

# lecciones Y ENSAYOS

17

*FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES*

*Buenos Aires, 1960*

2

## HECTOR JOSE TANZI

JUREZ

Como se podía ver de otra manera, nuestra primera preocupación al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad, fue la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Buscaba la publicación de la REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinistas y extranjeros, que sólo mediante una vinculación respecto a la labor académica del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comunicaran entre sí y tengan una tribuna donde adhirieran en el carrilero jurídico, donde formaran con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Fue otra parte, sin ignorar la brillante y férvida existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concurre mediante una publicación periódica a completar los métodos imperfeccionados y necesidades de nuestros estudiantes, a renovar, como tribuna, a la experiencia de quienes se quieren que se pase por la Facultad que un momento estudiar y sentir solamente, marcado sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear LECCIONES Y ENUNCIOS. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Enunios de los estudiantes que valor para sus competencias y nuestra ciencia jurídica 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 aborreciendo el transcurso entorpecido de cubrir gastos.

LECCIONES Y ENUNCIOS es nombre 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 universitaría argentina.

Ignacio Wisnisky  
LECCIONES Y ENUNCIOS, Nº 1:

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Francisco F. Laplaza

VICEDECANO

Dr. Guillermo Abamada

CONSEJO DIRECTIVO

*Profesores*

Consejeros titulares: Dr. Marco A. Rivolta, Dr. Julio Dames, Dr. Aquilino H. González, Dr. Héctor Ruiz Moreno, Dr. José M. López Giacchino, Dr. Ambrosio L. Gioja, Dr. Manuel M. Díaz.

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

*Egresados*

Consejeros titulares: Dr. Roberto S. Pastiglione, Dr. Francisco E. Trusso, Dr. Eduardo A. Roca, Dr. Dionisio Vogogna.

Consejeros suplentes: Dr. Aníbal D. Varela, Dr. Guillermo O'Donnell, Dr. Juan A. Corgegnini, Dr. Jorge A. Barquet.

*Alumnos*

Consejeros titulares: Sr. Jorge A. Galano, Sr. Roberto J. Quieto, Sr. Juan J. A. Acila, Sr. Juan A. Sangiacomo.

Consejeros suplentes: Sr. Eduardo A. Barusso, Sr. Alberto L. Iriar, Sr. Arnaldo Klainov, Sr. Enrique J. Bellaguarda.

# LECCIONES Y ENSAYOS

1960

N.º 17

Pág.

## ESTUDIOS

JOSE M. LOPEZ OLACIREGUI: De la nulidad de los actos jurídicos .....	7
GUILLELMO F. FRUGONI REY: La legitimación en el Código Civil y en la ley 14.387 .....	23
WERNER GOLDSCHMIDT: El mundo jurídico como orden de reparto .....	39

## TEXTOS

TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SUSCRITOS EN MONTEVIDEO EN 1889 y 1940 .....	57
V. Tratado de Derecho Civil Internacional	
VI. Tratado sobre propiedad intelectual	
VII. Tratado de Derecho Procesal Internacional	
VIII. Convención sobre el ejercicio de profesiones liberales	
IX. Protocolo adicional	
APENDICE. Decreto-ley 7771/56 .....	93

## NOTAS Y COMENTARIOS

AGUSTIN GORBILLO: Estructuración dogmática del Estado de Derecho (Relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional) .....	97
--	----

## ENSAYOS

CARLOS SCHARGORODSKY: Relaciones entre la voluntad y la declaración en la teoría de Francesco Ferrara .....	113
---	-----

## ESCRITOS JUDICIALES

JORGE H. HARISPE: Promueva demanda por consignación de alquileres .....	121
---	-----

## UNIVERSITARIAS

MARIA CATALINA TRILLO: Asistencia Social y su enseñanza en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires .....	127
Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho (Ciencias Jurídicas y Sociales) .....	133

## LIBROS Y REVISTAS

Notas de: Luis V. Galeano, Pablo A. Horvath, Carlos A. R. Lagomastino, Trifido Mejíalety y Horacio Sanguinetti .....	137
--	-----

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES:**  
*Doctor Ignacio Wislitzky*

**CONSEJO DE PROFESORES**

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

**CONSEJO DE REDACCION**

*Director: Teófilo Mejstřík*

*Subdirectores: María E. Angulo*

*Secretaría de Redacción: Pablo A. Herrath*

*Secretarías adjuntas: Aurora S. Frutos y María G. Sabia*

*Redactores: Héctor A. Mairal, Luis Pedernada (h.), Enrique S. Petroschi,  
Leopoldo H. Schiffrin, Jorge C. Servetti Rosen*

*Redactores suplentes: Leopoldo Magallanes y Ana R. Cunat*

Hecho el depósito que dispone la ley Nº 11.725

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

## ESTUDIOS





# DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

## 1ª PARTE

Por

JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI  
Profesor Titular de Derecho Civil I

### 1. NOTAS DE CLASE.

I. Las presentes notas corresponden a clases dictadas en el curso de Parte General.

Pensar una materia para explicarla en clase es forma especial de pensarla: es pensarla en perspectiva de camino por el que se avanza en etapas, marchando de una demostración a otra. Cada clase es parte de un curso que tiene continuidad.

Es pensarla con propósito de sencillez más que con finalidad de erudición.

Esto último influye en el método. El estudio de una materia de derecho positivo debe comenzar con el estudio de las ideas que la componen a través de un análisis directo de los principios que las rigen. A veces esto puede hacerse simultáneamente con el estudio de las distintas opiniones sobre esos principios, es decir, el estudio externo de las teorías sobre la materia. Pero en otros casos, si la dispersión de opiniones es mucha, resulta más conveniente diferir su estudio para un segundo momento, porque de lo contrario se corre el riesgo de que por conocer la zona externa del tema no se llegue a tener idea de su contenido interior.

Al preparar estas notas hemos tenido ese cuidado: comenzar pensando directamente la materia, conduciendo al alumno a compartir el pensamiento; s/n más citas que las indispensables. Dejar para un segundo momento el estudio de las divergentes doctrinas y opiniones sobre puntos que ya se conocen.

Nos hemos propuesto un planteo lógico, simplificador y ordenado de una materia difícil.

Decimos planteo porque proponemos ideas sin afirmar conclusiones; lógico porque tratamos de prenderlo al hilo de un pensamiento que se sigue a sí mismo; simplificador porque no otra tarea tienen los profesores que la de hacer s/implé lo complejo al tiempo de explicarlo; ordenado, porque s/n orden no hay s/implé. Reconocemos que la materia es difícil no para amedrentar

al alumno sino para alertarlo. Es difícil porque el entrecruzamiento de las ideas que la componen forma una trama sutil, pero la inteligencia está hecha para disolver dificultades atacándolas con los ácidos del análisis y la reflexión. Además, cuando se las ha resuelto, todas las cosas son fáciles, como lo son los rompecabezas cuando se conoce la clave y, aunque en las ciencias jurídicas no haya claves, hay métodos que ayudan a pensar.

## 2. MÉTODO. PLAN.

Comenzaremos por encerrar la materia para ubicarla y luego la iremos analizando para comprenderla. Por último consideraremos la doctrina y jurisprudencia formada en su torno.

Seis pasos darán contenido a otros tantos capítulos. Anticipemos sus temas:

- Cap. I. Ubicación y definición provisoria.
- Cap. II. Definición descriptiva y análisis. Es el problema de la nulidad en sí.
- Cap. III. Nulidad e inexistencia.
- Cap. IV. Tipos de nulidad.
- Cap. V. Cómo se llega al estado de nulidad. Problemas de declaración.
- Cap. VI. La nulidad en acción: el problema de los efectos.
- Cap. VII. La materia a través de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, tema expositivo y no problemático que podríamos llamar de historia y realidad externa de la teoría de nulidad.

Con estas aclaraciones entramos en materia.\*

## CAPÍTULO PRIMERO.

### UBICACIÓN Y DEFINICIÓN PROVISORIA.

#### 3. SUMARIO ANTICIPADO.

Nos proponemos demostrar que la nulidad no es una noción autónoma sino derivada.

Un calificativo del acto jurídico y sólo del acto jurídico.

Una calificación negativa: calificación de ineficacia, que consiste en una privación de los efectos queridos.

Que esa calificación de ineficacia proviene por reflejo de la falta de requisitos de eficacia, con lo que volvemos al punto de partida: la nulidad no es noción autónoma sino derivada.

Que la privación de efectos por falta de requisitos no supone necesariamente la sanción de una ilicitud.

#### 4. DESARROLLO DE ESTAS PROPOSICIONES: NO ES NOCIÓN AUTÓNOMA.

Decimos que no es noción autónoma ni substantiva, sino idea

\* Los capítulos V, VI y VII se publicarán en un próximo número.

derivada o adjetiva. No podemos hablar de "nulidad" en abstracto sino de la nulidad de algo o de alguien. Es calificación que requiere sujeto. En derecho hablamos de nulidades de actos jurídicos del mismo modo que en el lenguaje ordinario hablamos —con otro sentido— de la nulidad de una persona o de un esfuerzo, etc. No hay "nulos" sino actos, personas o esfuerzos nulos.

Y lo que decimos de la nulidad vale para la ineficacia, que es el contenido de la nulidad. No hay "ineficaces" sino actos, sujetos o esfuerzos ineficaces.

#### 5. ES CALIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO Y SÓLO DEL ACTO JURÍDICO.

En nuestra materia, la nulidad concebida como adjetivo jurídico es calificación de los actos jurídicos y sólo de los actos jurídicos. No hay problema de nulidad de actos ilícitos ni tampoco de simples hechos.

La razón es sencilla. La nulidad como ineficacia se refiere a la no producción del efecto querido por las partes.

Hay que poner el acento en esto último: se trata de que no se produzca el efecto querido.

Sólo el acto jurídico tiene la virtud de producir los efectos queridos.

Sólo el acto jurídico produce los efectos porque las partes lo quisieron. Sólo el acto jurídico tiene la virtud de determinar el contenido de su propio efecto.

