

**REVISTA
DE
REVISTAS**

Urmengen. — Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur. Stuttgart, Año 11, Septiembre 1888, N.º 9.

TITULOS WURTEMBURG. — Kriminologie - die Wissenschaft vom Verbrechen. (Criminología, la Ciencia del Delito).

En pocas páginas, pero muy sustanciosas, el profesor Wurtemberg, que ocupa la cátedra de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Friburgo (Alemania), expone con suma claridad la situación actual de la criminología como ciencia: su evolución, sus cambiantes presupuestos filosóficos, su puesto en el conjunto de las ciencias, sus perspectivas y sus exigencias.

La criminología científica nace en la segunda mitad del siglo 19 bajo el signo positivista. Domina la creencia de que los principios y métodos de la ciencia natural son aplicables a las ciencias sociales; de tal modo que la criminología se cultiva desde el punto de vista mecánico-estadístico (Quetelet), sociológico (Spencer, Tarde), o antropo-biológico (Lombroso). Garofalo y Ferri inician la tendencia unificadora, que culmina en la obra de von Lisst, donde se llega a una síntesis que abarca a la vez los factores sociológicos y los antropológicos. En nuestro siglo la criminología recibe un gran impulso con la creación de numerosos institutos y cátedras consagradas a su estudio. Sin embargo, subsiste alguna incertidumbre res-

pecto del objeto y del método de la joven ciencia.

En primer lugar, corresponde distinguirla de la ciencia del derecho penal, que expone las normas penales vigentes; para ella el delito es conducta típica, antijurídica y culpable; trátase de una ciencia normativa y dogmática. En cambio, la criminología se ocupa de hechos, fenómenos, causas y tipos, en el ámbito del ser y de la conducta real. Pero no menos importantes son las relaciones que entre ambas ciencias existen: la criminología "no puede establecer a su voluntad qué es delito", sino que debe atenerse a las concepciones ético-sociales vigentes, tal como quedan expresadas y normadas en la ley penal. A su vez, el derecho penal no está encerrado en la esfera de la pura normatividad, sino que recibe el influjo de las formas sociales y psicológicas que lo rodean.

El autor asigna a la criminología una triple labor: 1) la descripción fenomenológica de las formas reales de manifestación del delito, tanto en su aspecto individual como en su tipicidad; 2) la investigación de los factores determinantes (o, mejor dicho, condicionantes) del delito: es decir, su etiología (medio social, impulso, etc.); 3) el estudio de la personalidad del delincuente: rasgos individuales, tipos de delincuente, etc. Estas tres fases de la criminología se integran en la definición que ofrece el autor: "La criminología es la ciencia que estudia la cien-

cia (Weism) de la personalidad del delincuente, así como los factores condicionantes y las formas de manifestación del delito en la vida social y en la existencia individual".

Resulta especialmente difícil determinar el puesto de la criminología entre las ciencias: no es ella ni pura ciencia natural, ni pura ciencia del espíritu (híbrida que comparte, por ejemplo, con la psicología). En la medida en que se ocupa de la personalidad biológica del delincuente, de los llamados factores endógenos: herencia, rasgos somáticos, enfermedades mentales, impulsos barridos, etc., la criminología debe utilizar métodos de la ciencia natural. Pero no debe olvidarse que el delito no es meramente un acontecimiento de tipo natural, sino que es expresión y hecho del hombre, de un ser espiritual que participa del mundo de la cultura y que en mayor o menor medida se rige por los valores de ese mundo. Este aspecto propiamente humano del delincuente ha sido muy descuidado por la criminología.

Algunos autores, como Exner, Menger, Seelig y Swerc han destacado la necesidad de estudiar al delincuente como ente espiritual en un mundo de sentido (Stane) y de valores que condicionan y configuran su conducta. Esta necesidad se ha puesto de manifiesto con máxima intensidad en tiempos recientes a raíz del auge de la delincuencia juvenil, que no puede explicarse adecuadamente en función del medio social, ni de circunstancias económicas desfavorables, ni del impulso criminal (Anshap), sino que obedece más bien a que el joven delincuente no comparte la escala de valores socialmente aceptada.

La criminología deberá abandonar su confianza dogmática en las explicaciones puramente "causales" (naturales y sociales), para atender (siguiendo las modernas tendencias de la sociología y la psicología a partir de Dilthey) a los aspectos espirituales y culturales, esforzándose por comprender las motivaciones del delincuente.

Lo que antecede no significa que la criminología deba dividirse en dos disciplinas ayudadas. No: de igual modo que las demás ciencias del hombre que también tiene una vertiente natural y otra espiritual (sociología, psicología y biología), la criminología debe encontrar su momento de unidad en la personalidad humana, en la que se integran los aspectos aparentemente contradictorios de la determinación causal y de la libertad. Dentro del marco de la innegable influencia del medio, del impulso y de la constitución biológica, el hombre es en última instancia capaz de decidir libremente. La criminología debe estudiar al hombre, como lo hacen la moderna medicina y psiquiatría, como totalidad; debe recibir los aportes de la medicina, la sociología, la psicología, la biología y la psiquiatría, sobre el terreno común de la antropología filosófica, que estudia el puesto del hombre en el cosmos, para elaborar con ellos sus propias leyes.

Si bien la criminología se distingue de sus "ciencias-madres" porque se ocupa del hombre en cuanto delincuente, no debe reincidir en el error de Lombroso de considerar al delincuente como una especie peculiar de ser humano, sino que debe partir de lo humano como tal.

