los términos de la jurisprudencia de la Corte, el procedimiento sería igualmente pertinente, porque el fundamento de la apertura del recurso y de la revocación o confirmación de la sentencia es uno sólo, y siendo éste, permite la atribución simultánea de sus consecuencias jurídicas propias. Esa es la posición de la Corte (Fallos: 244:521 y 523; 247:385, y otros), la cual no ha sido bien interpretada por algún autor (Conf. Inés Fossati, op. cit., p. 403).

Por todo ello, solicite se declare mal denegado el recurso extraordinario interpuesto y avocándose al conocimiento del asunto revoque la resolución de fa.⁸.

Será justicia.

⁸ En el modelo transcrito, los requisitos comunes para la procedencia de recurso extraordinario están cumplidos (tribunal de justicia, govenmen, cuestión jurídica), los propios también. Pero como hay cuestión federal bastante, dado el antecedente citado en el texto del caso: *Alonso, H. P. de y otra c/ Basilio s/ desahogo*, que resuelve una cuestión muy similar.

UNIVERSITARIAS

EL FRUTO DE UN VIAJE

Por

RICARDO ANGEL BUGALLO LANGLOIS

El doctor Luis María Boffi Boggero, titular de una de las cátedras de Derecho Civil II —Obligaciones— viajó a la ciudad de Montevideo respondiendo a la invitación oficial que le habían formulado las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Corresponde destacar que tal invitación y el consecuente viaje, fueron la corporización de ideas surgidas en conversaciones que mantuvieron profesores uruguayos y argentinos acerca de los respectivos sistemas de enseñanza universitaria.

En Uruguay, en nuestro país y en todos los conglomerados humanos donde fluye constante la inquietud de perfeccionarse, surgen a la periferia de los esquemas tradicionales nuevas concepciones —en este caso pedagógicas— que de escarceos de tono experimental se transforman en poderosa simiente de fecundas realidades.

Así, para la confrontación de nuevas pasías y valorar en análisis el fruto de esfuerzos semejantes, se reunieron —mesa de por medio— y con nutrida barra, dos cátedras de Derecho Civil que enmarca conductas en países distintos.

El profesor argentino, su adjunto doctor Carlos Alberto De-
cargas, el profesor adjunto de Introducción al Derecho doctor Fernando N. Barrancos y Vedia, auxiliares docentes y estudiantes de la materia en el segundo cuatrimestre del pasado año lectivo, tuvieron la maravillosa experiencia de comunicarse con sus pares uruguayos en diálogo llano, amable y apasionado por instantes,

postulando con ahínco por sus personales creaciones en tema tan espinoso y complejo.

Además, en sesión complementaria hubo oportunidad también, de tratar un tema de hondo interés científico: "la responsabilidad equiliana de las personas jurídicas", previa exposición de Boffi Boggero sobre "sistemas de la responsabilidad civil en el Código Civil Argentino".

La delegación, compuesta por cuarenta y cinco personas, arribó en el vapor Artigas a las siete de la mañana de un cálido día de diciembre.¹ La proverbial gentileza de los uruguayos esperaba paciente las maniobras de amarre. El doctor Juan Carlos Patrón, decano de la Facultad de Derecho de Montevideo, el doctor José Sánchez Fontána, profesor titular de Obligaciones, abogados y estudiantes dieron la bienvenida amigable. El café Tupi-Nambá, antiguo centro donde se cultivan las artes y las letras a la manera de los modernos filósofos latinos, brindó marco propicio para el primer contacto. Estrechaban amistad los estudiantes, cambiaban impresiones en tono mesurado las cabezas de ambas delegaciones.

La curiosidad por conocer el funcionamiento de la facultad hermana y su aparato de promociones, mezclado con el afán propio de la juventud que desea saber el cómo y por qué de muchas cosas a la vez, iban marcando el introito de la asamblea.

Este clima dio paso, ya instalados en la sala espaciosa del decanato, a los discursos oficiales. El lógico formalismo que impone necesariamente la civilización, fue breve. Demás hacer notar que el debate suscitó relevante dedicación en ambos sectores —el se nos permite acentuar la dicotomía entre profesores y alumnos. Estaban en juego intereses comunes, más enfocados desde planos desiguales.

La cátedra argentina, con la voz del secretario general, doctor Pablo A. Horvath, trazó un esbozo del funcionamiento del curso intensivo. Cómo se imparte la enseñanza y cómo los estudiantes que eligen el sistema aprueban la materia.² El doctor Osvaldo R. Soriano, coordinador del seminario uruguayo, por su parte, expuso seguidamente el mecanismo que lo regula: la dirección es ejercida por el profesor titular. Colaboran aspirantes a profesor adjunto y profesionales. Los estudiantes designan por votación un secretario y prosecretario. Hay un secretario del seminario interino y uno, además, por cada equipo o comisión. Deben reunirse tres veces por semana en sesiones de noventa minutos, para desarrollar todo

¹ Viaje realizado el 2 de diciembre de 1961.

² En nota publicada en *Lecciones y Ensayos* N° 14, pág. 141 (1960) se explica el funcionamiento del curso intensivo argentino.

el programa en un cuatrimestre, los trabajos que en suma, posibilitarían la aprobación del seminario pueden sintetizarse así: a) tres escritos internos de comprobación (25 puntos); b) reseña bibliográfica (5 puntos); c) exégesis de una disposición legal (10 puntos); d) comentario de una sentencia (10 puntos); e) disertación y participación en diálogos (20 puntos). Finalmente se entregó un promedio no inferior a cincuenta puntos, con asistencia como mínimo a dos tercios de las sesiones.