En este sentido sólo el acto jurídico tiene eficacia propia.

(No porque el acto jurídico produzca por sí solo el efecto querido pues siempre requiere la consagración de la ley, sino porque una vez obtenida esa consagración, el efecto que se produce es el que las partes quisieron. El acto designó el efecto y la ley lo aprobó).

Si sólo el acto jurídico tiene eficacia propia (entendiendo la expresión con el alcance indicado) sólo el acto jurídico puede perder accidentalmente esa eficacia. Y si la pérdida accidental de esa eficacia configura nulidad, sólo el acto jurídico es pasible de nulidad.

Se confirma pues la idea propuesta en el acápite.

Un ejemplo para ver por qué un acto ilícito no puede adolecer de nulidad.

Señalamos que la nulidad es pérdida de validez y de eficacia y que sólo se puede perder algo que se tiene. No se puede perder lo que no se tiene; el acto ilícito no puede verse privado de una eficacia de que carece.

Comparemos la situación de quien compra una cosa y de quien roba una cosa. Ambos otorgan actos voluntarios dirigidos a un mismo fin: adquirir la propiedad de la cosa. El que la compra sigue el camino legal (acto jurídico de compra) y por ello normalmente obtendrá el resultado perseguido (adquisición de la propiedad) y sólo por accidentes circunstanciales (defectos

en el acto) la compra podrá resultar ineficaz (nulidad y no producción del resultado).

En cambio, la situación del que la roba es distinta: si la ley nunca consagra el resultado perseguido (el robo no es medio de adquisición), no se podrá por tanto decir que dejó de adquirir la propiedad porque el robo "adoleció de nulidad", ni se podrá decir que el robo por circunstancias especiales perdió la virtud de producir el efecto perseguido, desde el momento en que nunca tuvo esa virtud.

#### 6. ES UNA CALIFICACIÓN MERAMENTE NEGATIVA. ES LA NEGACIÓN DEL ACTO.

Ya hemos visto que la noción de nulidad no es autónoma sino subsé'ndaria, no es substantiva sino calificativa.

Dando ahora un paso más veremos que esa calificación de nulidad es siempre meramente negativa.

Es la negación de la positividad en que el acto consiste.

Es decir: el acto jurídico supone que en virtud de una voluntad declarada se produzcan los efectos queridos por los declarantes. Y la nulidad —negación del acto jurídico— consiste en que ante una voluntad declarada NO se produzcan los efectos queridos por los otorgantes.

Bastó agregar un "NO" para pasar de la noción de acto jurídico a la noción de nulidad. La nulidad —repetimos— es la negación del acto en su virtualidad.

No es el planteo que frente al "acto" opondría el "no acto" sino la negación de virtudes que frente al "acto eficaz" opone el "acto no eficaz".

Des palabras para insistir en esta idea.

La teoría del acto jurídico se compone por un encadenamiento de causas y consecuencias positivas:

- a) dado un acto de voluntad dirigido a un resultado jurídico;
- b) otorgado con licitud y de acuerdo a requisitos legales;
- c) la ley consagra la voluntad privada;
- d) y el acto produce los efectos queridos por los otorgantes.

La teoría de la nulidad se compone por un encadenamiento correlativo y opuesto de causas y consecuencias negativas:

- a) dado un acto de voluntad dirigido a un resultado jurídico;
- b) otorgado sin licitud o sin acuerdo a requisitos legales;
- c) la ley no consagra la voluntad privada,
- d) y el acto no produce los efectos queridos.

Por ende un "a/x" donde había un "con", y dos "no" en lugar de otros tantos "si", la teoría del acto jurídico se convirtió en la teoría de la nulidad.

## 7. NEGATIVA DE LA EFICACIA Y NO DE LA EXISTENCIA.

Advertimos una cosa: de las cuatro proposiciones contenidas en los planteos correlativos del número anterior, hay una que es común a ambos planteos: es la señalada con la letra "a".

Tanto la teoría de la eficacia del acto como la teoría de su nulidad parten de un mismo supuesto: "dado un acto de voluntad dirigido a un resultado jurídico".

La nulidad presupone un acto que se otorgó. Su virtud propia (virtud negativa por otra parte) es que habiéndolo otorgado no tenga eficacia.

La nulidad no es negación de la existencia sino negación de la eficacia.

No va del "acto sucedido" al "acto no sucedido", sino —según dijimos— del acto sucedido eficaz al acto sucedido no eficaz.

Y el movimiento de la construcción negativa está calado sobre el de la positiva. Porque —repetámoslo una vez más— la noción de nulidad no es autónoma sino derivada; sus negaciones son el reflejo invertido de las afirmaciones a que se oponen.

La ineficacia es mero reverso. No reverso autónomo —como puede serlo el de una medalla— sino reverso de la caladura que traspasó la materia.

La ineficacia es pura y simplemente falta de eficacia; es su negación; es eficacia fallada porque no se cumplieron requisitos.

## 8. DEL ANÁLISIS A LA DEFINICIÓN.

El desarrollo correlativo de la teoría del acto jurídico en su faz positiva o negativa queda gráficamente expresado en el siguiente cuadro:

### Acto jurídico

- |   |   |
|---|---|
| 1) Dado el incumplimiento de requisitos (defecto constitutivo), | 1) Dado el cumplimiento de requisitos,                        |
| 2) por disposición de la ley,                                   | 2) por consagración de la ley,                                |
| 3) no se producen los efectos queridos (ineficacia o nulidad).  | 3) se producen los efectos queridos por las partes (eficacia) |

Y así como el cuadro en su orden propio reproduce el proceso de consecuencias que conducen a la eficacia o a la nulidad, si lo leemos en orden inverso nos dará las definiciones de los términos finales. Si nos preguntamos "¿qué es la nulidad?" la respuesta surgirá de leer en orden sucesivo los números 3, 2 y 1 de la segunda columna:

"Es la no producción de los efectos queridos (ineficacia)  
"por disposición de la ley,  
"en virtud de defectos constitutivos".  
Hemos llegado así a una definición provisional.

## 9. EL PORQUÉ DE LA INEFICACIA. FUNDAMENTO Y FILOSOFÍA DE LA NULIDAD.

Todo en derecho responde a una razón. Debemos buscar la razón de la ineficacia en que la nulidad consiste.

La ineficacia de un acto de voluntad humana, dirigido a un efecto jurídico podría parecer contraria al principio de la autonomía de la voluntad que implica la consagración del poder jurídico de esa voluntad.

Sin embargo no es así, porque esa consagración integra un cuadro general en el que el principio de autonomía ocupa un lugar. La proclamación se hace conforme a recaudos y requisitos.

La autonomía de la voluntad supone la consagración de la fuerza jurídica de los actos jurídicos como instrumentos complementarios de la ley y subordinados a ella en la tarea de regular la vida social.

Esa tarea de regulación, en términos generales, se cumple por dos medios:

- a) por leyes;
- b) por actos jurídicos consagrados por las leyes.

Pero para que el acto jurídico sea consagrado por la ley es menester que se le otorgue conforme a la ley y que no se oponga a la ley. Si el acto jurídico no se otorga en esas condiciones o si se opone a la ley, ésta lo rechaza. El rechazo es la reacción lógica de la legalidad frente a actos que no se ajustan a sus prescripciones. Ese rechazo configura la nulidad que por tanto resulta justificada por la necesidad de asegurar la supremacía de la ley. La voluntad jurídica no está sobre la legalidad sino dentro de ella, subordinada a ella. Actúa como colaboradora de la ley y bajo sus órdenes.

## 10. NATURALEZA. ¿ES LA NULIDAD UNA SANCIÓN?

Como la nulidad es una reacción de la ley que priva al acto de efectos, se la ha considerado clásicamente como una sanción. Esa opinión es mantenida actualmente por distinguidos autores (ver capítulo VII, nota 2). Presentamos ahora el caso en su forma más simple.

La nulidad sería la sanción propia al acto jurídico del mismo modo que la indemnización es sanción del acto ilícito.

Sería sanción porque priva de eficacia al acto, porque lo invalida, porque priva a una o a ambas partes —según los casos— de los derechos que el acto le hubiera acordado.

Sólo considerando a la nulidad como una sanción esa privación resultaría jurídica. De lo contrario podría ser arbitraria.

Este es el planteo de la tendencia referida.

#### 11. LA NULIDAD NO SERÍA UNA SANCIÓN.

Otra posición, a la que adherimos, considera que la nulidad no debe ser pensada como una sanción.

Los argumentos que se dan son varios. Por de pronto, dentro de una construcción general del derecho la sanción corresponde a una ilicitud y la nulidad puede configurarse en casos en que no hay ilicitud (por ejemplo, si una persona actúa en un acto con error esencial y excusable puede luego obtener la nulidad del acto, no obstante que tanto ella como la otra parte hubieran actuado de buena fe). Esa nulidad no sanciona a nadie, ni sanciona nada, porque nadie ha dado motivo a que se le sancione ni nada hay que sancionar.

En segundo lugar: cuando en actos viciados de nulidad hay ilicitud la verdadera sanción consiste en imponer indemnizaciones que se agregan a la nulidad pero no se confunden con ella; así, por ejemplo, si una parte fuerza a otra a contratar por amenazas injustas, en ese caso el autor de la violencia debe indemnizar daños y perjuicios conforme al art. 842, y es esa indemnización y no la nulidad la sanción de la ilicitud.