Por último, se refiere el autor a

Las dificultades que plantea la inevitable división de la criminología en distintas especialidades (antropología, psicología, psicopatología, psiquiatría y sociología criminales). Cada especialista no puede dominar todos los métodos y resultados de las demás especialidades; sin embargo, la criminología no debe escindirse en el estudio aislado de distintos aspectos parciales. A juicio del autor, la tarea de síntesis corresponde, en primer término, al jurista, puesto que es él quien aplica y utiliza los conocimientos aportados por las distintas ramas de la criminología. Para ello, concluye el autor, es indispensable ampliar el horizonte espiritual de la ciencia dogmática del derecho penal, y dar mayor cabida a los estudios criminológicos en las facultades de derecho.

E. V. V.

"La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du Droit privé". (El conocimiento del fenómeno jurídico y las tareas de la doctrina moderna del Derecho privado), por Fern. Dumas. (Recueil Dalloz et Sirey, 9 de junio de 1936, Ed. cedex).

El destacado profesor de la Facultad de Derecho de París pone sobre el tapete la actualísima cuestión de la captación del fenómeno jurídico.

Después del ensanchamiento del horizonte del jurista gracias a la atención prestada al estudio de la jurisprudencia y del Derecho comparado es lícito plantearse, hoy, esta pregunta: "... Llegamos a captar

completamente el fenómeno jurídico? ¿No existe una distancia, quizá considerable, entre la visión del derecho que nos es familiar y la realidad?

Según el autor, el pensamiento jurídico corre el riesgo de experimentar una triple deformación. La primera proviene de la ley. Aun hoy nos inclinamos fácilmente a considerar al orden jurídico apresado totalmente por la ley.

A esta deformación se agrega la proveniente de la jurisprudencia. Aparentemente nos hallamos en presencia de una afirmación paradójal, sino errónea. ¿No es en la jurisprudencia donde podemos encontrar la realidad jurídica en bruto, al descubierto? El profesor Drenand dedica gran parte de su trabajo a demostrar cómo ello no es así, sino que, por el contrario, es de la jurisprudencia de donde provienen las deformaciones más profundas de la realidad social.

En esta parte el autor consigna observaciones de gran agudeza, algunas quizá todavía no vigentes para nuestro país, debido al diferente grado de desarrollo alcanzado por el capitalismo industrial entre nosotros.

Señala que las decisiones jurisprudenciales nos ofrecen un estado patológico de las relaciones del comercio humano. Se produce la misma deformación profesional que conduce al médico a conocer solamente al enfermo y a olvidarse del hombre sano. El litigio puede llegar a ocultar "las innumerables relaciones jurídicas, hechas o no, que se forman y que viven sin dar lugar a una decisión judicial".

Además, la jurisprudencia engaña en cuanto a la trascendencia de los

litigios. Dada la característica de la vida moderna de la disminución de las situaciones jurídicas individuales, irreductibles las unas a las otras, y el constante aumento de situaciones generales nacidas de contratos de adhesión, contratos colectivos, relaciones entre particulares y un servicio público, los intereses puestos en juego en un conflicto pueden no reflejar la importancia que la solución dada tiene con relación a centenares o millares de relaciones jurídicas.

Tras a colación una observación de Tullio Ascarelli ("Litigiosità e ricchezza") sobre el fenómeno, consecuencia del gran capitalismo, de que los grandes conflictos concluyen por el arbitraje y la transacción. La actividad del abogado se ubica fuera del procedimiento judicial. Se convierte paulatinamente en un "ingeniero en máquinas jurídicas", en constructor de contratos precisos, previsiones, minuciosas, que dejan poca ocasión al nacimiento de un litigio. En la economía moderna, industrializada y basada en el trabajo, el litigio representa una cuestión molesta, porque hace perder un tiempo precioso que podría dedicarse con mayor utilidad en tareas de producción y porque crea incertidumbre en la vida de la empresa.

La última fuente de deformaciones en el conocimiento jurídico la constituyen nuestros hábitos de pensamiento. Pocas veces, como en nuestro tiempo, tuvo el jurista que pisar en un tembladeral semejante al de la realidad actual. "Tiene que pasar de una civilización basada en la fortuna adquirida a una civilización del trabajo, de una economía de pequeñas empresas al gran capitalismo moderno, de una sociedad

liberal a otra marcada por la presencia constante del poder en la vida económica y social, de un mundo dominado por el individualismo a formas colectivas de organización de la vida social".

Hay que adquirir conciencia de que las categorías tradicionales fallan en su intento de captar en todo su sentido la realidad actual.

Si el planteo es exacto, piensa el autor que la tarea de doctrina moderna surge clara. En primer lugar, incorporar a su construcción del derecho moderno elementos importantes que forman la vida jurídica y que viven fuera de la ley y de la jurisprudencia. Señala como fecunda la investigación en las zonas de la práctica notarial, los usos de los grandes organismos que animan la vida comercial, los contratos-tipo, las convenciones colectivas.

Está persuadido de la necesidad del estudio de la manera en que la norma jurídica es acatada, o deformada, en la vida social. Piensa que se impone completar la pura teoría jurídica con una indispensable sociología.

Pertenece también a la doctrina moderna, agrupo, la tarea —de igual importancia— de acuar nuevos instrumentos conceptuales capaces de aprehender, en la plenitud de su sentido, las instituciones y las formas de nuestro tiempo.

Muy oportuno resulta el recuerdo a Savigny con que termina este excelente trabajo del profesor Derand:

"La invitación de Savigny permanecerá siempre actual. Si cada generación tiene realmente su propia vocación y le incumbe responder al preciso llamado de su época".

Gastón Dassen.

The Review of Politics, julio 1956.
Vol. 18 N° 3. Some Reflections on
Colonialism, por Hans Kohn.