Luego, en una sucesión ininterrumpida de exposiciones, donde tuvieron destacada y activa participación los alumnos, hubo total coincidencia al poner de relieve la necesidad de solidificar a la universidad como un foco viviente de las más altas especulaciones del intelecto, en perfecta armonía con una formación humana donde el establecimiento de amplias zonas de encuentro permita el cultivo de la inspiración entre los que dan y los que reciben.

Ergo, total acuerdo de opiniones para desterrar el monólogo estéril. Lograr acercamiento real entre profesor y discípulo. Que la vocación magistral, fría y dogmática, ceda posiciones al diálogo, a la consulta permanente, a la constante revisión y al replanteo de cada interrogante.

Superada ya esta fructífera primera etapa del único día de actividad oficial, y sobre el filo de la mañana, ambas delegaciones se trasladaron a la Facultad de Agronomía y Veterinaria donde les esperaba jugoso asado. Es ya tradición indiscutida en las esferas universitarias orientales que esa casa de estudios actúe como andriona para ágapes de tal magnitud.

Breve Kíef occidental. Paseo en ómnibus a lo largo de la rambla y nuevamente en la acogedora palestra. No hubo debate. Las exposiciones fueron de alto nivel intelectual. Se especificaron estadísticas. Normas de derecho positivo que resultarían analógicas. Se enumeró profusa jurisprudencia y se hizo comentario de la orientación doctrinaria actual de la materia.

Corresponde destacar la intervención de los doctores César Herbón, auxiliar argentino y Osvaldo E. Soriano, a quien nos hemos ya referido. Mientras el primero expuso en una medulosa fundamentación inductiva la posición justilósófica de Kelsen y su escuela con relación a la problemática de las personas de existencia ideal, el doctor Soriano se refirió concretamente a la mayor precisión del sistema normativo de su país en lo que atañe a la regulación de las mismas.

En párrafo aparte la mención a la homogeneidad de que hizo gala el equipo de estudiantes argentinos, encargado de relatar la parte jurisprudencial.

Ya la despedida —aún en el decanato— no tuvo ese rigorismo ajustado a la forma. El doctor Patrón absolutamente sin toga, dejó volar alto, conceptos personales que trasuntaron claro sentido de la docencia, recta circunspección y castela para el gobierno de su facultad.

En el cóctel de las diecinueve los doctores Sánchez Fontans y Boffi Boggero dijeron emotivas palabras de hermandad. Regreso en el mismo vapor.

Esta noticia del viaje, así consignada, pareciera no reflejar en forma cabal su verdadera importancia. Pero a poco que se abonde, a poco que se mida con serenidad la proyección del esfuerzo realizado para componer el grupo y superar la multiplicidad de obstáculos que obvio resulta anumerar, se tendrá una clara visión del interés despertado entre los estudiantes y la precisa dimensión que adquiere el gesto de quienes posibilitaron con su actuar y su perseverante aliento la materialización de tan compartidos deseos.

Al hombre por tendencia natural le agrada viajar. Necesita desplazarse. Ansa conocer, descubrir, encontrarse. Al estudiante, desde antes de su primera excursión en "bañadera" al finalizar su primer peldaña escolar, le apasiona la idea.

Si canalizado luego en una disciplina científica donde pretende obtener una formación integral, se lo invita a participar de un viaje con fines didácticos y pedagógicos, se consigue despertar en alguna medida, su inquietud de investigador para llevar la voz nueva. En todo caso deberá necesariamente saber algo más; luego verá, escuchará, cotejará, trazará paralelos y juicios de valor. Tal gimnasia enriquece sin lugar a dudas su caudal, le abre vías de mayor amplitud y lo que es de importancia fundamental, le posibilita realizarse.

Es por tan elevadas intenciones que el que escribe, también participante del viaje, se permite incursionar en el campo periodístico —por así decir— y se permite también destacar, ensanchando los cauces de un objetivo relato —como lo impondría la severa dirección de Lecciones y Ensayos— que su modesto trabajo resulta demostración del fruto de un viaje.

LIBROS Y REVISTAS



Trata el autor en su obra un tema novedoso y de candente actualidad, cual es la situación de Abogados y Procuradores inscriptos en la matrícula, de los Profesionales en Ciencias Económicas e Idóneos con más de cinco años de práctica en tareas técnico-administrativas, ante el "Tribunal Fiscal de la Nación".

Otra útil bajo todo punto de vista que, a la vez de informativa, esclarece los procedimientos procesales ante el tribunal y las formalidades exigidas para reclamar en última instancia de sus resoluciones ante el Poder Judicial de la Nación.

Después de haberse la obra al Tribunal Fiscal en sí, historizando sus antecedentes y revelándonos sus características esenciales, se explora ampliamente sobre la Jurisdicción y Competencia del nuevo organismo burocrático, dando al lector abundante material informativo sobre "Nociones de Procedimiento", que son indispensables para actuar profesionalmente con eficiencia y seguridad de acuerdo a las disposiciones de la Ley Procesal vigente en la materia.

Novedosa es la forma que tiene el autor de objetivar en cuadros sinópticos cada una de las posibles demandas a entablarse ante el Tribunal Fiscal y sus posibles derivaciones hacia los estrados del Poder Judicial de la Nación, tal como el "Recurso de Apelación" y "Recurso por Denegra".

Trata además el "Recurso de Amparo", que es de carácter excepcional, agregando al texto de la obra varios modelos de formularios reglamentarios en el capítulo referente la "Estructura Procesal de los Recursos".

Valorizan la obra varios modelos de escritos, tales como la "Constitución de un Recurso", "Certificado de la Dirección General Impositiva", "Acta de Actuación ante el Vocal Instructor" y "Modelo de Informe Pericial".

En un esquema de constancias paralelas el autor concreta las diferencias entre un recurso Contencioso tributario y un Juicio ordinario civil, lo que hace en forma cooperativa, desde la interposición del recurso hasta la sentencia.