Por último: la ineficacia no es sanción por la simple razón de que no priva a la voluntad privada de algo que le sea propio y peculiar. En efecto: el acto jurídico no es eficaz por sí mismo sino porque la ley lo consagra; la ley lo consagra si es conforme a sus requisitos y deja de consagrarlo cuando no es conforme, de modo que el "dejar de consagrarlo" no es un "sacarle algo propio al acto" sino un dejar de darle algo que es propio de la ley. Por otra parte la ineficacia accidental del acto jurídico debida a defectos es paralela a la ineficacia normal del acto ilícito debida a su ilicitud, y en el caso del acto ilícito no se dice que la "sanción" consista en negarle los efectos queridos (negar al robo el efecto adquisitivo de propiedad perseguido por el ladrón) sino que la sanción está en la indemnización. Trasladando el ejemplo al acto jurídico defectuoso se advierte que tampoco en ese caso la privación de efectos tiene sentido jurídico de sanción, sino mera consecuencia derivada de la falta de requisitos necesarios para consagrarlos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### AMPLIACIÓN, DESARROLLO Y ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN PROVISORIA

#### 12. NECESIDAD DE TRABAJAR SOBRE UNA DEFINICIÓN.

En el n.º 8 hemos anticipado una definición provisoria sintética: la nulidad es la ineficacia del acto jurídico dispuesta por la ley en razón de defectos constitutivos.

El estudio más a fondo de la materia exige complementarla con menciones ampliatorias. Ampliándola no se la cambia sino que simplemente se la desarrolla o extiende para verla más en detalle.

A tal efecto proponemos la siguiente definición descriptiva que para mayor claridad presentamos a dos columnas junto a la anterior (otras definiciones: ver capítulo VII, nota 1).

<i>Definición descriptiva</i>	<i>Definición sintética</i>
1. Ineficacia de un acto jurídico realmente otorgado por el sujeto a quien se atribuye;	1. Ineficacia del acto jurídico.
2. dispuesta por la ley;	2. dispuesta por la ley
3. en razón de defectos constitutivos, esenciales e invocables.	3. en razón de defectos constitutivos.

#### 13. ANÁLISIS DEL PUNTO PRIMERO DE LA DEFINICIÓN DESCRIPTIVA.

##### A) La nulidad como ineficacia

Según se ha visto anteriormente, la ineficacia consiste en la no producción del efecto querido por el otorgante.

No obsta a ello el que el acto pueda producir otros efectos no queridos, tal como ocurre en el supuesto del artículo 1056, pues bajo ese aspecto el acto no está funcionando como acto jurídico sino como acto ilícito, respecto de los cuales no hay problema de nulidades tal como también hemos señalado.

Lo que interesa retener como idea principal es que el acto ineficaz no produce los efectos queridos, y con esto queda discurriendo como acto jurídico, pues éste, por definición, tienen por fin inmediato "...establecer entre las personas relaciones jurídicas..." (art. 944). Negarle la producción de efectos es negarle la función principal; es invalidarlo.



B) "...es la ineficacia de un acto jurídico..."

Ya hemos visto que la nulidad siempre es accidente de los actos jurídicos y sólo de los actos jurídicos. No hay nulidad de actos ilícitos ni de simples hechos jurídicos (ver nº 5).

C) "...de un acto jurídico realmente otorgado por el sujeto a quien se atribuye..."

Incluimos en este punto dos requisitos: a) que el acto haya sido realmente otorgado. b) Que haya sido otorgado por el sujeto a quien se atribuye.

Ya en el capítulo primero hemos anticipado esta idea. Allí dijimos que la nulidad no opone al "acto" el "no acto" sino al "acto eficaz" el "acto no eficaz".

Ahora la ampliamos: un acto jurídico es tal en cuanto lo es de un sujeto determinado. Todo acto jurídico tiene uno o más protagonistas individualizados. No hay actos anónimos. No hay actos impersonales. Acto y sujeto son inseparables. Un acto jurídico no es simplemente acto jurídico, sino que es acto otorgado por el sujeto Juan, Pedro o Diego.

El planteo de nulidad debe tomarlo en esas condiciones, es decir como acto de un sujeto determinado.

Si a un sujeto se le exige el cumplimiento de un acto que él dice no haber otorgado, el planteo defensivo no debe ser una impugnación de nulidad sino un desconocimiento del acto.

Nulidad y desconocimiento de un acto son cosas distintas e incompatibles.

El caso se ve con más claridad refiriéndonos no directamente a los actos sino a los documentos que los instrumentan. Si a un sujeto se le demanda el cumplimiento de una obligación en virtud de un documento que aparece suscripto con una firma que falsamente se le atribuye, el demandado debe desconocer esa firma.

El desconocimiento de la firma estampada en el documento importará naturalmente desconocimiento del acto documentado.

Insistimos pues: lo que procede frente a un acto que no se ha otorgado no es un planteo de nulidad sino un planteo de desconocimiento del acto o en su caso del documento que lo instrumenta.

El planteo de nulidad sólo puede funcionar con relación a actos realmente otorgados por aquel al que se exige el cumplimiento. Y en el ejemplo que planteamos no ha habido acto jurídico otorgado por ese sujeto, aún cuando haya podido haber un acto ilícito del que falsificó la firma. Pero esto último es cosa distinta: al sujeto Juan no se le pueden exigir obligaciones en razón del acto ilícito del falsificación de firma cometido por el sujeto Pedro. La circunstancia de que haya un acto ilícito que castigar no puede derivar en la afirmación de que queda un acto jurídico por anular.

La distinción entre ambos supuestos es de importancia práctica. Si una persona anula una venta, debe restituir el precio recibido; si una persona demuestra que se falsificó su firma en una venta puede recuperar la cosa sin restituir nada. Nada debe restituir porque una vez aclaradas las cosas resultará que nada recibió.

Otra aclaración: el punto que venimos considerando no se confunde con una cuestión clásica en materia de nulidades: la de la llamada teoría de la inexistencia como situación jurídica distinta a la nulidad. Hay alguna conexión mental entre ambos casos, pero uno y otro son diferentes. Sin perjuicio de lo que en la parte correspondiente se dirá queremos ahora señalar cuál es la diferencia entre ese problema y el que ahora consideramos.

*Problema de que el acto pertenezca al sujeto a quien se le atribuye*

Este problema queda formulado así:

- a) para que pueda haber planteo de nulidad de un acto jurídico es menester que se trate de un acto determinado;
- b) ese acto determinado debe pertenecer al sujeto a quien se le atribuye;
- c) si el sujeto a quien se le atribuye sostiene que no otorgó el acto, hay un planteo de desconocimiento y no de nulidad.

*Problema que enfrenta la llamada teoría de la inexistencia.*

- a) Aún en el caso de que un sujeto haya otorgado "de hecho" o "físicamente" un acto,
- b) si a ese acto físicamente otorgado por él le faltan requisitos esenciales de configuración,
- c) ese acto no tendría "existencia jurídica". Sería "inexistente" jurídicamente aunque hubiera sucedido de hecho. Como se ve, se trata de problemas distintos.

#### 14. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO DE LA DEPENDENCIA "INEFICACIA DISPUESTA POR LA LEY"

La nulidad es un caso de ineficacia dispuesta por la ley. Esto se refiere al carácter legal de la institución; las causas de nulidad deben provenir de la ley y sólo de la ley.

El análisis de este punto podemos hacerlo bajo varios enfoques:

- A) Fundamento del carácter legal.
- B) Consagración por nuestro código.
- C) Forma de los textos legales que consagran nulidades: el problema de nulidades implícitas.

### *A) Fundamento de carácter legal*

Conforme a la idea según la cual la teoría de la nulidad es la faz negativa de la teoría de los elementos esenciales del acto jurídico, el carácter legal de la institución surge manifiesto.

Si es la ley la que dispone los requisitos que debe cumplir el acto para ser consagrado, de la misma ley debe surgir cuando la falta de esos requisitos determina invalidez.

### *B) Consagración por nuestro código*

Nuestro código ha consagrado el principio del carácter legal considerando la materia desde uno de los ángulos que ofrece: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de "los actos jurídicos que las que en este código se establecen" (art. 1037).

### *C) Forma de los textos legales que consagran la nulidad.*

#### *El problema de las nulidades implícitas*

El texto que disponga la nulidad debe emanar de la ley.

El hecho de que deba ser legal nada dice por sí solo acerca de cómo debe estar formulado.

De todo cuanto hasta ahora vimos surge que puede estarlo bajo dos formas: a) una directa estableciendo concretamente que tal acto será válido. b) Otra indirecta, estableciendo que para que un acto sea válido deben concurrir necesariamente tales o cuales requisitos.

No cabe dar reglas generales de interpretación para dejar establecido en términos generales si un texto que exige un requisito lo exige o no bajo pena de nulidad. En cada caso hay que dar solución singular teniendo en cuenta todas las circunstancias que pueden conducir a dar a ese texto un sentido u otro.

El hecho de que las nulidades deban ser consagradas por la ley no impide que puedan serlo en forma indirecta, o en forma implícita. La consecuencia implícita —por definición— queda involucrada en el texto del cual surge como consecuencia.

No se requieren para consagrar nulidades fórmulas sacramentales. El código utiliza muchas: "acto nulo"... "acto inválido".

### **15. ANÁLISIS DEL PUNTO TERCERO DE LA DEFINICIÓN DESARROLLADA: "INEFICACIA DETERMINADA... POR DEFECTOS ESENCIALES, CONSTITUTIVOS E INVOCABLES."**

Entramos en el campo de las causas de la nulidad. Elemento esencial para definirla y caracterizarlo.

La nulidad es una ineficacia determinada por defectos del acto.

La relación defecto-nulidad es una relación de causa a efecto. No es una relación directa porque según veremos más adelante, el acto defectuoso no es automáticamente nulo, sino que hay un proceso que va del defecto a la impugnabilidad, de ésta a la impugnación y de la impugnación a la declaración que da estado a la nulidad, pero lo que interesa ahora es fijarnos en los dos extremos del proceso: por un lado el defecto y por el otro la nulidad.

Con relación a esta materia podemos estudiar varios puntos:

- A) La ineficacia-nulidad o ineficacia por defectos y otros tipos de ineficacia.
- B) Qué queremos significar con la expresión defectos constitutivos, esenciales e invocables.
- C) Cuáles son los defectos constitutivos, esenciales e invocables.
- D) Clasificación de estos defectos e incidencia de esa clasificación en la existencia de distintos tipos de nulidad.

#### A) La ineficacia por nulidad y otros tipos de ineficacia

Junto a la nulidad y como formas distintas a ella hay otros tipos de ineficacia.