Como su título lo indica, el contenido del artículo de Hans Kohn, publicado en "The Review of Politics", está destinado a reunir una serie de reflexiones referidas al tema del colonialismo y a los problemas que del mismo surgen en la actualidad. Todo ello está, por otra parte, muy unido a la significación que en el mundo contemporáneo tiene el concepto complementario de imperialismo.

El autor se extraña un poco de la gran dosis de desprestigio que acompaña a la institución colonial, y confirma su asombro con la constatación de que en reciente la difusión de ese desprestigio. Llama la atención, en efecto, sobre la aureola de grandeza que rodeó en el pasado a los imperios colonizadores, en especial al Imperio Romano. Recuerda también cómo este último ha servido de modelo a las sociedades políticas occidentales durante más de mil años. Viviendo a casos más próximas, medita también sobre la "expansión imperial de su liderazgo" proclamado por los revolucionarios franceses de 1789.

Entrando en materia distingue Hans Kohn entre las colonias de establecimiento, donde la llegada e instalación de los colonizadores implica el exterminio de los pueblos nativos (p. ej. en Estados Unidos y en Sud África), y las colonias de mera dependencia, en las cuales la población autóctona no es afectada aparentemente pues mantiene su territorio y sus instituciones. Entiende el autor que este último tipo

de colonias debe ser considerado como fuente de ventajas y beneficios para los países sometidos, entre los que debe contarse el mismo sentimiento de libertad, y la cohesión administrativa que luego de un tiempo han de nutrir el desarrollo de las tendencias anticolonialistas. En este sentido indica cómo la independencia americana de 1776, no fué una insurrección de nativos oprimidos sino el reclamo por parte de los británicos norteamericanos de mayores libertades de los británicos europeos. Esta forma de la emancipación americana la hace totalmente diferente de la lucha por la independencia que llevan a cabo los países de África del Norte y Asia contra las naciones de Occidente que durante los últimos tiempos las han regido.

La causa obvia de dicha distinción está dada por la distinta forma de colonización: en América del Norte los británicos se instalaron, desalojando toda forma de vida social preexistente y establecieron su propia civilización traída desde allende el Atlántico; la acción imperialista desarrollada en el siglo XIX, en cambio, sólo se aferró a la dominación de los principales resortes políticos económicos y de las bases militares más estratégicas, pero dejó casi intacta la organización humana de dichas regiones, cuyas poblaciones sólo fueron occidentalizadas en una forma superficial.

El lenguaje llevado por los colonizadores del siglo XVI y XVII se impuso, p. ej.: en forma absoluta entre los pueblos colonizados, pero en el siglo XIX no ocurrió lo mismo, los idiomas nativos continuaron subsistiendo en un todo y sólo se adoptó el inglés o el francés como

un medio en facilitar las relaciones con los occidentales.

El autor distingue también entre imperios marítimos y terrestres y se pregunta por qué la acción de Rusia y China comunista, de franca hegemonía y dominación sobre los inmensos Hinterlands de Eurasia, no aparece ante los pueblos asiáticos como una política imperialista. Llega así a la conclusión de que el anti-colonialismo es una pieza en la lucha por el poder mundial, abiertamente utilizada por la propaganda antioccidental dirigida desde países de otra cultura que no por eso dejan de practicar métodos de dominación análogos a los que Occidente ha llevado adelante en tiempos pasados.

Enrique Feltner.

La forma federal de gobierno y la Constitución de 1853, por Efraim LAWRENCO. (Rev. de Educación, Año I N° 5, La Plata, Junio de 1956).

1º) La Constitución argentina, al establecer la forma federal de gobierno, no hizo más que respetar la estructura política del país y su tradición histórica. De ahí que nuestro federalismo tenga un carácter especial que lo distingue de gran parte de los existentes (como p. e. la Confederación suiza, la U.R.S.S., el Commonwealth, etc.).

Además, la forma federal de gobierno no fué adoptada por una autoridad unilateral, sino por la voluntad de las provincias que componen la Nación, tal como los acuerdos ya existentes al respecto así lo establecieron.

2º) ¿Qué se entiende por forma federal de gobierno? "En primer lugar significa la coexistencia de dos órdenes de gobierno, dentro de un mismo territorio, permitiendo una adecuada descentralización del poder, por oposición al gobierno unitario o centralizado que impone la concentración de todo el poder político en una sola autoridad o grupo de autoridades".

Estos "órdenes de gobierno" son, lógicamente, el nacional y el provincial. Y su razón de ser estriba —como la razón de ser del federalismo mismo— en que las provincias se han constituido antes que la Nación. De ello emana la norma del art. 104 de nuestra Constitución, el cual dice: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

3º) ¿Qué antecedentes permiten afirmar que la anterior existencia de las provincias constituyó uno de los motivos determinantes de la adopción de la forma federal de gobierno?

Parten estos antecedentes del mismo TERCER en el discurso que Paso pronunciara el 22 de mayo, contestando a Villota, al utilizar el argumento del "gestor de negocios", reconoce la existencia de las provincias y su derecho a la autodeterminación. Y una vez concretada la revolución, lo primero que se hace es enviar correos a las ciudades del interior, convocándolas a un congreso general que decida sobre la forma de gobierno a adoptarse.

Y en la Asamblea de 1853 ya se habla de "Provincias Unidas del

Río de la Plata". Y en el Congreso de Tucumán se pregunta a los representantes de las provincias "si querían que las Provincias de la Unión, formasen una Nación libre e independiente", encabezándose, por lo tanto, la declaración de independencia con las siguientes palabras: "Nos, los representantes de las Provincias Unidas de Sud América...".

4º) Pero, pese a la evidencia con que se imponía la forma federal de gobierno, la oposición de Buenos Aires retardó por largos años el definitivo adelantamiento de la Nación.