El doctor Ignacio Zapolansky ha elaborado para los profesionales una útilísima herramienta de trabajo, esclarecedora en grado sumo de las modalidades del procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Nación.

Valoriza la obra un apéndice donde se transcriben los textos de la ley número 11.683 sobre "Procedimiento para la Aplicación y Percepción de Impuestos", texto ordenado en el año 1960 y con las modificaciones introducidas por la Ley N° 15.798 del 10 de enero de 1961; la reglamentación de la Ley N° 11.683 y el "Reglamento del Procedimiento del Tribunal Fiscal", con el correspondiente "Reglamento sobre su competencia", decreto N° 14.631 del año 1960.

El profesional interesado en los problemas fiscales hallará en las 20 páginas de la obra que comentamos, material abundante, un texto claro y bien ordenado, que han de permitirle desempeñarse ante el Tribunal Fiscal de la Nación con seguridad y eficiencia, en defensa de los valiosos intereses económicos de su clientela.

JUAN SERRANTI RIVERA

Abogados, Escribanos, Procuradores y Estudiantes de Derecho hallarán en este libro del doctor Juan Carlos Solana una valiosa e insustituible herramienta de trabajo, que les permitirá desempeñarse eficientemente en la práctica diaria de sus respectivas actividades.

El autor revela en el desarrollo técnico de este importante trabajo, amplios conocimientos prácticos logrados en el desempeño de su labor docente, frutos maduros de su laboriosa gestación intelectual, que pone con generosidad a disposición de sus lectores, con el propósito de orientarlos correctamente en la iniciación de sus actividades forenses, con lo que les ahorrará muchas horas de trabajo en la elaboración de escritos jurídicos apropiados a los diversos y múltiples casos en que, como profesionales del Derecho, deberán dilucidar en beneficio de sus clientes.

Lo más importante de la obra es que el autor no se limita a reproducir los triblados escritos jurídicos prefabricados, sino que cada tema es abordado cual un expediente en trámite, que va desde la presentación en Secretaría, hasta la Sentencia del Juez y la apelación correspondiente, en la totalidad del trámite procesal. Esto da a la obra un valor indubitable como instrumento de trabajo e ilustración de los trámites procesales.

La obra se inicia ilustrando al lector sobre el "Manejo de los Expedientes en Secretaría", abordando de inmediato como temas prácticos lo referente a las Informaciones sueltas indispensables para "Rectificar Partida", "Acreditar Identidad de Persona" y "Inscripción de Nacimiento", informando en cada caso qué documentos deben acompañarse a la iniciación de los trámites judiciales.

Juicio Concursal referente a "Cobro de Pagaré" y "Divorcio" son tratados con amplitud, y el Juicio Sucesorio es abordado desde la "Protocolización del Testamento".

Con referencia al Fuero Comercial lo que atañe de la "Redacción e Inscripción de Contratos" y, con referencia al Derecho Penal aborda el caso el Juicio Criminol con los respectivos incidentes de "Embargo" y "Rauscuelación".

El Juicio Laboral es aplicado en lo que atañe al "Despido" del trabajador, y lo mismo considera la obra la "Preparación de la Via Ejecutiva", el "Embargo Preventivo", el "Juicio Ejecutivo" y la "Ejecución Forzosa".

El Juicio de Desdoble, por "Falta de Pago" y por "Denudación", son prácticamente desarrollados con fines utilitarios evidentes para un tema de permanente actualidad, y lo mismo hace el autor con el "Pedido de Quietos y Conservación de Actos", el "Interdicto de Recobrar", el "Juicio de Alimentos", el "Juicio de Arrendamiento y Apartería Rural", el "Juicio de Adopción", de "Tutela" y de "Insania".

Completan este Manual de Prácticas Forenses una serie de "Formularios de Organización Interiores de un Estudio", y en un apéndice adicional se agrega la transcripción completa de la Ley (2.597) de "Honorarios Profesionales", la Ley de Sellos, el Reglamento para la Justicia Nacional, y la *Nómina, Utilización de la Juzgado y Organización personal auxiliar*.

Los estudiantes que deben concurrir por disposición de las Ordenanzas Universitarias a los Cursos Prácticos de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, podrán verificar, por el temario desarro-

Ha sido precedentemente de la obra que se comenta, que el profesor Juan Carlos Solana los brinda con amplitud y generalidad una serie de valiosos con-

cientos que han de servirle en el futuro para el eficiente desempeño de sus respectivas profesiones.

JOAQUÍN SERRAVALLO BARRERA

JOAQUÍN DEL RÍO: *El servicio público de electricidad del Gran Buenos Aires. La ley nacional 14.772, Sociedad Anónima S.E.G.B.A., en "La Ley", 24 de febrero de 1956.*

Joaquín del Río es un especialista en los problemas eléctricos referidos al desarrollo del país; vastamente conocido, su opinión siempre ha sido escuchada con atención por todos aquellos argentinos impresionados por las maniobras que el monopolio internacional ha realizado en nuestro medio.

En primer término hace referencia a la importancia del tema que toca; éste afecta a más de seis millones de personas y representa el setenta por ciento del consumo de electricidad de toda la República.

Realiza un análisis de los antecedentes del servicio público de electricidad en el Gran Buenos Aires, desde la pequeña usina de Raffin Varela instalada en 1877, estudiando en particular las cláusulas de las concesiones de 1907, que con alguna variante se reprodujeron en 1912, fundamentalmente la obligación de mantener un servicio regular, amplio y eficiente. Recuerda los antecedentes de las célebres ordenanzas de 1936, con que el monopolio internacional culminara sus maniobras en este medio, señalando sus aspectos esenciales y también los

resultados de la investigación Rodríguez Conde; tras a colación al dictamen de la Junta Consultiva, el de la Comisión Nacional Asesora surgida por el decreto 4498/57 y el decreto 8377/57 por el que se declara válida la concesión de 1936 y se señalan vigentes las de 1907 y 1912, se dispone concretar los bases para las respectivas liquidaciones al término de los plazos originarios y se interviene a

la CADE, todo lo cual queda paralizado debido a un posterior decreto aclaratorio que subordina el cumplimiento de la primera decisión a la definitiva resolución de las cuestiones que la empresa podría promover en los tribunales.