La doctrina habla de "acto estéril", "acto inútil", etc. (ver capítulo VII, nota 3).

En cada caso estas ineficacias responden a causas distintas y tienen diferente régimen.

Al pasar mencionaremos algunas:

a) Ineficacia por resolución: es la que sobreviene cuando se cumple una condición resolutoria prevista en el título o cuando sobreviene con posterioridad un hecho resolutorio. Esta ineficacia resulta de un hecho sobreviniente previsto o no en el título, a diferencia de la ineficacia-nulidad que proviene de defectos constitutivos.

b) Ineficacia por incompleta formación: el acto bajo condición suspensiva no llega a tener eficacia si la condición no se cumple. Es también caso distinto al de nulidad.

c) Ineficacia por imposibilidad sobreviniente: si el cumplimiento de la relación generada por el acto se hace imposible en tiempo posterior al otorgamiento, también el acto se hará ineficaz a partir de entonces.

Estos casos se mencionan sólo a título de ejemplo para dejar aclarado que si bien la nulidad comporta ineficacia no toda ineficacia comporta nulidad. La nulidad es especie dentro del género. Es la especie de ineficacia que resulta determinada por defectos constitutivos en el acto generador de la relación.

**B) Caracteres del defecto causante de la ineficacia o nulidad:  
debe ser constitutivo, esencial e invocable.**

I. Vamos ahora a referirnos a los caracteres de los defectos que generan nulidades.

Tres requisitos deben cumplirse en ellos:

- a) En cuanto al tiempo: corresponden al momento de otorgarse el acto. Son defectos constitutivos.
- b) En cuanto a la gravedad: representan la falla de requisitos indispensables. Son defectos esenciales.
- c) En cuanto a la posibilidad de actuación: se trata de fallas que la ley permite invocar.

II. Estos tres requisitos deben cumplirse acumulativamente para que proceda la nulidad.

Si el defecto no corresponde al tiempo del otorgamiento del acto (por ej. relación jurídica cuyo objeto es prohibido por la ley con posterioridad), cabrá una extinción de la relación y del vínculo, pero no se tratará de una nulidad. No se operarán efectos retroactivos que sólo la nulidad produce.

Si el defecto no es esencial el acto subsistirá. Es lo que ocurre por ej. cuando se incurre en error sobre calidades accidentales de la cosa (art. 928), o cuando una parte actúa con dolo incidental (art. 934), o cuando se ejerce frente a uno de los otorgantes una presión que no llega a configurar intimidación sino mero temor reverencial (art. 840). En todos estos casos hay defectos no esenciales. En estos casos, sin embargo, se anula el acto.

Otras veces hay defectos esenciales que no se pueden invocar. La ley no lo permite por causas que pueden ser varias. Ocurre ello: a) cuando el agente incurrió en error esencial, por no haber puesto debido cuidado ("negligencia culpable"). La ley lo castiga impidiéndole invocar el error (art. 929). b) Lo mismo cuando los dos contratantes actúan con dolo (art. 932, inc. 4ª). Aunque los vicios sean esenciales no son invocables. No se configura entonces nulidad porque ésta como todo resultado jurídico se produce en la forma y casos que la ley dispone.

**C) Enumeración de defectos constitutivos esenciales**

Los defectos según hemos visto repetidas veces son la falta de elementos.

Si en el acto jurídico los elementos esenciales conforme a la definición del art. 914 son la voluntad y la licitud, surgirá de esto que los defectos pueden ser: a) defectos de la voluntad; b) defectos de licitud.

Ordenadamente los enunciaremos tal como surgen de textos diversos del código. Mencionaremos entre paréntesis los artículos del código que corresponden a cada caso.

a) Defectos en la voluntad o querer:

1) En el sujeto del querer:

- + Falta de discernimiento (art. 921)
- + Falta de intención (art. 922)  
Casos: error esencial invocable (arts. 929 a 939);  
(art. 934); (art. 1045). Dolo grave, principal y perjudicial (arts. 931 y siguientes);  
(954).
- + Falta de libertad  
Casos: fuerza o intimidación (art. 923); (arts.  
936 y sgs.); (art. 1045).
- + Falta de concordancia entre voluntad y declaración:  
Casos: simulación (art. 955 y sgs.); (art. 954);  
(art. 1044 y 1045).
- + Falta de capacidad: arts. 1040 a 1045.

2) En el objeto del querer:

- + Nulidad por falta de requisitos: (art. 953); (art. 1044,  
1045).

3) En la causa del querer:

- + Nulidad por falta o error en causa: (arts. 498, 926).

4) En la forma del querer:

- + Nulidad por defectos de forma: (arts. 975 y sgs.);  
(1044 y 1045).

b) Defectos en la licitud del querer:

- + Intención de defraudar (fraude): (art. 954); (art. 961  
y sgs.); (arts. 1044, 1045).
- + Nulidad por causa ilícita: (art. 902).
- + Nulidad por objeto ilícito del querer: (art. 953); (arts.  
1044, 1045).

De lo que precede surge una observación que anticipamos en este punto y sobre la cual hemos de volver.

Que hay nulidades por falta o falta de voluntad y nulidades por Falta o falta de licitud.

Voluntad y licitud componen la materia del acto jurídico. No la componen como elementos independientes, sino que la licitud es calificación de la voluntad.

Las fallas o defectos —repetimos— pueden estar en la substancia (voluntad) o en la calificación (licitud).

Con lo expuesto ha quedado desarrollada la definición descriptiva anticipada en el N° 12.

## CAPÍTULO III

### NULIDAD E INEXISTENCIA

#### 16. PLANTEO.

Definida la esencia de la nulidad pasamos a referirnos a sus tipos, a sus variaciones.

De alguna de ellas cabe preguntarse previamente si es en realidad forma de nulidad o si es algo distinto. Es lo que ocurre con la calificación de "inexistencia".

La correlación entre las nociones de inexistencia y nulidad constituye un tema predilecto del derecho contemporáneo.

El estudio de su planteo integral en la doctrina y en la jurisprudencia lo haremos en el capítulo VII al referirnos a los antecedentes y desarrollos de la teoría. Ahora tan sólo apuntaremos las ideas indispensables para estar en condiciones de enfocar el problema.

Por otra parte, como en capítulos anteriores nos hemos referido al problema de la necesaria "existencia de hecho" del acto como requisito para la declaración de nulidad, a este nuevo problema —para diferenciarlo de aquél— lo llamaremos de "existencia jurídica"; esa designación facilitará la explicación, porque las cuestiones que en su torno se plantean son relativas a la "existencia jurídica" del acto impugnado.

En tal forma en este capítulo trataremos dos temas diferentes y sucesivos:

Primero: El problema comparativo entre la llamada "inexistencia" o inexistencia jurídica y la nulidad.

Segundo: Los distintos tipos de nulidad consagrados por nuestro código.

#### 17. EL PROBLEMA DE LA INEXISTENCIA JURÍDICA Y LA NULIDAD.

Ya hemos anticipado de qué se trata esta cuestión. Pasamos ahora a considerarla brevemente.

##### A.) Antecedentes

Se ve con claridad el problema si se recuerda el antecedente. Los autores franceses lo relatan: cuando en el seno de la comisión redactora del código francés se discutía la materia de nulidad de matrimonio, Napoleón opinó que no se debería dar el mismo tratamiento jurídico al caso en que la mujer hubiera dicho "no" ante el oficial del estado civil, y al caso en que hubiera dicho "sí" después de haber sido objeto de violencia. En el primer supuesto,

acostuvo el primer cónsul, no hay en absoluto matrimonio; en el segundo hay un matrimonio nulo.

Por la puerta del matrimonio entró al derecho la teoría de la inexistencia.

### B) Derecho comparado

Los autores franceses —en su gran mayoría— aceptaron la distinción.

De la teoría del matrimonio se la pasó a la teoría general de los contratos y actos jurídicos.

Del derecho francés pasó a otros derechos. Tomó carta de ciudadanía universal.

### C) Esos

En los actos jurídicos habría:

a) Elementos de existencia (diremos existencia jurídica).

b) Requisitos de validez.

c) Requisitos complementarios.

Faltando los primeros no habría acto jurídico (caso de inexistencia jurídica); faltando los segundos habría acto jurídico inválido (nulidad); la falta de los terceros no comprometería la eficacia.

### D) Mérito de la solución

No se puede negar que la diferenciación entre existencia y validez comporta una sutil e inteligente distinción. Esa distinción está en la naturaleza de las cosas.

La teoría de la inexistencia tiene sin duda una base racional.

Y no sólo tiene base racional sino que su aplicación según sus defensores conduce a hacer más fino, más sutil y más justo el derecho en algunas de sus aplicaciones particulares.

La invalidación de una relación por vía de nulidad puede provenir de diversas causas y por consiguiente puede operarse con distintos regímenes de consecuencias.

Se da al derecho más plasticidad y más elasticidad cuando se le abren más formas de aplicación.

La nulidad es materia tan amplia que merece varios caminos. Y uno de ellos consistiría en abrir las puertas a una nulidad más severa, más radical, y esa sería la inexistencia que en cuanto a idea teórica, estaría basada en la razón de una distinción sutil y, en cuanto a idea práctica conduciría a la solución de justicia que se realiza mejor cuando se diferencian los efectos que corresponden a causas distintas.

Si dos personas llegan a un acuerdo sobre la compra y la



venta de un campo, y concluyen en ese sentido un contrato, pero luego advierten que medió un equívoco sobre la manera de calcular el precio, no hay duda que hubo por una y otra parte una inicial voluntad de comprar y vender la que sin embargo debe quedar sin efecto porque el error sobre el precio es error sobre algo esencial. Pero —en cambio— si dos personas entran en tratativas con relación a un campo y en tanto que una habla de venderlo la otra piensa en alquilarlo, y por error del telégrafo que transmite las respectivas posiciones el contrato se c'erra con reciprocas conformidades telegráficas, no obstante esa diferencia esencial, cuando llegue el momento de invalidar la convención habrá que reconocer que nunca hubo acuerdo de voluntades, que no hubo nunca consentimiento, que no hubo nunca acto jurídico ni de compra ni de alquiler porque el propietario nunca pensó en lo segundo ni el ofertante pensó en lo primero. En este supuesto —se dice— el Juez no tendrá simplemente que anular el acto; tendrá que decir que nunca hubo acto jurídico que hubo "inexistencia" de acto.