Y una de las consecuencias que trajo esta oposición de Buenos Aires fué la anarquía. "Y esta reacción de los caudillos contra el centralismo ilustrado de Buenos Aires, salvó el anhelo popular de imponer el federalismo como la forma de gobierno más adecuada a la extensión y a la idiosincrasia de nuestro país".

El rechazo, por parte de los caudillos, de la Constitución unitaria de 1853, nos lleva a la anarquía del año 53. Pero durante su lamentable transcurso no todo fué tiempo perdido puesto que las provincias fueron adquiriendo sus límites territoriales actuales y robusteciendo su sentido regional.

La Constitución de 1853 también fracasó, por unitaria, y cuando Derrogo parecía traer la solución definitiva, su fustigamiento —cuya consecuencia más seria fué Rosas— postergó indefinidamente la organización institucional del país, pese a todo lo cual nunca se perdió la "señal vital del federalismo".

Luego de largas luchas llegamos, finalmente, a la Constitución de

1853, la cual respeta nuestras tradiciones federalistas, adelantada luego por las posteriores reformas a esta carta fundamental.

5º) Como ya dijimos, es el art. 104 en donde se declinaban las esferas de poder. Este artículo fué tomado por Alberdi de la constitución de los EE.UU. y los constituyentes del 53 siguieron en esto sus sugerencias.

El constituyente Gorostiaga explicita el espíritu que anima esta disposición diciendo: "La autoridad delegada en la Constitución por el pueblo argentino ha sido confiada a dos gobiernos enteramente distintos: el nacional y el provincial. Como el gobierno nacional ha sido formado para responder a grandes necesidades generales y atender a ciertos intereses comunes, sus poderes han sido definidos y son en pequeño número. Como el gobierno provincial, por el contrario, penetra en todos los detalles de la sociedad, sus poderes son indefinidos y en gran número; se extienden a todos los objetos que siguen el curso ordinario de los negocios y afectan la vida, la libertad y la prosperidad de los ciudadanos. Las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal. El gobierno de las provincias viene a ser la regla y forma del derecho común. El gobierno Federal es la excepción".

6º) ¿Por qué, pese a todas estas sabias previsiones se ha producido la crisis del federalismo argentino? No ha sido por defectos de estructuración constitucional ni por razones de orden jurídico sino por razones de orden político, y "fundamentalmente, a un abuso exagerado en el empleo de las facultades discrecionales, que se atribuye el go-

bierno federal frente a la pasividad o abandono de los gobiernos provinciales". Luego, al "uso y abuso del poder de intervenir el territorio de las provincias so pretexto de garantizar la forma republicana de gobierno".

Una eficaz solución a este problema sería una precisa y estricta reglamentación, de acuerdo al espíritu de la Constitución, del derecho de intervención que posee el gobierno federal.

Además, se impone una activa campaña de reactivación económica paralela a una enérgica defensa del régimen impositivo provincial, cada vez más avasallado por parte del gobierno central.

Fernando Vidal Buasi.

El delito de cheque sin fondos, por
DAVID GROSSTASI. (Rev. del Notariado, Año LIX, N° 626, Marzo-Abril de 1956).

1º) Considera el autor que el delito configurado por el art. 302 del C. Penal es un delito "típicamente de carácter objetivo y formal y no necesita para su perfeccionamiento, ni la existencia de un daño causado a la víctima ni un dolo especial, sino que basta el genérico consistente en librar un cheque en las condiciones indicadas". (Cfr. Jurisprudencia citada por el autor).

2º) El bien jurídico protegido por este art. del C. Penal es —como lo indica su ubicación— la fe pública y no, como en una primera aproximación pudiera creerse, la propiedad. Es decir que protege no el daño económico que se pudiera ocasionar, sino el mero hecho de librar un

cheque sin fondos, lo que afecta el valor del mismo como instrumento de la circulación comercial, afectando así la estabilidad y seguridad de las operaciones comerciales.

3º) Al considerar este delito como un delito formal, la causa por la cual ha sido librado el cheque no tiene importancia a los efectos de su incriminación.

4º) Para que un cheque sea considerado tal, es fundamental la existencia de una cuenta corriente a la cual corresponde el cheque. (Cfr. C. Comercio y Gómeaz).

5º) Analiza el autor las variaciones de la Jurisprudencia respecto al libramiento de cheque en formulario que no sea propiedad del librador. El problema reside en saber si un cheque librado en estas condiciones cae bajo la incriminación del art. 302. Actualmente la Jurisprudencia considera que sí.

6º) "¿Cuándo se consume el delito? El delito se configura en el momento en que vence el plazo de 24 horas desde el protesto, sin que el librador haya pagado el cheque. El establecimiento del momento delictivo tiene importancia especial... por la incapacidad que pueda acarrearle al librador a raíz de su concurso o quiebra, y también para establecer el juez competente para entender en el proceso". Jurisprudencias de 1929 y 1938 establecen que el juez competente es el que entiende por tal el lugar en donde está radicado el Banco que emite el cheque que ha sido librado y no el lugar en donde fue escrito y entregado. Jurisprudencia posterior establece lo contrario, pese a lo cual el autor apoya la primera posición.

7º) Respecto a los cheques emitidos por sociedades, la Jurispru-

dencia establece que son responsables del delito todos los socios firmantes.

8º) El autor considera que la provisión de fondos debe existir en el momento en que es presentado el cheque para su cobro.

9º) Por otra parte "el pago recibido a cuenta de un cheque sin fondos no importa renunciar a la acción penal".

10º) ¿Cuál es el valor del protesto del cheque? ¿Es un elemento esencial respecto a la tipicidad del delito, o sólo es una prueba de la fecha cierta respecto al plazo de 24 horas dado para abonar el cheque? La Jurisprudencia indica que debe considerarse sólo como un medio probatorio, pese a lo cual la opinión más generalizada considera el protesto como elemento configurativo del delito.