A continuación realina el artículo de la ley 14.772 que declara de jurisdicción nacional los servicios públicos en la Capital Federal y en los partidos que integran el Gran Buenos Aires, aprueba el convenio preliminar suscripto por el secretario de Estado de Energía y Combustibles con CADE y CEP y autoriza la celebración del contrato definitivo y la constitución de una nueva sociedad que prestará servicios en la Capital Federal y en 14 partidos del Gran Buenos Aires, haciéndose cargo el Estado de los recursos; concede a la nueva sociedad (SEGBA) el uso gratuito de los terrenos de Puerto Nuevo por un nuevo periodo, declarándose exentos de impuestos los autos tendientes a constituirlos.

Del Río, haciendo estudio por separado de diversas cuestiones llega a la conclusión de que la sanción de la ley 14.772 importa una pérdida de pesos

20.808.875.881 para el país, señalando finalmente que la ley y los convenios son constitucionalmente nulos por aplicación del art. 29 de la Constitución Nacional.

En suma, un valioso estudio que permite introducir en la ley 14.772 y en el escurioso problema de los intereses que juegan en las concesiones eléctricas.

GERARDO BIVIANO

Determinar la condición jurídica de un hijo ilegítimo, que ha sido legitimado en el estado del domicilio del padre o en otro, y que después muda de estado, no constituye solamente un problema jurídico sino también social.

Este problema existe, no tanto debido a la falta de uniformidad que ofrece la legitimación en los distintos Estados, sino a los diversos medios que emplean y, en aquellas en que coinciden más de un Estado, en los efectos que le reconocen o en los requisitos que exigen. Ahí surge, entonces, el conflicto de leyes.

Para los Estados de Arizona y Oregon será suficiente el acto del nacimiento para establecer que las relaciones, entre el hijo ilegítimo y su padre, serán las mismas que para con el legítimo.

Salvo Kansas, todos demás Estados, admiten la legitimación por subsecuentes matrimonio, pero, mientras algunos exigen además de esta, reconocimiento de la paternidad, otros requieren que sea pública y notoria, o ante oficial público, o ante determinado número de testigos. Por otro lado, si la legitimación por reconocimiento posterior llevada a cabo en un Estado puede ser admitida en otro, ello no importa que este último pueda negarle, al hijo legitimado, a obtener a través de la herencia de su padre, alguna propiedad raíz, basándose en razones de Policía local, o porque en el Estado en que la legitimación se llevó a cabo reconoce a esta solo efectos hereditarios, mientras que el segundo Estado acepta la plena legitimación, por lo que admitirá que esta no fue totalmente concluida, por lo que no tendrá derechos

a heredar en dicho Estado. Claro está que no ocurrirá lo mismo en caso inverso.

Solo siete Estados reconocen la legitimación por adopción. Se presentó el caso de un hijo ilegítimo a quien su padre, con el consentimiento de su esposa, lo incorporó a su familia y lo adoptó, pero en el Estado de su domicilio este acto no produce efectos. Al establecerse en otro Estado, que sí admitía efectos a la adopción, a la muerte del padre lo fue negado derecho a sucederle pues, el primitivo Estado, no se lo otorgaba.

La categoría de hijo natural, desconocida al common law, es creación de la ley civil. El reconocimiento de paternidad en este caso, el menos protegido, puede otorgar ciertos derechos hereditarios, si los padres tenían capacidad para contraer matrimonio al tiempo de su nacimiento y lo reconocieron de acuerdo a los requisitos del Código Civil.

Entonces el profesor Ester que no existe ley en día, citados fundamentos para negar efectos a la legitimación llevada a cabo en otro Estado que aquí en que se invocan basándose para ello en razones de Policía local, que se equivoca la posición de separar la legitimación sola a efectos hereditarios y plena legitimación. Este es un solo acto que produce una serie de derechos y obligaciones entre padre e hijo, siendo el derecho a suceder, uno de ellas. En cuanto a los hijos naturales reconocidos considera el autor que, dentro de la clasificación del common law se encuentran más cercanos a los hijos legitimados, por lo que habría que considerarlo como tal.

El triunfo de John Kennedy, primer católico que llega a la presidencia de los EE.UU., y sucesivo presidente que gana con menos del 50 % de los votos, constituye un cambio fundamental en la política de ese país, y se debe en primer lugar al sistema electoral estadounidense, en segundo lugar al papel que desempeñó durante la campaña su catolicismo y, por último, al haber sabido atraerse a los pequeños minorías como otros hicieron Truman.

La elección del presidente se hace indirectamente, a través de los colegios electorales que, por costumbre y por estar así establecidos, deben destinar los votos de su Estado a aquel partido que haya vencido en su jurisdicción, sin consideración a proporción alguna.

Mientras otros candidatos están abordar al tema religioso, el catolicismo de Kennedy jugó ampliamente, y si bien de acuerdo a la Constitución y a la opinión media general se apoya la separación de la Iglesia y el Estado, "el público requiere que los candidatos tengan alguna religión". El autor cita la derrota de Alfred Smith (1928) por la "whispering campaign" que no fue llevada a cabo por ningún partido en especial, pero que debilitó la posibilidad de que aquel candidato recibiera órdenes del Papa. Durante los meses próximos a las elecciones, se registraron hechos tales como la difusión de un panfleto con la estirpe de la Libertad a un lado y el símbolo del KuKluxKlan y la leyenda "Que elige Libertad o Bigotería?", la Asociación Nacional Evangélica manifestó su repudio al presidente católico, celebrando el domingo de la Reforma (30 de octubre). El mayor repudio de las zonas donde la población católica es menor (tal el caso del Sur). Tradicional-

mente, y más por razones económicas que religiosas, los católicos (extremo inferior) votan a los demócratas y los protestantes (extremo superior) eligen a los republicanos.