#### E) La opinión negativa

Se considera por otros que la distinción entre "existencia jurídica" y "validez jurídica" es excesivamente sutil. Que no es práctica.

Para fundamentar esta última conclusión se señala que a través de todos los años que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la teoría, no se ha llegado a fórmulas más o menos concordantes ni a aplicaciones coincidentes.

Se arguye que entre los elementos del acto jurídico no se pueden diferenciar elementos de "hecho" que hagan a la existencia y elementos "legales" que hagan a la validez, porque los mismos elementos de hecho (como pueda serlo la voluntad) aparecen configurados convencionalmente por la ley; lo que se llama "voluntad" no es la pura voluntad psicológica sino un ingrediente mixto de psicología y legalidad que da lugar a la "voluntad jurídica".

Estas y parecidas razones mueven a muchos a desear la teoría, sea por negar la base de arroyo que la sustenta racionalmente, sea por considerar insuperables los inconvenientes que su aplicación acarrea.

Se dice que el derecho debe construirse con ideas claras; que los sistemas complicados no se avienen a las exigencias de certeza jurídica que la ley debe satisfacer.

Expuestas las bases del debate en términos generales señalaremos con relación a nuestro derecho que si bien el código no consagra la distinción entre inexistencia y nulidad, tampoco hay nada en él que la rechace. Que dentro de ese cuadro caben cualquiera de las dos opiniones. En obras de aliento corresponde de-

fender una u otra tesis en materia tan indecisa. Valeremos sobre el punto en el capítulo VI.

## CAPÍTULO IV

### TIPOS DE NULIDAD: CLASIFICACIONES DEL CODIGO

#### 18. PLANTEO.

Con referencia al tema de clasificaciones de nulidad corresponden algunas aclaraciones previas:

a) Es un punto que en derecho argentino debe estudiarse sobre el código argentino. Sus clasificaciones en alguna medida se fundan en criterios tomados de derecho comparado pero su terminología es propia y peculiar.

b) Que la materia tiene importancia práctica, porque a cada tipo de nulidad corresponden efectos distintos.

c) Que si bien el código menciona hasta cuatro clasificaciones sólo dos de ellas interesan. Son la clasificación en nulidades manifiestas y no manifiestas (que coincide con la clasificación de actos nulos y anulables) y la clasificación en nulidades absolutas y relativas.

Con relación a estas clasificaciones estudiaremos sucesivamente: Estudio comparativo de la una y la otra, y estudio en detalle de cada una de ellas.

#### 19. ESTUDIO COMPARATIVO DE AMBAS CLASIFICACIONES.

I. Antes de entrar al estudio particular de cada clasificación daremos una idea de cómo se combinan.

Debemos comenzar por señalar el criterio que corresponde a cada una:

- a) La clasificación nulidad manifiesta-no manifiesta se refiere a la forma de presentarse el vicio.
- b) La clasificación nulidad absoluta-relativa se refiere al sentido y gravedad del defecto que sirve para calificar a la nulidad misma.

II. La forma como estas clasificaciones han sido combinadas en la doctrina del derecho francés, que ha sido en cierta medida fuente del nuestro, es muy imprecisa. Los diversos autores presentan fórmulas diferentes. Por eso el antecedente de derecho comparado, si bien debe ser tenido en cuenta ha de serlo con mucho cuidado. Trataremos el punto en el capítulo VII.

Por ahora señalaremos lo siguiente: en general la doctrina extranjera se ha inclinado por establecer una clasificación única, y luego subdividir en cada uno de los términos variantes diversas

que tomen razón de las distintas posibilidades: que el vicio requiera o no sentencia, que sea o no confirmable, etc.

Nuestro código en cambio ha consagrado dos clasificaciones independientes.

Tenemos, pues: Por una parte actos nulos o actos anulables según que la nulidad sea manifiesta o no manifiesta; y por otro lado actos de nulidad absoluta o nulidad relativa.

III. *Importancia práctica.* El hecho de que un acto esté o no comprendido en uno u otro tipo de nulidad tiene la siguiente importancia práctica:

Nulidad manifiesta: no requiere juzgamiento.

Nulidad no manifiesta: requiere juzgamiento.

Nulidad absoluta:

a) impugnación abierta a cualquier interesado;

b) acto no confirmable.

Nulidad relativa:

a) impugnación limitada.

b) acto confirmable.

Estas diferencias las iremos considerando al estudiar cada tipo en particular.

IV. *Sistema de nuestro código.* Nuestro código ha consagrado estas diferencias que venían afirmadas por la doctrina que fué su fuente.

Pero las ha consagrado con la apuntada particularidad de hacer dos clasificaciones allí donde había una sola.

De modo que el antecedente de derecho comparado sirve para determinados puntos (criterios) pero no sirve para otros (independencia de las clasificaciones).

En nuestro sistema un acto jurídico puede estar en cualquiera de estas cuatro situaciones:

a) ser nulo de nulidad absoluta;

b) ser nulo de nulidad relativa;

c) ser anulable de nulidad absoluta;

d) ser anulable de nulidad relativa.

El sistema es más complicado que el tradicional.

La mayor complicación responde a una mayor profundización en el sentido y fundamento de los criterios calificantes.

Por implicar una mayor profundización el sistema ha sido defendido como más exacto, más sutil, más justo.

Porque la profundización da lugar a más categorías el sistema ha sido criticado como demasiado complicado, poco práctico, más confuso.

Son ventajas e inconvenientes de toda sistematización.

#### Ejemplos:

##### a) Nulo de nulidad absoluta.

Dos personas realizan un contrato para practicar el contrabando (objeto o causa ilícita). Lo reconocen así en el convenio.

El defecto es: a) Manifiesto porque surge del contrato mismo; b) grave, porque afecta el interés general de legalidad. El acto es —correlativamente— nulo de nulidad absoluta.

##### b) Nulo de nulidad relativa.

Un menor adulto realiza con una persona capaz un contrato que no tiene otro defecto que el de la incapacidad del primer otorgante.

El defecto es: a) manifiesto porque surge de sólo verificar la edad de aquel otorgante; b) de exclusivo interés de ese contratante. El acto, consiguientemente, es nulo, de nulidad relativa.

##### c) Anulable de nulidad absoluta.

Las personas que realizan el contrato del punto "a" encubren su verdadero carácter, pero una investigación de hecho lo pone de manifiesto. El defecto es: a) no manifiesto pues requirió investigación; b) grave por violación de la ley. El acto jurídico consiguientemente es: anulable, de nulidad absoluta.

##### d) Anulable de nulidad relativa.

Una persona realiza un contrato por error esencial de hecho. El defecto no es manifiesto (hay que investigar el error) y se refiere sólo al interés de la persona que padeció el error. El acto es anulable de nulidad relativa.

V. *Sistema del Proyecto de 1936*. Incidentalmente señalaremos que el Proyecto de 1936 ha suprimido la doble clasificación.

Las nulidades son clasificadas (ver arts. 202 y siguientes) en dos tipos:

Actos nulos.

Actos anulables.

La clasificación de nulidades absolutas y relativas es en principio absorbida en la de nulos-anulables. Los actos nulos son en principio de nulidad absoluta, es decir, no confirmables; los actos anulables son en principio de nulidad relativa, es decir, confirmables.

Pero como la coincidencia acto nulo-nulidad absoluta no es total, y como tampoco lo es la de acto anulable-nulidad relativa, el mismo Proyecto abre excepciones y entonces su regla definitiva es: El acto nulo es no confirmable salvo tales casos... el acto anulable es confirmable salvo tales casos.

En definitiva, la solución es la misma del código, y lo único que varía es la forma técnica de presentarla.

En vez de presentar dos clasificaciones independientes y paralelas, se introduce a una de ellas dentro de la otra: Los actos

nulos se subdividen en no confirmables (nulidad absoluta) y confirmables (nulidad relativa); lo mismo se hace con los actos anulables.

En definitiva, y por otros caminos, se llega a los mismos cuatro grupos que el código consignaba.

En el Proyecto, la disposición de esos cuatro grupos es la siguiente:

Actos nulos	{	Nulos no confirmables (nulidad absoluta), que son la regla.
		Nulos confirmables (nulidad relativa), que son la excepción.
Actos anulables	{	Anulables confirmables (nulidad relativa), que son la regla.
		Anulables no confirmables (nulidad absoluta), que son la excepción.

## 20. LA CLASIFICACIÓN EN NULIDADES MANIFIESTAS (ACTOS NULOS) Y NO MANIFIESTAS (ACTOS ANULABLES).

Con relación a este punto estudiaremos tres cuestiones:

A) En qué se funda la distinción entre ambos tipos de nulidad.

B) Qué consecuencias prácticas tiene.

C) Qué casos comprende cada uno de los tipos.

A) *En qué se funda la distinción. Fórmula del art. 1038*

Según el artículo 1038, la distinción se fundaría en la fórmula empleada por la ley para consagrar la invalidez. La nulidad sería manifiesta "cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo o le ha impuesto la pena de nulidad".

Según este texto, la diferencia sería:

Acto nulo: cuando la ley usa fórmula expresa de nulidad.

Acto anulable: cuando la ley usa fórmulas no expresas.

El estudio de las disposiciones del código no confirma que sea ese el criterio de distinción. Basta para ello con ver que el código usa fórmulas expresas tanto para disponer que son nulos los actos del artículo 1044, como para establecer que son anulables los del artículo 1045.

En definitiva: la diferencia no está en el tipo de fórmula que utiliza la ley, sino que está en el tipo de defecto al que la ley se refiere.