11º) El protesto debe ser realizado ante el girado, es decir ante el Banco emisor. La Jurisprudencia indica que la notificación del protesto al librador no es necesaria para configurar el delito.

12º) Respecto a los requisitos que debe reunir el protesto, la Cámara Nacional en lo Penal de la Capital resolvió (5/5/33) que para configurar el delito no es necesario que el protesto reúna todos los requisitos que requiere el art. 717 del C. de Comercio. Pero así como la Jurisprudencia de la Capital es amplia, la de Córdoba de una interpretación más restrictiva.

13º) Tampoco importa para la configuración del delito el que el cheque haya sido protestado fuera de término, es decir, fuera de los plazos en los cuales los Bancos abonan los cheques presentados para su cobro.

14º) La falta de protesto trae distintas consecuencias según se le considere desde el punto de vista comercial o penal. Penalmente, el delito se tiene por no cometido por falta de la prueba esencial.

15º) La Jurisprudencia indica que no existe delito "cuando la falta de pago obedece a la imposibilidad legal de pagar por haberse presentado el librador a la fecha del protesto o dentro de las 24 horas en concurso, convocatoria o quiebra". Si delinque, en cambio, quien libra el cheque una vez presentado en quiebra o concurso.

F. V. B.

Declaración de quiebra y proceso por quiebra fraudulenta, por Maso A. Comuco. (La Ley, T. 72, Sec. Doc. 1885).

El autor hace especial referencia al comentario de Ricardo Núñez (Rev. La Ley, t. 70, pág. 536) sobre un fallo de la Cámara de lo Penal en esta materia; por decisión de la mayoría se resolvió que era nula la sentencia de condena por delito de quiebra fraudulenta y que era nulo todo lo actuado, porque el auto declarativo de la quiebra dado por el juez de comercio había sido recurrido y la Cámara Mercantil no se había pronunciado al respecto. El autor sostuvo, en disidencia con la mayoría, que la sentencia no debía ser anulada sino revocada, absolviéndose al procesado.

Al hacer un análisis exhaustivo de las cuestiones relativas al proceso por quiebra fraudulenta, estudia críticamente los puntos de vista expuestos por Núñez con rela-

ción a las mismas. Sucesivamente se refiere a: 1. La quiebra como cuestión prejudicial. 2. Como cuestión previa. 3. Como condición de procedibilidad. 4. Distintos medios por los cuales es posible excluir la condena cuando falta la declaración de quiebra.

1º En orden a su posible función prejudicial en el proceso penal, el autor analiza la quiebra desde tres aspectos distintos: calificación de la quiebra, declaración de la quiebra, cuestión relativa a la validez formal del auto declarativo de quiebra.

La calificación de quiebra no es ni ha sido nunca cuestión prejudicial porque es de la esencia de las de este tipo, que se refieren a hechos distintos de los que constituirían la acción delictuosa. En la quiebra los actos que califica el juez de comercio, son precisamente los que constituirían el delito de quiebra.

La declaración de quiebra no reviste el carácter de cuestión prejudicial porque para que exista ésta es necesaria la existencia de una controversia; el código penal se refiere al comerciante declarado en quiebra y por consiguiente, la única cuestión que puede presentarse es la relativa a la existencia del auto declarativo de falencia y no a la preexistencia de las condiciones que lo hicieron procedente; y es muy posible que se cuestione no la existencia material del auto sino su existencia formal, es decir su validez jurídica.

2º Esta cuestión, así como la relativa a la validez formal del acto del matrimonio, es previa, en el sentido de que se refiere a la existen-

cia de un presupuesto del delito constituido por un acto fehacientemente distinto de la acción delictuosa, y de que debe ser resuelta antes de la decisión sobre la procedencia de la represión. Es previa en cuanto es prejudicial. Pero la declaración de quiebra no es cuestión previa; es un acto constitutivo del delito, del mismo modo que la declaración de matrimonio antecedente no es una cuestión previa sino uno de los requisitos de la bigamia.

3º Si la declaración de quiebra es uno de los elementos del delito, lo que no puede haber en su ausencia, es delito; y de la inexistencia del delito no se sigue que no pueda haber proceso pues la finalidad de este último consiste en la comprobación del fundamento de hecho que contenga la pretensión punitiva y en la determinación de la legitimidad de la misma.

4º En cuanto al problema relativo a la vía por la cual se ha de excluir la condena cuando falta la declaración de quiebra, sostiene el autor que por tratarse de una cuestión de fondo, la condena se ha de excluir mediante un pronunciamiento sobre el fondo, dependiendo la naturaleza de éste, del grado de desarrollo alcanzado en el respectivo proceso: sobreseimiento, absolución, desestimación de la querrela en función de lo dispuesto por el art. 366 del código de la Capital. Al analizar el fundamento de esta desestimación, rechaza la tesis de "falta de acción para perseguir criminalmente", porque si el juez aplica el art. 366 es en cuanto se considera legítimamente estimulado por el reclamo del querrelante. La ley autoriza el proceso porque hay

acción y autoriza su inmediata clausura porque no hay delito.

María Amelia Olivera.

La Premisa Inarticulada en las Sentencias, por ALBERTO SIVIGNA. (Traducción del Dr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo). (Revista de la Facultad de Derecho de México. Enero-Marzo 1956, N° 21).