Mientras el voto de Nixon era más fuerte en las zonas de población blancas, anglosajonas, protestante y rural, Kennedy hizo revivir la coalición de las minorías: la población negra dio su voto al candidato Demócrata a pesar del comentario que hicieron Eisenhower, de que ello se debía a dos llamadas que se efectuaron para ordenar que se dejara en libertad a un sacerdote negro que había sido detenido en Georgia. Estaban por medio, la actividad de Kennedy en el Senado apoyando la integración y el otorgamiento de derechos civiles. Y el voto negro engrasó a su vez el voto obrero y sindical. El sector judío dio su voto a Kennedy cuando el ataque de que fue objeto por los protestantes conservadores debido a su religión aumentó la hostilidad antisemita hacia Nixon, lo que por otra parte se podía transformar en una guerra santa.

Los resultados de las elecciones prueban la teoría que Harberg expuso sobre la Sociedad Religiosa Americana: de país protestante se transforma en país de tres religiones. Este proceso se realiza en el curso de tres generaciones: la primera, inmigrante, está formada por un grupo étnico, la segunda para arraigarse necesita liberarse de lo íntimo familiar, dentro de lo que se encuentra la religión, la tercera es la etapa de afirmación, el individuo ya está americanizado por lo que puede ir en busca de la religión familiar que servirá para definir la propia identidad. De ahí surge la fórmula de tolerancia que permite aceptar un católico.

MARTA HARRIS

GAY DE MONTILLA: *El Sistema Derecho Mercantil-Derecho de Empresas*, en "Revista de Derecho y Legislación". Caracas-Venezuela, Marzo-abril 1959. ("Revista Jurídica de Cataluña", Barcelona, 1958).

El nacimiento del que fue objeto el concepto de empresa, por los jóvenes estudios italianos al ser incorporado al Código Civil Italiano de 1940, induce a Gay de Montilla a considerar que dicho concepto constituye "el nuevo verbo de la economía, del comercio y de la industria".

Ya sea que se lo considere en su aspecto amplio o social, o en su aspecto económico —en el que queda comprendida la sociedad mercantil—, la idea de empresa expresa el dualismo mercantil-empresario y se manifiesta en dos sentidos.

En un primer sentido para calificar los sujetos de derecho que sería a) empresario, con la subcategoría empresa-mercantil que a su vez reconoce la subespecie pequeño empresario, y b) los no empresarios. En otro sentido, y con mayor intensidad, configura la Sociedad con criterio económico tendiendo a una mayor protección a la producción, ya que de acuerdo a la definición de la misma —i) ejercicio en común, ii) de una actividad económica, iii) con el fin de repartir los beneficios— no temería las condiciones exigidas el mero grupo estático de bienes y riqueza, una actividad no común o que brinde beneficios a unos y pérdidas a otros. Por otro lado, el patrimonio societario es autónomo-pertenente a los socios pero, por constituir

una propiedad modificada, su finalidad específica y colectiva no puede ser variada por acuerdo social.

Gay de Montilla reconoce el núcleo de esta teoría que señala la "motivación comercialista de individuos y sociedades" donde la empresa constituye el núcleo básico de las instituciones modernas, pero observa que a esta teoría A) escapa la regulación del derecho marítimo, de las empresas agrícolas, de las pequeñas empresas y del derecho del trabajo, por lo tanto no puede ser aplicada a todo el derecho patrimonial; B) una vez redado el Derecho de las Empresas al derecho de las empresas mercantiles públicas y privadas, siendo calificada la empresa mercantil "la empresa que se halla organizada como actividad de esta naturaleza", no soluciona el problema del Estado entre las relaciones civiles y mercantiles: "lo sustituye (Missa)".

Entiende Gay de Montilla que, si bien el derecho económico podrá ser aquel que regule la actividad del Estado empresario, entendido al campo de las relaciones privadas de los individuos, una cuando éstos sean empresarios, comportará un acercamiento a la autonomía de la voluntad y una progresiva orientación hacia un sistema de economía planificada y dirigida.

MARTA HERRERA

JOSÉ XARXÀ HERRERA (Profesor de la Universidad de Barcelona): *Formas y Funciones Políticas*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

El autor divide una interesante libro en cinco partes:

A) Los partidos políticos;

B) Las formas políticas;

C) Los órganos del Estado;

D) Las funciones públicas;

E) Límites de hecho del poder.

La simple lectura de estos títulos ensalman al lector, por tratarse de temas de permanente actualidad. Interesa especialmente la primera parte de la obra, dividida en cuatro capítulos a saber:

- a) Los partidos y la opinión pública.
- b) Estructura de los partidos.
- c) Partidos políticos y régimen cons-

titucional. En este punto Xifra Heras analiza el origen de los partidos políticos, y al igual que Durwenger y Burdeau considera que el fundamento social de las agrupaciones humanas para la prosecución de fines colectivos, es tan antiguo como la sociedad misma, pero que los partidos políticos en su acepción actual son relativamente recientes.

El profesor de la Universidad de Barcelona trata luego de la constitución de los partidos políticos, a través de cuatro etapas: lucha, ignorancia, legislación y por último incorporación, e sea, identificación entre Estado y Partido.