Esto es lo que surge de cotejar el artículo 1044 con el 1045: a través del primero resulta, por ejemplo, que es nulo el acto cuyo objeto fuese prohibido, pero a renglón seguido el segundo artículo aclara que si la prohibición de ese objeto requiriese alguna investigación de hecho el acto sería anulable.

La diferencia se advierte entonces con claridad. No se trata de que el defecto sea uno u otro, sino de la forma de presentarse ese defecto, y la prueba es que un mismo defecto (el objeto prohibido) puede alternativamente dar lugar a actos nulos si la prohibición aparece a primera vista o a actos anulables si requiere investigación.

Podemos entonces llegar a la siguiente fórmula:

Acto nulo... aquel cuyo defecto sólo requiere una comprobación de existencia.

Acto anulable... aquel cuyo defecto requiere una investigación más profunda.

Y esa investigación es más profunda porque no sólo consistirá en comprobar si el defecto existe o no existe, sino que importará apreciar la intensidad del defecto mismo.

#### B) Consecuencias prácticas de la distinción entre nulidades manifiestas y no manifiestas

Con acuerdo a lo que precede, el código consagra la siguiente consecuencia práctica de la distinción:

Si la nulidad es manifiesta no necesita juzgamiento (lo cual no impide que requiera comprobación).

Si no es manifiesta, necesita sentencia que la declare, previo juzgamiento y apreciación de las particularidades del caso.

La conclusión es lógica y se funda en lo ya visto. Si defecto manifiesto es aquel que se presenta sin lugar a dudas, si es aquel sobre el cual no cabe discusión, es lógico que la nulidad del acto no esté sometida a juzgamiento.

Para declarar esa nulidad bastará con que el Juez compruebe la existencia del defecto.

La comprobación es una operación casi automática. Podríamos decir una mera verificación.

Por ejemplo, si se impugna un acto sosteniendo que el otorgante es menor de edad, el defecto es manifiesto porque bastará consultar la partida de nacimiento.

Y una vez comprobada la edad no hay lugar ni necesidad de otras apreciaciones. Porque o se es mayor o se es menor, pero no se puede ser más o menos mayor, o más o menos menor.

Por el contrario, en los casos de nulidades no manifiestas, el Juez no podrá determinar la invalidez en base a una mera comprobación. Deberá hacer investigaciones y apreciaciones. Si se impugna un acto por intimidación (por ejemplo) tendrá que apreciar si la presión moral fue grave, si fue injusta, si pudo impresionar al agente teniendo en cuenta sus condiciones personales.

Todo esto indica que deberá haber juzgamiento, a diferencia

de lo que según el art. 1038 ocurre en los casos de nulidades manifiestas.

Queda, pues, establecida la importancia práctica de la distinción y la racionalidad de la solución legal:

Si el defecto es manifiesto, y es fijo, basta su comprobación.

Si no es manifiesto y es variable, se requiere jurgamiento.

Esta diferencia se proyecta en otra que hemos de ver más adelante: la de fijar desde cuándo se tiene por producida la nulidad. Veremos el punto en el capítulo siguiente al tratar los efectos de la nulidad.

### C) Casos de actos nulos y anulables

Ordenando los casos previstos por el código en un cuadro a dos columnas tenemos:

Defectos en:	Es nulo:	Es anulable:
El sujeto .....	Acto de incapaz absoluto (art. 1041).	Agente que obra con incapacidad accidental (art. 1045).
Defectos o vicios de la voluntad .....	Idem del incapaz relativo (art. 1042).	Incapacidad imputable por ley que no fuere conculada (art. 1045).
Defectos en el objeto .	Idem acto prohibido al sujeto (incap. de derecho) (art. 1043).	Vicios de error, violencia, fraude, simulación (art. 1045).
Defectos en la causa ..	Simulación o fraude presumidos por ley (artículo 1044).	Prohibición del objeto que requiere investigación (art. 1045).
Defectos de forma ...	Objeto prohibido (artículo 1044) (Unmoral, contrario a libertad, etc, art. 903).	Causa ilícita no manifiesta (argum. art. 1045).
	Causa ilícita manifiesta (argum. art. 903).	Anulabilidad del instrumento que es forma esencial (art. 1045).
	Falta o nulidad de la forma esencial (art. 1044).	

## 21. NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS.

### A) Criterio

La de nulidades absolutas y relativas es la segunda de las clasificaciones a que hemos aludido.

Parte de una distinción que se funda en la mayor severidad de la ineficacia: las absolutas son nulidades más severas, más intensas, más graves; las relativas menos severas, intensas y graves.

Y dentro del encadenamiento de ideas que da estructura a toda construcción, esa mayor severidad se conecta con las razones

que le sirven de causa y con las consecuencias que la siguen como efecto. Los problemas concretos son pues: ¿en qué consiste esa mayor severidad?; ¿en qué se funda esa mayor severidad?

Pasamos a considerarlos siguiendo los textos del código y supliendo sus vacíos que no son pocos.

*Primera manifestación de la mayor severidad:  
impugnación abierta*

El artículo 1047 establece que la declaración de nulidad absoluta puede ser pedida por cualquier interesado, y que inclusive en ciertos casos el juez puede declararla de oficio.

Se consagra en tal forma un régimen de impugnación abierto y amplio, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad relativa que sólo puede ser invocada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (art. 1048).

Es decir: la ineficacia implicada en la nulidad absoluta comienza a ser más severa por el hecho de estar más abiertos los caminos que llevan a su declaración.

*Segunda manifestación: invalidez definitiva (acto no confirmable)*

La segunda manifestación de la mayor severidad característica de la nulidad absoluta surge del párrafo final del artículo 1047: "La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación". Paralelamente se dispone lo contrario para la nulidad relativa que "puede ser cubierta por confirmación del acto" (art. 1038).

El rasgo de la no confirmabilidad define la esencia de la nulidad absoluta, así como el de la confirmabilidad define la de la nulidad relativa.

En uno y otro caso se trata de consecuencias que reflejan las características del defecto que provoca uno y otro tipo de nulidad. El problema nos lleva pues al del fundamento de cada una.

*El fundamento de la mayor severidad: defecto substancial y permanente*

Toda nulidad, por definición, supone según hemos visto defectos esenciales (supra N° 15).

Pero dentro de los defectos esenciales caben clasificaciones y hay algunos que podríamos llamar esencialísimos o substanciales, que a su mayor gravedad agregan una segunda condición: su permanencia.

La nulidad absoluta surge de defectos substanciales que perduran, es decir, que no sólo se han manifestado al tiempo del otorgamiento



gamiento del acto sino que se mantienen como obstáculo en el tiempo posterior en que se juzga la validez de la relación jurídica de él surgida.

#### *La noción de defecto substancial: sus dos posibles formas*

En un planteo doctrinario defecto substancial es aquél que implica falta de la substancia misma del acto jurídico.

En ese sentido, si la substancia del acto jurídico se compone de dos elementos (voluntad y licitud) habría defectos substanciales por falta total de voluntad y defectos substanciales por gravísima falta de licitud.

Habría pues dos formas de defectos substanciales de las cuales la primera (falta total de voluntad) coincidiría casi con aquella situación que otros autores llaman de "inexistencia" del acto por falta de voluntad (ver *supra* N° 16).

#### *El problema en nuestro derecho: soluciones divergentes*

Las normas del código que configuran la nulidad absoluta no contienen ninguna referencia al defecto substancial por falta total de voluntad; contienen si una referencia —si bien incidental— al defecto substancial por falta grave de licitud (ver art. 1047).

Esto ha dado lugar a dos posiciones en la doctrina.

Para unos el acto realizado sin voluntad (p. ej. acto del demente) es acto de nulidad absoluta. Así lo sostiene mirando al pasado del acto, al momento de su otorgamiento y comprobando que a ese acto le faltó el elemento de voluntad que es substancia del acto jurídico.

Para otros —en cambio— la nulidad absoluta debe ser fundamentalmente definida en función de futuro y no de pasado. Aunque al acto del demente le haya faltado originariamente voluntad, esa falta puede ser subsanada hacia el futuro. Nada impide —sostienen— que a ese acto se lo mantenga por vía de confirmación. Si la confirmación es posible la nulidad del acto del demente no habrá sido absoluta, pues ésta no consiente confirmación.

Estos distintos planteos doctrinarios los consideraremos al estudiar en el capítulo VII los aspectos externos de la teoría de la nulidad.

#### *El defecto substancial y permanente por falta de licitud*

Del artículo 1047 surge que la declaración de nulidad absoluta puede ser pedida "en el interés de la moral o de la ley".

Esto nos indica que hay actos jurídicos y relaciones jurídicas que adolecen de un defecto substancial de legalidad.

La diferencia entre defectos substanciales de legalidad y defectos simplemente esenciales, más que del defecto mismo, sur-

go de las leyes que aparecen violadas en razón de haberse otorgado el acto con ese defecto.

De la clasificación de los defectos y de la clasificación de las nulidades nos pasamos pues a una clasificación de las leyes.

La correlatividad sería la siguiente:

- A.) Normas que protegen intereses generales de la ley y de la moral: su violación implica nulidad absoluta.
- B.) Normas que por motivos de interés general protegen intereses particulares: su violación implica nulidad relativa.

De estas fórmulas surge que en ambos casos hay un interés general en juego (y de no haberlo no habría problema de nulidad) pero es distinto el papel que el interés general juega en uno y otro supuesto. En el primer caso el interés general es el objeto directo de la protección; en el segundo caso el interés general es el motivo por el cual se dispensa protección a un interés particular. Un ejemplo aclarará la idea: si pensamos en un contrato dirigido a organizar el contrabando, vemos que su otorgamiento y posterior ejecución ofenden a un interés de la comunidad que no es sólo un interés de orden económico sino también de orden moral. La nulidad de ese contrato sería absoluta. Ni las partes ni el juez podrían autorizar la subsistencia de ese contrato o de la relación jurídica por él generada. En cambio si pensamos en un contrato de venta de un inmueble otorgado por un menor adulto, advertimos: a) la ejecución del contrato no afectaría ningún interés general; b) podría si afectar un interés particular del menor si la venta hubiera sido inconveniente; c) ni siquiera afectaría ese interés si la venta fué conveniente; d) lo único que subsistiría como defecto del acto sería el hecho de haberlo otorgado sin la protección que significaba la intervención de su representante. Tenemos por tanto un vicio del pasado que puede no proyectarse hacia el futuro: un vicio resultante de haberse violado una medida dispuesta por motivos de interés general para la protección de un interés particular. Este interés particular podría verse suficientemente protegido si el representante del menor analiza luego la conveniencia del acto y sobre tal base lo aprueba. El vicio anterior podría por tanto ser reparable, y la nulidad —por consecuencia— superada. Sería un caso de nulidad relativa.