Comienzo por destacar el autor la importancia del papel del juez en la aplicación de la ley. Luego de recordar la reacción contra la prepotencia del juez, marcada por Montesquieu con su idea del juez-guillotinado, concebido contra la arbitrariedad de los jueces del antiguo régimen, llega con Hauriou a que fué preciso más de un siglo, después de la Revolución Francesa, para que los jueces recuperasen sus poderes naturales. Ahora bien, una vez establecido que el juez participe en forma personal en la aplicación de la ley, surge la cuestión que es la méfala del artículo. ¿Puede el juez desprenderse de su propia personalidad y ser absolutamente imparcial? La respuesta es negativa. La falta de imparcialidad absoluta lleva necesariamente a admitir lo que el magistrado norteamericano Oliver Wendell Holmes denominó la premisa mayor inarticulada. Es decir "la presencia" en las resoluciones judiciales de la personalidad del juez, formada por concepto, prejuicio, ideas, ideologías, simpatías, antipatías, etc., que actúan a manera de mecanismo oculto pero inevitable, con preponderancia de la más absoluta honradez del magistrado y en forma inconsciente.

Corrobora el punto con unos hermosos conceptos y ejemplos tomados de la obra "Derecho y Política" de Harold Laski, quien llega a afirmar que la premisa mayor inarticulada ejerce una influencia capital en la orientación de las decisiones judiciales.

Pasa luego a considerar la cuestión en los Estados Unidos de Norteamérica donde se ha hecho patente en las decisiones de la Corte Suprema, las que han ido variando lentamente según la tendencia política de los hombres que la integraron.

Dice más adelante que la premisa inarticulada está presente en todas las géneros de decisiones, tanto de los más altos tribunales cuanto de los jurados y comisiones juradoras. Considera que donde puede alcanzar su expresión más amplia es en los jueces elegidos por votación popular, como sucede en la mayoría de los estados de la Unión, muy sensibles por cierto a las presiones políticas partidistas.

Muy fuerte intervención tiene por supuesto, en las decisiones de los jurados, cuerpos muy susceptibles de ser influenciados por todos los elementos que forman la premisa inarticulada. Trae el ejemplo de un jurado norteamericano que por antipatía al trust de la carne absolvió a un individuo que había raptado con fines de extorsión, a la hija de uno de los miembros de ese trust.

Concluye el autor que solamente la aplicación mecánica de la ley evitaría la influencia de la premisa inarticulada, lo que en la práctica no se puede llevar a cabo.

Como paliativo contra los excesos a que puede conducir, incluso una buena organización del modo de juzgar, un buen sistema de re-

claramiento de los jueces y el perfeccionamiento de la legislación en general.

Parasmos que aún así, la justicia humana seguirá ofreciendo en sus decisiones campo fértil a la premisa mayor inarticulada, que irá desapareciendo a medida que el perfeccionamiento del hombre lo haga menos "humano".

Oscar Filiguera.

RESEÑAS

Derecho Político, Constitucional e Internacional

Estado de Derecho y Poder Revolucionario, por JOSUÉ M. ORMA QUERASA. La Ley, t. 82, 19/5/52.

Sostiene el autor que si el gobierno provisional —tal como lo ha manifestado reiteradas veces— desea mantenerse dentro del Estado de Derecho, ni el "breche" revolucionario ni la consecución de los fines de la revolución, autorizan a crear instancias extrañas al orden constitucional, puesto que las características del Estado de Derecho no admiten su existencia.

Por lo tanto, para declarar la invalidez de la reforma constitucional de 1949, con la necesaria relevancia legal, es necesario que se lo haga por intermedio del órgano competente. En caso contrario se corre el peligro de caer en el "decolonismo", de "afirmar la incapacidad de la norma para regir en el "estado de excepción" y promover la discrecionalidad política a la categoría de criterio último del gobierno".

F. V. B.

La Libertad de Asociación y el Estatuto de los Partidos Políticos,

por ARMANDO E. PAREY. La Ley, 6-X-52.

La inminente sanción de un Estatuto para los Partidos Políticos ha provocado las más dispares opiniones; sólo despojándonos de nuestros prejuicios es posible comprender el problema en su realidad institucional y jurídica.

Entre la asociación y el partido político hay una relación de género a especie; el partido político no es más que una asociación con fines políticos, y como tal está sometido a la atención legislativa y fiscalización del estado.

El análisis de la legislación comparada nos enseña que tanto en épocas pasadas, como en las modernas democracias, las asociaciones políticas son objeto de reglamentación. Se trata de dotarlas de formas de gobierno afines con los principios que rigen la vida política de la nación. Para salvaguardar la salud democrática de nuestras instituciones es necesario evitar que el fraude y la corrupción vuelvan al seno de los partidos, cuya organización interna debe ser análoga a la de los poderes nacionales.

Dirigentes elegidos por el sufragio de todos los afiliados, ingreso libre a las distintas agrupaciones, publicidad de los padrones, deben ser los principios fundamentales del Estatuto de Partidos Políticos.

E. H. M.

El Derecho de Asilo no es un Derecho, por el Dr. JOSÉ JUAN SANTA PASTOR. J. A. N.º 6363. 23-IV-1956.

Demuestra esquemáticamente que el "derecho de asilo" en Europa no

tiene fundamento jurídico, basándose su práctica solamente en razones de sentimiento humanitario; resalta los caracteres asumidos durante la segunda guerra mundial, haciendo referencia en especial al caso de España, (excepción a esta regla) y a la actividad del Vaticano.

E. F. S.

Planteamiento de Actualidad. Algunos aspectos de la Reforma Constitucional, por el Dr. CECILIO ZAVALLA, D. J. A., 19 de julio de 1954.

En breve y concisa publicación el Dr. Zavalla encara nuevamente el problema de la Reforma Constitucional. La primera cuestión que contempla es la del momento en que debe llevarse a cabo el proceso de reforma. Entiende así que el reajuste de orden constitucional debe proceder al restablecimiento de los poderes electivos de gobierno. Cree que el Gobierno Provisorio tiene poderes suficientes para convocar la Convención; a la que no debe llamarse Constituyente sino Reformadora, ya que aquella designación sólo correspondería a la reunida en 1853.