Más adelante el autor se ocupa de lo que se ha dado en llamar "Estado de Partidos" o "Gobierno de Partidos". No está de acuerdo con esta denominación, por la poca precisión del concepto y las muchas excepciones que contiene. Para Eskin, por ejemplo, "Estado de Partidos" es aquel en el cual los partidos son órganos de gobierno.

d) Número de partidos y sistemas de gobierno: En cuanto al número de partidos, el autor analiza en primer término el sistema anglosajón, de dos partidos fundamentales. Entiende que en el sistema de dos partidos debe haber: 1) Dos grandes partidos que dominen la vida política del país; 2) Que esos dos partidos deben regirse democráticamente. Ejemplos típicos de este sistema son los partidos Conservador y Laborista en Ingla-

terra, y Republicanos y Demócrata en Estados Unidos.

Luego se ocupa del sistema latino, llamado de partidos múltiples o pluripartidismo. Dentro de este sistema se citan el tripartidismo. (El ejemplo clásico es Bélgica, donde entre el partido Socialista y el Liberal, se añade el partido Cristiano Social).

Más adelante, Xifra Heras trata el sistema del Partido Único. Personalmente entiende que este sistema es ficticio. La palabra "partido" viene del latín "pars" y por lo tanto comprende sólo una parte de los ciudadanos. La expresión "partido único" es un contrasentido porque no se puede ser una parte y el todo al mismo tiempo. Según el autor, el partido único no se hace para que cada uno encuentre en él una expresión de su existencia, sino para que todos se sientan identificados en un destino temporal.

Los inconvenientes del partido único son muchos. En el sistema que comenta se une la fuerza y se confunde Estado y Partido. Además no hay separación de poderes y en cambio hay parcialidad, ya que no se tiene en cuenta a todo el pueblo. Este sistema totalitario impera en Rusia con el Partido Comunista. También imperó en Alemania con el Partido Nacional Socialista, y en Italia con el Partido Fascista.

Por último, el autor que comenta menciona el Antipartidismo y da como ejemplos el Movimiento Nacional de España y la Unión Nacional en Portugal.

Recomiendo la lectura de este interesante trabajo de Jorge Xifra Heras, por tratarse de un tema apasionante y muy discutido, y por la imparcialidad del autor.

Nonnato Yctori

Karl Olivecrona, discípulo de Axel Hägerström, integrante con Vilhelm Lundström y Alf Ross al cuerpo docente de la Universidad de Lund (Suecia). Los lectores de habla castellana ya le conocerán a raíz de la publicación "El hecho del Derecho" que realizó en la editorial Losada y que contiene un ensayo suyo.

En la obra que comentamos el autor toma como punto de partida de sus investigaciones la realidad social, a la que considera como el estrato básico sobre el que se sustenta el fenómeno jurídico. Desde esa posición sociológica comienza el análisis crítico de las teorías jurídicas imperantes, abandonando la idea de una ciencia jurídica normativa y, despojada de todo dogmatismo, concibe a la ciencia del derecho como a una disciplina causal explicativa con el método propio de las ciencias naturales.

Comenta la obra de una introducción titulada: "La fuerza obligatoria del Derecho" y cuatro capítulos: 1°) el referente a "La naturaleza de la norma jurídica", en el cual se afirma que es imposible desvincular las normas jurídicas de la conducta de las personas, la finalidad del legislador es, siempre, motivar la conducta humana mediante normas. De ello se sigue que un auténtico conocimiento normativo debe partir de un conocimiento de las conductas. Concibe a las normas jurídicas como "imperativas independientes": "imperativas" por cuanto se hallan redactadas en forma imperativa; e "independientes" en virtud de que como "imperativas" no lo son de nada, o lo que es lo mismo, se hallan despersonalizadas, desvinculadas del sujeto emitir. Son también "independientes" en cuanto no van dirigidas a determinados individuos, sino que "pueden ser dirigidas, por así decirlo, en el aire". Ahora bien, por razones

psicológicas, los individuos no se conforman con ver en las normas una mera frase, sino que buscan algo más sólido tras ellas, sea algo en Dios en las normas morales y el Estado en las normas jurídicas. Carecen así en un momento puro. Las sentencias judiciales son también concebidas como "imperativas independientes".

2°) "La implantación de las normas jurídicas". En decir, de qué manera los nuevos imperativos independientes se introducen en un sistema legal preexistente. Se explican aquí los cambios y adiciones al D. vigente. La pauta de la efectividad de la implantación de las nuevas estructuras jurídicas la encontramos generalmente en su adecuación, e no, a una Constitución preexistente. Si la implantación fuera de una nueva Constitución y surgiera como consecuencia de una revolución triunfante, aquella será eficaz cuando "exista una conjunción temporaria de fuerza, suficientemente poderosa para operar en la actitud de los ciudadanos el cambio que implica la aceptación de una nueva Constitución como obligatoria"; los elementos fuerza y propaganda conyugarán a la situación revolucionaria, para completar y afirmar el cambio; sin embargo, no se le escapa al autor, que con esto no se da una explicación final del derecho, ya que no se ha explicado el origen del sistema legal en su conjunto, sino su transformación. Lo que ocurre es que Olivecrona considera "inútil" tal explicación, puesto que nunca podremos llevar nuestra investigación hasta un "primer origen" del Derecho, ya que no se nos ha revelado la contribución original de sociedad alguna. A lo sumo podrían extraerse de los hechos conocidos algunas conclusiones referentes a las etapas primitivas, pero ello no sería su-

cienta para una "aplicación fidedigna del sistema jurídico".