Sobre la base del ejemplo que precede podríamos ir construyendo las figuras que nos interesan:

La nulidad absoluta supone:

- a.) que el acto otorgado importó violación de un interés general.
- b.) que el mantenimiento del acto importa renovar esa violación.

El vicio tiene pues dos condiciones: es substancial y es perdurable.

La nulidad relativa, en cambio, supone que al otorgarse el acto se violó una norma dictada por motivos de interés general, pero una norma dirigida a proteger intereses particulares. Por otra parte el mantenimiento del acto no importa renovar esa violación. El vicio, en otras palabras, no es absolutamente substancial y no es perdurable.

El desarrollo posterior de las ideas involucradas en el planteo nos va a conducir a extraer las distintas consecuencias que la ley consagra, y que en párrafos anteriores anticipábamos.

Por de pronto: así como hay una correlatividad entre la gravedad del defecto y su eventual permanencia, la misma correlatividad se da entre esa gravedad del defecto y la renunciabilidad o irrenunciabilidad de la protección de la ley que resultó infringida por el acto defectuoso. Es decir: LA NO CONFIRMABILIDAD VA A SER UNA CONSECUENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA CONFIRMABILIDAD CONSECUENCIA DE LA NULIDAD RELATIVA. El defecto más grave de legalidad, es decir el que resulta de la violación de normas que protegen el interés general es un defecto que perdura, porque no interesa solamente cómo se otorgó el acto jurídico sino que el problema se plantea porque la subsistencia de la relación generada por el acto implica mantener viva la ofensa a ese interés general.

Como se trata de un interés general nadie puede renunciar a su defensa: ni las partes, ni el Ministerio Público, ni el Juez: "la renuncia general de las leyes no produce efecto alguno" (art. 19 del Código). Únicamente desaparecería el carácter de nulidad absoluta si se cambiara la ley que prohibía el acto, porque entonces el representante del interés general (el Parlamento) habría adoptado una disposición que vendría a suprimir el vicio.

Por el contrario si el defecto consistió en haber violado una ley que por motivo de interés general protegía un interés particular, el titular de este interés —una vez desaparecido el defecto— podrá renunciar la protección brindada a su interés, cosa permitida ya que son renunciables los derechos que miran al interés individual (art. 19 del código).

Se advierte una trasposición de las situaciones en razón del cambio que supone considerarlas al tiempo en que se las otorgó y al tiempo en que se juzga su validez: es de orden público la norma según la cual los menores adultos no tienen capacidad para otorgar actos jurídicos, y es de orden público que tengan una acción para impugnar los actos otorgados sin capacidad, pero no es de orden público "se ejerciten esa acción"; es de orden público que sean anulables los actos otorgados con violencia, pero no es de orden público que forzosamente se ejerciten las acciones en anulación de los actos. La razón que determinaba la invalidez no ha perdurado y el acto se puede confirmar sin afectar la legalidad.



# LA LEGITIMACION EN EL CODIGO CIVIL Y EN LA LEY 14.367

Por

GUILLELMO F. FRUGONI REY

Profesor Asociado Interino de Derecho Civil I

## I — INTRODUCCIÓN.

Legitimar consiste simplemente en convertir en legítimo lo que no es y aplicado a los hijos, convertir en legítimos los hijos habidos fuera del matrimonio, mediante un acto determinado por la ley en virtud del cual un hijo ilegítimo o extramatrimonial, por una ficción o creación legal, se equipara a los legítimos o matrimoniales en las relaciones jurídicas familiares.

La legitimación halla su fundamento racional en la circunstancia de que el amor y la protección de los padres hacia sus hijos surge de un instinto natural, no siendo exclusivo para con los nacidos en legítimas nupcias sino para con todos los que se engendran.

La legitimación permite constituir en familia legítima lo que comenzó fuera de ella y de la ley, siempre que no perturbe el orden social y por ello la legitimación halla sus límites en el peligro de que resulte un premio a la ligereza o a las personas desenfrenadas y el perjuicio que se causa a la familia legítima o matrimonialmente constituida.

Con ella se da a los padres la posibilidad de borrar una flaqueza reparando el mal causado y mejorar la condición de los hijos cumpliendo con más facilidad los deberes de la educación y dirección que toda paternidad, por el solo hecho de tal, impone a los seres humanos.

Si bien esta institución es de origen romano, la palabra "legitimación" no se encuentra en el Derecho de Roma, habiéndose sido aplicada por los intérpretes modernos a los modos estableci-

dos por los emperadores cristianos para la adquisición de la patria potestad sobre los hijos ilegítimos<sup>1</sup>.

Se la ubica en tiempos de Constantino, en que se aplicó a los hijos nacidos de concubinato con el objeto de hacerlos desaparecer o disminuirlo, permitiendo legitimar por subsiguiente matrimonio todos los hijos nacidos del concubinato con mujer ingenua que existían al promulgarse la respectiva Constitución (año 335).

Más adelante Teodosio y Valentiniano (443) permitieron adscribir a la Curia los hijos naturales, creando así otro modo de legitimación (oblatio curiae). A su vez, Justiniano por una Constitución del año 529 reiterada al año siguiente, dispuso que en todo tiempo se pudiese legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos nacidos de concubinato y en el año 538 por la Novela 74 introdujo otro modo de legitimación, el rescripto del príncipe.

En el derecho actual sólo subsisten dos clases de legitimación: la originada por el subsiguiente matrimonio de los padres y la debida a concesión del Estado denominada en los países monárquicos "concesión real". La otra, la "oblatio curiae", privativa de la organización del pueblo romano ha desaparecido sin dejar rastros.

La legitimación por subsiguiente matrimonio está admitida por todas las legislaciones, excepto la soviética donde carece de aplicación por no existir diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Por su parte la legitimación por concesión estatal o del poder público, ya en forma administrativa ya judicial solo la admiten España, Italia, Holanda, Suiza, en Europa y Perú, Cuba y Venezuela en América.

Nuestra legislación sólo admite la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres<sup>2</sup>. La norma pertinente se halla en el art. 311 del C. Civil que dice: "Los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres."

Surge de la disposición citada que nuestro Código ha seguido el sistema tradicional inspirado en el Derecho romano, el canónico y el español y en los conceptos vigentes en la época sobre la filiación ilegítima y las distintas clases de hijos que esta abarca (naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos) y sólo admite, como

<sup>1</sup> En el Derecho de Roma la legitimación fue un modo jurídico o artificial de adquirir la patria potestad sobre los descendientes habidos fuera de justo matrimonio (matrimonium iuris gentium y concubinato), pero no con respecto a aquellos que eran fruto de uniones ilícitas que por consuetudin verdadera delicta caían bajo la esfera del Derecho Penal (Stuprum) que comprendía el adulterio, el incesto, el sacrilegio y la bigamia).

<sup>2</sup> La legitimación por rescripto no es admitida por la ley argentina, sin embargo con anterioridad a la sanción del Código, podemos anotar la ley N° 41 sancionada el 1° de septiembre de 1855 que legitima los hijos naturales del general Urquiza.

lo expresa el citado precepto legal, la legitimación de los hijos naturales, es decir aquellos habidos de padres que al tiempo de la concepción del hijo pudieron casarse, norma que se confirma en el art. 324 al definir a los hijos naturales<sup>2</sup>.

## II. — Requisitos.

Nuestro Código, como todas las legislaciones inspiradas en iguales principios, exige dos requisitos para que se opere la legitimación de los hijos naturales y son: el matrimonio válido de los padres<sup>3</sup> y el reconocimiento conjunto o separado de ambos padres no bastando el que haga uso solo de ellos.

Este segundo requisito, se halla exigido por el Art. 317 que expresa: "Para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerlo antes de la celebración del matrimonio, o al inscribirse éste en los registros parroquiales, o dos meses después de celebrado el matrimonio."

Con esta exigencia el legislador trató de evitar que esposos sin hijos encubriendo una adopción prohibida por la ley, reconocieran a un extraño como tal convirtiéndolo en legítimo.

Gran parte de la doctrina considera injustificada esta disposición limitativa tendiente a impedir la introducción de un extraño en la familia por vía de legitimación, considerando que más lógico hubiese sido admitir que habiendo nacido el hijo de quienes luego contraen matrimonio la legitimación se opere cualesquiera fuese el momento del reconocimiento<sup>4</sup>.

Se presenta una cuestión sobre el carácter del reconocimiento pues la ley nada dice si sólo produce legitimación el "reconocimiento voluntario" o también se produce con el forzoso.

La mayoría de nuestros autores<sup>5</sup> se inclinan a aceptar que el reconocimiento forzoso (judicial) contra la voluntad de los

<sup>2</sup> El art. 311 reconoce como antecedente inmediato el art. 316 del proyecto de Goyena y en el art. 1558 del Esbozo de Freyre, disposición análoga también al art. 303 del C. de Chile. Antes de la sanción del Código regía entre nosotros el Título XIII de la Purísima<sup>4</sup> y desde el 28 de octubre de 1857, en Buenos Aires, un decreto del gobernador Alsina.