Sostiene el autor que debe mantenerse la elección indirecta de Presidente y Vicepresidente y rechazar también la corriente de opinión que propugna la elección popular de los miembros del Senado Federal. No concibe la existencia y funcionamiento de dos Cámaras del mismo origen. Para el caso de modificarse la norma actual cree que sería una variante digna de consideración que el nombramiento de senadores quede librado a la legislación de cada provincia.

En cuanto a la elección de Diputados Nacionales, sostiene la conveniencia de suprimir el art. 37 en cuanto dice que serán elegidos "a simple pluralidad de sufragios". De este modo el Congreso podrá dictar la ley electoral que mejor consulte el afianzamiento institucional.

Será indispensable proveer a la defensa y protección de todos los derechos y garantías enunciados e implícitos en la Constitución. Sostiene que la bondad de esta medida evitará que se intenten desatinados remedios que no aparecen autorizados en los textos legales.

Se hace cargo luego de una opinión que casi se ha convertido en "slogan": la conveniencia de disminuir las facultades del Presidente, fortaleciendo las del P. L. Entiende que acarrearía hondos trastornos otorgar al Congreso el derecho de prorrogar las sesiones ordinarias y convocar a extraordinarias. Recuerda también que es un serio error sostener que el Congreso está supeeditado al decreto de convocatoria para iniciar sus sesiones ordinarias el 1º de Mayo.

En cuanto al gobierno de la Capital Federal (ver artículo del Dr. Zavalla: "El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", en *Diario de Jurisprudencia Argentina*, abril 12 de 1954), cree que el Inc. 3º del art. 86 C. N., se opone a la aspiración de asegurar el gobierno de elección popular en el Distrito Federal. Solamente suprimiendo este inciso podrá tener cabida la consagración de ese sentimiento tradicional.

Finalmente entiende que estará revestida de significado y trascendencia la supresión del art. 32 de la C. N., en cuanto impide al Con-

grazo reglamentar la libertad de imprenta y establecer sobre ella la jurisdicción federal.

J. L. V.

Derecho del Trabajo

Noción de "Indisponibilidad" en el Contrato de Trabajo, por el Dr. Mamá A. Miróva. (La Ley, 17 de mayo de 1956).

Entiende el autor que la "subordinación" ya no llena completamente su función de caracterizar el contrato de trabajo, toda vez que la legislación laboral, ampara actualmente, a una buena parte de trabajadores independientes. El trato típico del contrato de trabajo, consiste en la "indisponibilidad", esto es, en la imposibilidad para el trabajador de procurarse otros medios de subsistencia fuera de la retribución que le abona el empleador.

J. D.

"¿Debe Prohibirse al Sindicato la Actividad Política?", por Eusebio R. Katz. La Ley, martes 3 de abril de 1956.

Sirve de pretexto de este artículo el trabajo de Rodolfo A. Nápoli: "Hacia la representación sindical democrática" (La Ley, 14 de diciembre de 1955). El autor comenta la opinión de Nápoli de la necesidad de prohibir estrictamente, bajo sanciones, toda actividad política del sindicato. El autor rechaza esta tesis, considerando que tal prohibición, más que garantía de libertad e independencia, sería un instrumento de opresión en manos del Estado contra el sindicato. Pasa revista de manera somera a varias opinio-

nes doctrinarias concordantes con su posición (Deveali, de la Cueva, Krotoschin) y a las particularidades de algunos países como Inglaterra, Alemania y Estados Unidos.

Señala la contradicción que significa el ser partidario de la pluralidad sindical —como el Dr. Nápoli— y pensar que no debe permitirse la actividad política del sindicato, puesto que cree, con Deveali, que en tal sistema la actividad política no afecta la libertad sindical.

"Acerca de si los Sindicatos deben actuar en Política", por Roberto A. Nároca, en La Ley, 8 de mayo de 1956.

Constituye la respuesta de Nápoli al artículo de Katz, aparecido en La Ley, y que arriba resumimos. Insiste el autor en la tesis que defendiera en su trabajo anterior. Opina, en contra de Katz, que sigue vigente el peligro de la captación por el partido político oficialista de la organización sindical y piensa que contra tal captación constituye una barrera la prohibición de actuar en política. Cree que la organización de un "debido proceso legal" para el otorgamiento de la personería gremial disiparía el peligro de la utilización opresiva por el Estado de la cláusula prohibitiva.

Indica la necesidad de legislar teniendo en cuenta la "realidad nacional", con lo que pretende relativizar el ejemplo de la experiencia sindical de los países citados por Katz.

Rechaza la extensión de los términos "actividad política" que le atribuye Katz. Dice que el sindicato no debe ocuparse de las actividades del Estado sino en la medida de

su propia finalidad. Caen dentro de esa finalidad la "política social y económica".

Analiza esquemáticamente la cuestión de la huelga política. Se hace cargo de la crítica de Katz en lo que se refiere a las relaciones entre pluralismo sindical y actividad política, pero lo hace sin haber comprendido el sentido de la objeción.

Apreciación final: En general los dos trabajos se mueven un poco en el aire, aún cuando pretenden ambos ser realistas. No hay una descripción de la situación real y actual de la estructura sindical argentina y, por lo tanto, no se detienen a hacer un balance de perspectivas concretas.

G. D.

El principio "A Igual Trabajo, Igual Remuneración" en el Decreto-Ley del Poder Ejecutivo Nacional número 2733/56, por el Dr. Héctor Masera. (Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 25 de marzo de 1956, D. J. L. n° 6334).