3°) "La idea de los derechos". La noción de los deberes es completamente subjetiva. Dado que "la fuerza obligatoria del derecho es una ilusión" no pueden existir obligaciones jurídicas en un sentido objetivo. El deber existe sólo en la imaginación humana, esto es, como sentimiento. "Se han hecho tentativas de reivindicar la realidad del deber jurídico señalando la existencia de sanciones legales, pero esas tentativas están condenadas al fracaso. La amenaza de sanciones es diferente de la obligación; es obvio que el deber de respetar la vida de los demás no puede identificarse con el hecho de que los asesinos son castigados si se les detiene y se les encuentra culpables". Destaca asimismo el autor, que en la vida política nadie se preocupa de verificar si nuestras nociones jurídicas corresponden a realidades, sugerencias, mitos, que Oliverson recoge de Humeau y que se encuentran también desarrolladas por Ländstedt y Ross.

4°) "El derecho y la fuerza". Si el derecho no es obligatorio en el sentido tradicional (salvo el efecto psicológico de los imperativos independientes) ni existen derechos ni obligaciones, lo que llamamos derecho es su realidad y esencialmente "fuerza organizada". Para el desarrollo de este concepto se parte del uso efectivo de la fuerza dentro de la organización del Estado. El vocablo fuerza involucra no sólo la violencia efectiva, sino también "la influencia ejercitada por la concentración de un poder superior que puede atacar, si es necesario, la forma de una real violencia física". El concepto de fuerza no se opone al de derecho; verificado que el derecho es un conjunto de hechos sociales, desaparece toda contradicción. La organización de la fuerza, que funciona según las normas llamadas derechos, sirve

para mantener en jaque otras formas de fuerza consideradas como no debidas. Así las cosas, el cuerpo de normas reunido en el concepto de derecho, consiste principalmente en normas concernientes a la fuerza; es decir, que el derecho no está garantizado por la fuerza, sino que sus normas confieren límites de conducta para el ejercicio de la fuerza. Señala Oliverson el error de la teoría marxista en cuanto postula la posibilidad de eliminar la fuerza organizada de la sociedad futura, y pasa luego a ocuparse del Derecho Internacional. El derecho internacional no es un derecho en el mismo sentido que el derecho interno de los estados, aquí no es "un conjunto de normas sobre el uso de la fuerza por medio de una organización poderosa e inevitable" ya que no existe tal organización por encima de los diversos estados. En el campo internacional, la fuerza no aparece monopolizada, regulada, sino que es empleada irregularmente según los intereses particulares de los estados. Se destacan asimismo las diferencias entre la acción del derecho interno y la guerra, y entre los tratados internacionales y los contratos. El derecho internacional sería entonces un sistema de normas concernientes a las relaciones entre los estados. No es un sistema coherente como el derecho interno, pero esto, "sólo constituye una dificultad de grado". Niega Oliverson que el derecho internacional pueda ser concebido como un instrumento de paz —aunque aquí las ideas de Ländstedt en "Superventions or rationality in action for peace?" (London 1915) y en "Le droit des gens, danger de mort par les peuples" (Bruxelles, 1937)— ya que es imposible substituir la fuerza organizada por un sistema de normas de Derecho Internacional, que así, sería un derecho en sentido metafísico sin el apoyo vital de la fuerza. No puede prescindirse de

la fuerza. No puede edificarse un sistema jurídico en base al no empleo de la fuerza, sino por el contrario, en el empleo regulado de la misma.

Finalmente, la obra coincide con el apéndice titulado "El imperativo de la ley", que constituye una ampliación del trabajo "Gesetz und Staat" (Ley y Estado) del mismo autor. Se destacan los dos momentos que conforman todas las normas y que fueron definidos como "Contenido" y, "forma" en "Gesetz und Staat", pero aquí se modifican utilizando los vocablos "contenido" y "sentido imperativo" (Imperativsichem) "para evitar equívocos". El primer momento es el contenido imaginativo de la norma, que funciona como un modelo o patrón de conducta forjado por la fantasía. Esta representación imaginativa no constituye por sí sola un momento imperativo, que complementa el modelo de conducta imaginado, con la conciencia de un "deber". Las normas son, así, esquemas demostrativos de órdenes de conducta, a las que se asocia un "tener que" o un "deber ser". El "deber ser" adquiere plenitud con el sentimiento de obediencia frente al imperativo independiente de la norma. Para llegar a estas conclusiones Oliverson aprovecha las investigaciones de Hägerström y Lindstedt, a quienes cita en algunas notas. Finaliza el apéndice con un análisis y determinación del "momento decisivo de la impe-

tratividad de las normas". Un simple proyecto de ley tiene el mismo contenido y la misma forma que una ley, pero sus imperativas no son verdaderamente tales, esto es, no son psicológicamente eficaces. ¿A partir de qué momento lo son? A partir del "acto legislativo" (que sería constitutivo de la vigencia de la norma) que es el que otorga eficacia y que se presenta así, como una "sentid imperativo". La eficacia que otorga el acto legislativo no es "la fuerza obligatoria" de la doctrina tradicional, sino que dicho acto establece una especie de conciencia psicológica entre: 1º) el momento imaginado y el momento imperativo, y 2º) el sentimiento de obediencia (que hace a la eficacia de la norma).

Karl Oliverson se destina con habilidad por la superficie de los problemas jurídicos que encara, es claro en su exposición y propósitos, pero, sin duda, carece de la extraordinaria profundidad conceptual y notable inteligencia para la crítica, que hacen de su contemporáneo y coetáneo Alf Ross una de las figuras cumbres de la ciencia jurídica actual. Sin embargo, su lectura resultará útil en nuestro medio jurídico tan imbuido de los conceptos tradicionales. No creo que a nuestros juristas les venga mal "dar un trote por la realidad" como dice Cosío con perfecto ajuste terminológico.

Enrique S. PARRACCI

La Revista de Ciencias Políticas de la Universidad de Notre Dame, en Indiana, "The Review of Politics", es una publicación a la que por su innegable mérito cabe seguir con atención. El número del mes de julio, último que ha llegado a nuestra casa de estudios, cuenta, entre varios artículos de valía, con uno que creo conveniente señalar en especial. Se trata de un trabajo leído por el profesor Vuben Kwie, de la Universidad de Alabama, en la trigésima primera reunión anual de la Asociación de Ciencias Políticas del Sur, en Gatlinburg, Tennessee, en 1959. Dicho trabajo se intitula "Teoría y práctica de la presidencia americana", siendo su objeto poner en claro que el desarrollo gigantesco del poder presidencial en Estados Unidos no importa un apartamiento esencial de los esquemas constitucionales de esa nación.

Es sabido que uno de los pilares del derecho público de nuestra vecina del norte es la idea de que la Constitución lleva implícita una teoría política concebida por los padres fundadores para servir a todas las futuras necesidades del país.

El Presidente de Estados Unidos fue, por mucho tiempo, un personaje de importancia relativa frente las otras dos potencias del gobierno. Largo, por efecto de las emergencias internas, primario la guerra civil, después los problemas de la gigantesca economía en desarrollo, y también, por obra del papel cada vez más decisivo desempeñado por la Unión en el concierto internacional, pasa a primerísimo plano, desarrollando sobre los demás órganos del Estado. Hoy día, es la personificación de la comunidad política, el servidor del pueblo por antonomasia (recuérdese la "stewardship theory"), el jefe de los ejércitos, de la diplomacia,

el líder legislativo y el conductor de la Nación. Sin embargo, a pesar del cambio tan señalado, en el plano de los conceptos constitucionales no se ha producido una alteración substancial respecto de la figura de la presidencia.

Eso que el Presidente en hoy día, aquello que los constituyentes admitieron que fuese. Para demostrarlo apela Kwie a las ideas expresadas por Hamilton en el n.º 76 de "El Federalista" y, yendo más allá, a la fuente principal de la Constitución americana: El Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, de John Locke, donde éste reconoció que el Poder Ejecutivo podía actuar discrecionalmente en los límites a los cuales no se extendían las prerrogativas legislativas, e incluso obrar en contra de éstas en los casos de suma urgencia. Empero, es preciso saber si se concilian estas ideas con la afirmación lockeana de que el Legislativo es en todo momento el poder supremo.

Para Kwie, no existe aquí contradicción de fondo. En efecto, en la base de toda la teoría política del filósofo inglés se halla la idea del gobierno de la ley, vale decir, el gobierno por medio de mandatos razonados —Kwie recuerda a este propósito, la impercibible definición de Santo Tomás: "...lex est ordinatio rationis...". Por ella, aun cuando debido a la contingencia de los asuntos humanos la sociedad requiere de un Ejecutivo dotado de amplias atribuciones. La Ley siempre habrá de ocupar el primer puesto.

Mas esta situación, en la que se afirman simultáneamente la fuerza del Ejecutivo y la supremacía de la ley, no podrá mantenerse si no se insiste constantemente sobre el segundo de estos términos, susceptible de ser eclipsado en olvido frente a la presión del principio

complementario espacio, que exige adecuación del poder a circunstancias contingentes, cambiantes y únicas.

Sin duda, las ideas de este ponderado trabajo son aplicables, en general, y mu-

tales mutables, a nuestro sistema político, cuyo principal modelo se halla en la Constitución americana. Basta sólo para hacer recomendable su lectura.

LEOPOLDO HIERONIMO SCHWARZ

ALF ROSS: *Tô-Tô* (traducción del Dr. Germán Carrido). Colección Nueva Teoría, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

Con un nombre poco común en la literatura jurídica Alf Ross, en un corto pero profundo trabajo nos presenta una no menos original tesis.

Con singular ingenio el A. crea una tribu, la "Aimat Naf" (fantasía al revés), que habita en las lomas "Nai Suli" (Ilusión), en las que por violar ciertas normas se está "Tô-Tô" y el infractor debe ser sometido a una ceremonia de purificación. Es decir que "Tô-Tô", no tiene referencia semántica, pero sí, cumple con una función de ligamento dando sentido a los enunciados que la incluyen.

Pérrigos demostrar que términos jurídicos, tales como "derechos subjetivos", "deber", sólo tienen un valor de conexión sistemática, de relación entre el hecho condicionante y la consecuencia jurídica condicionada. Sólo bajo este aspecto admite la noción de derecho subjetivo, sosteniendo su mantenimiento.

Ross desarrolla y amplía las investigaciones realizadas en este sentido por Per Ulf Ekström e Ivar Strahl, aparecidas

en dos revistas jurídicas escandinavas entre 1945 y 1950.

Toma como punto de partida para su demostración el concepto de propiedad, típico derecho subjetivo. Acepta que las normas jurídicas relativas a la propiedad se formulan sin necesidad de usar ese término, pero luego, con varios ejemplos, prueba que sería una inútil y engorrosa tarea. Sostiene que "corresponde al pensamiento jurídico conceptualizar las normas de tal manera que las mismas sean reditadas a un orden sistemático y, por este medio dar una versión del derecho en vigor lo más clara y conveniente posible".

Es decir que los derechos subjetivos, asimilados a "Tô-Tô", son palabras sin referencia semántica sirviendo sólo como técnica de presentación. Cualquier intento de encontrar algo más detrás de ellas, que no sea un conjunto de hechos y consecuencias legales, está destinado al fracaso.

MARCELO B. TOMASSINI

Este volumen
se terminó de imprimir
el día 20 de marzo de 1962
en los
Talleres Gráficos "OPTIMUS" S.R.L.
Valentin Gómez 2755
Buenos Aires

**Dirección y Administración: DEPARTAMENTO
DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2262
BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA**

Precio del ejemplar \$ 30.-