Recuerda el autor los antecedentes, especialmente de orden internacional, del decreto 2733/56, que propicia la equiparación, en la retribución, del trabajo masculino y femenino y refuta las objeciones que se formulan contra ese principio, que considera una conquista de amplio alcance práctico, por su repercusión económica y ámbito de aplicación.

J. D.

Derecho Minero

Situación Institucional de las Minas, por el Dr. GUILLERMO J. CAMO. J. A. n° 4324. 13-IV-1956.

Se refiere al problema planteado por la derogada constitución de 1949, afirmando la necesidad de reconocer a las provincias la propiedad de las minas, sin inconvenientes para la soberanía nacional, imponiéndose la propiedad estatal de los yacimientos en cabeza de los estados provinciales.

Sostiene luego, que es indispensable una reglamentación procesal orgánica, de la cual carecen la mayoría de las provincias, debiéndose además estatuir, separadamente, sobre la organización de la autoridad minera, actividades ambas (jurisdiccional y técnica) reunidas en la Dirección Nacional de Minería, en desmedro de su eficacia.

Además se impone la coordinación del fomento minero en un solo organismo que asegure la unidad de la política estatal en la materia, debiendo arbitrarse la centralización de la actividad minera desarrollada por el Estado, ejercida hoy por diversos organismos.

E. F. S.

Derecho Civil

La responsabilidad contractual de los escribanos, por MARIAN OMBÚ. J. A., año XVIII, n° 6467, 8-8-56.

Sostiene el autor que en los casos de responsabilidad civil de los escribanos —casos derivados del incumplimiento de las obligaciones que nacen de su función— deben aplicarse las normas correspondien-

tes a la responsabilidad contractual. Cita en su apoyo el autor, abundante doctrina y jurisprudencia francesa, así mismo como la falta de precepto expreso en nuestra legislación y la discutible noción de que el escribano no recibe mandato cuando se le encarga la confección total de una escritura y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

F. V. B.

La Derogación del Divorcio Vincular y sus Consecuencias: el Concubinato y el Adulterio, por JULIO DASSER, Publicado en La Ley del 7-6-36, pág. 1.

Expresa el autor al comienzo del trabajo que reseñamos que, sin proponerse estudiar los motivos que determinaron la aparición del decreto 4079, en su parecer dicha medida ha incidido en nuestro derecho de familia.

Refiérese al estado de cosas imperantes con anterioridad a la sanción de la ley 14394 (art. 31) que nos indicaba el aumento constante de separaciones conyugales, ya fueran éstas de hecho o resueltas con intervención de los Jueces, (problema que había sido considerado por Bihleri en su "Anteproyecto") separaciones que —continúa— no resultaban provocadas por una ley que aún no se había dictado. Señala que tales situaciones motivaron el concubinato y como consecuencia el adulterio, dado que las normas prohibitivas que impedían el nuevo casamiento de los divorciados (separados de cuerpos y bienes) no evitaban ni con mucho las nuevas uniones que nacieron al margen de la ley.

Ahora, derogada la ley que admitía el divorcio vincular, estima el autor que el orden jurídico sufrirá nuevas perturbaciones por cuanto se producirá la proliferación de nuevas uniones de hecho, de nuevos casamientos en el extranjero contraídos en violación a nuestro derecho positivo.

Propugna, finalmente, que se estudien las causas y no los efectos que motivan las disoluciones matrimoniales, y ratifica su parecer de que las actuales circunstancias indican la conveniencia de que se mantenga en vigencia el divorcio vincular que hace al orden jurídico de nuestra sociedad.

A. A. M

Relatividad de los Derechos y Abuso del Derecho. Dos Principios Distintos Confundidos en la Doctrina, por GUILLERMO L. ANAZAR, La Ley 6-7-36.

En un intento de clarificación de conceptos jurídicos, se propone al Dr. Allende separar dos nociones que reiteradamente son tomadas, sin mayor análisis, por idénticas o por lo menos que una es correlario de la otra.

El interés de la investigación reside en que permitiría adoptar una definitiva postura frente a la moderna teoría del abuso del derecho.

Toma el autor como principal punto de referencia al jurista francés Jousseand por ser quien ha estudiado más a fondo la teoría especialmente a través de su obra fundamental: "De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits".

El mantener como síndromos los dos conceptos —relatividad y abuso

del derecho— permite a Josseland a la vez que recenstrar numerosos ejemplos en el derecho francés en apoyo de su tesis, oponer como antitéticas las célebres máximas romanas: "dura lex sed lex" y "nummum jus summa injuria".

Opina el autor que el fenómeno de la relatividad de los derechos como opuesto a la existencia de derechos absolutos, ha tenido plena vigencia en todos los sistemas jurídicos, no sólo como constatación objetiva del contenido variable las instituciones, sino también como norma dirigida exclusivamente al legislador.

Pero de esta afirmación no se sigue "la existencia de una norma que autoriza al juez, en determinados casos, a no otorgar un derecho expresamente establecido por la

ley". De esta manera las recordadas máximas romanas lejos de contradecirse se complementarían. La primera —dura lex...— que tiene como destinatario al poder judicial permanecería como valla opuesta a la arbitrariedad; la otra —nummum jus...— valdría como "principio de alta moral jurídica dirigido únicamente al legislador".

Los ejemplos propuestos para fundamentar la tesis más amplia dentro del abuso del derecho sería solamente casos de relatividad contemplados por el legislador. Quedaría para el abuso del derecho el estrecho límite que le acotan fórmulas tan eclécticas como la del C. C. Alemán. Criterio que el autor igualmente rechaza por considerar que la materia no se presta para tal posición.

M. A. C.