<sup>3</sup> Siendo nulo el matrimonio y de mala fe por ambos cónyuges, de conformidad con lo que dispone el art. 89 de la ley 2193 (matrimonio Civil), no produce ningún efecto civil razón por la cual no puede legitimarse los hijos naturales. En cuanto al matrimonio putativo habiendo existido buena fe por parte de uno o de ambos cónyuges, se legitiman los hijos concebidos durante el matrimonio putativo y los hijos naturales concebidos antes del matrimonio putativo y nacidos después, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 87, Inc. 3 y 4 y 88 de la citada ley, y también los hijos naturales concebidos y nacidos antes del matrimonio putativo aunque la ley no lo diga expresamente porque el matrimonio putativo produce los mismos efectos que el válido (Cfms. Basso, t. II, pág. 700).

<sup>4</sup> Lafaille 263.

En el D. Canónico la legitimación se produce de pleno derecho por objeto del matrimonio, sin que sea necesario el reconocimiento anterior (Canon. 1118).

<sup>5</sup> Díaz de Guisarro y otros.

padres produce la legitimación siempre, por supuesto, que haya recaído en el plazo previsto por la citada disposición legal, pues el obtenido con posterioridad no puede producirla salvo que se haya fundado en la posesión de estado desde que ésta equivale a un reconocimiento voluntario, si bien no formal. En lo que respecta al reconocimiento voluntario, según el art. 318 puede efectuarse ya sea en la partida de nacimiento por los dos padres, ya ante el juez del lugar, levantándose acta, ya por escritura pública otorgada por los padres en los plazos legales o ya en presencia del encargado del Registro Civil<sup>7</sup> y testigos si se efectuara al celebrarse el matrimonio.

De acuerdo con Busso<sup>8</sup> entendemos que también por testamento en los términos del Art. 333<sup>9</sup>, pero siempre dentro de los plazos señalados por el art. 317.

Por otra parte, de acuerdo con lo prescripto por el art. 317 el reconocimiento debe tener lugar antes de la celebración del matrimonio o al inscribirse éste en los registros parroquiales (después de la reforma de 1884 en el Registro Civil) o dos meses después de celebrado el matrimonio.

Para solucionar los inconvenientes derivados de la omisión del reconocimiento en los plazos legales la doctrina y la jurisprudencia<sup>10</sup> aceptan que la posesión de estado por parte del hijo natural hace innecesario el reconocimiento expreso, de tal modo que los hijos que no fueron reconocidos formalmente con anterioridad al matrimonio o durante el mismo o dentro del plazo de los dos meses siguientes, pueden en cualquier momento obtener el beneficio de legitimación, probando la posesión de estado al bien exhibiendo una demostración acabada de la misma<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Antes de la ley de Matrimonio Civil, el párroco.

<sup>8</sup> T. II, pág. 708.

<sup>9</sup> "C".

<sup>10</sup> "Se tendrá en como reconocimiento hecho del hijo natural, en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos, o de frase incidente, en que se manifiesta la voluntad de reconocerlo por su hijo natural; pero todo reconocimiento en testamento puede ser revocado".

<sup>11</sup> Lataille 282. Prayroz 272. Répère I, 75, pág. 155. Jurisprudencia: Cám. Civ. 1<sup>ª</sup>, 23/3/942, J. A., 1942-IV-908; Cám. Civ. 2<sup>ª</sup>, 30/10/950, L. L., 80-811; Cám. Nac. Civ. A., 21/8/952, J. A., 1952-IV-179; Cám. Nac. Civ. D., 4/11/953, L. L., 73-703; Cám. Nac., Bahía Blanca, 30/11/953, J. A., 1954-III-339; Cám. 1<sup>ª</sup> La Plata, 16/12/947, J. A., 1947-IV-762; Cám. 2<sup>ª</sup> La Plata, 27/3/938, J. A., 33-56; Cám. 1<sup>ª</sup> Córdoba, 28/10/937, L. L., 9-611; S. C. Tucumán, 11/3/92, J. A., 12-932; S. T. San Luis, 17/6/947, J. A., 1947-III-436.

<sup>12</sup> No habiendo admitido la prueba testimonial cuando es vaga e imprecisa, o de referencias y algunas veces no se ha aceptado una simple información sumaria, exigíendose por el contrario juicio ordinario. C. Civil 2<sup>ª</sup>, 30/3/96, La Ley, 2-127; C. Civil 2<sup>ª</sup>, 11/6/93, J. A., 1943-III-282.



# EL MUNDO JURIDICO COMO ORDEN DE REPARTOS

Por  
WERNER GOLDSCHMIDT

## SUMARIO<sup>1</sup>

- I. El mundo jurídico.
  - 1) El orden de repartos:
    - a) El reparto;
    - b) El orden de repartos.
  - 2) La justicia del orden de repartos.
  - 3) El ordenamiento jurídico.
- II. La ciencia de la justicia (dilectia).
  - 1) La etimología de la justicia.
  - 2) La asociación de la justicia.
- III. Conclusión.

Quisiera exponer en las páginas siguientes, y de modo somero, la estructura del mundo jurídico y luego, con algún detenimiento mayor, uno de sus rasgos esenciales: la justicia.

## I. — EL MUNDO JURIDICO.

Tal vez choque a primera vista que hablemos del "mundo jurídico" en lugar de referirnos al Derecho. Pero el vocablo "Derecho resulta tan hipotecado de ambigüedades y controversia, que es sumamente conveniente sustituirlo por la voz neutra del "mundo jurídico".

Desde hace varias décadas se impone a la ciencia jurídica la convicción de que el mundo jurídico posee una estructura tridimensional. Ya Geny enseña que debemos distinguir en la captación del mundo jurídico entre los hechos (lo dado), las normas (lo construido) y la justicia. Recientemente Jerome Hall predica en su "integrativismo" la fusión de hecho, norma y valor. La ex-

<sup>1</sup> El trabajo siguiente constituye un resumen de dos libros del autor: 1º) *La ciencia de la justicia (dilectia)* (Aguilar, Madrid, 1958); 2º) *Introducción al Derecho (La estructura del mundo jurídico)* (Aguilar, Buenos Aires, 1960).

preción de la "tridimensionalidad" del mundo jurídico procede de Miguel Reale.

Ahora bien, de las tres dimensiones del mundo jurídico la única científicamente elaborada es la de la norma. Gracias a la ciencia liberal del Derecho Penal desde Feuerbach hasta von Liszt und Belling y con miras también a la obra fundamental de Triepel: "Derecho Internacional y Derecho interno" (1899), logró Kelsen dar forma definitiva al aspecto normativo del mundo jurídico. No es, en cambio, posible seguir a Kelsen, cuando identifica lo normativo a lo jurídico, repudiando como impuras tanto la consideración de la realidad social (que, según Kelsen, forma el objeto de la sociología) como la de la justicia (que, al parecer de Kelsen, se constituye el objeto de ciencia alguna). Lo normativo es sólo parte de lo jurídico, conjuntamente con lo sociológico y sociográfico y con lo dialéctico. La opinión de Kelsen se explica por la ausencia de una ciencia jurídica de lo social y de otra de lo dialéctico.

El mundo jurídico se integra, pues, por lo social, lo dialéctico y lo normativo. Expondremos en lo que sigue los rasgos esenciales de cada una de las tres dimensiones.

### 1) El orden de repartos

La convivencia social, desde el punto de vista jurídico, constituye un orden de conductas de reparto.

Es menester explicar lo que ha de entenderse por reparto y, luego, el modo en el cual los repartos se agrupa en un orden.

#### a) El reparto

El elemento fáctico del mundo jurídico es el reparto. En todo reparto debemos distinguir entre los que reparten (los repartidores), los que reciben por el reparto impotencia o potencia (los recipiendarios gravados o beneficiados), los objetos repartidos, las formas del reparto y, por último, sus razones.

Un contrato simalagrámico da lugar a un reparto en el que las mismas partes desempeñan a la vez los papeles de repartidores y recipiendarios gravados y beneficiados del reparto; lo que se reparte es la potencia, y respectivamente la impotencia, con respecto a un inmueble o una mercancía y una cantidad de dinero; la forma del reparto es el contrato; y sus razones se hallan en las llamadas causas del contrato. Un proceso judicial provoca igualmente un reparto. El que reparte es el juez, los recipiendarios de potencia e impotencia son las partes; lo que se reparte es el objeto litigioso; la forma del reparto es el proceso; y las razones del reparto se recogen en los fundamentos de la sentencia. No se requiere mucha perspicacia para hallar análogos elementos

en los repartos que se inician con las leyes, con actos administrativos, con testamentos, etc.

El reparto como elemento del mundo jurídico ha sido vislumbrado, como era de suponer, desde tiempos muy antiguos. Aunque Aristóteles, cuando habla de la "justicia distributiva", no enfoca el aspecto social del mundo jurídico, sino su faz dikelógica, parte, no obstante, del supuesto de que la justicia valora una distribución, o sea un reparto, sin que por el momento importe qué reparto y distribución pueden ser distinguidos por llevarse a efecto el primero por repartidores humanos, mientras que la segunda se debe a la naturaleza, al sino o a la suerte. La conocida tesis de Ihering según la cual el derecho subjetivo tiene por objeto un interés protegido, así como toda la jurisprudencia de intereses de Heck, contemplan igualmente la convivencia como resolviendo sobre intereses en juego; en otras palabras, como repartiendo. También hay quienes adjudican al Derecho una función atributiva, lo que de nuevo alude a su función de repartir.

Hay que distinguir dos clases de repartos: los repartos autónomos y los repartos autoritarios.

El reparto autónomo se funda en el acuerdo entre las personas directamente interesadas en el reparto. Precisamente por esta razón no es menester aplicar ninguna violencia para llevar a efecto el reparto proyectado. Así que el acuerdo deje de subsistir, es para el reparto autónomo; lo que pasa es que a veces continúa como reparto autoritario, ayudando el juez a una de las partes. El reparto autónomo se basa en el valor de la cooperación. En la doctrina jusfilosófica encontramos a doctrinas que intentan reducir todo lo social a repartos autónomos; nos referimos a los partidarios del pacto social.

La segunda clase de repartos comprende los repartos autoritarios. Ellos funcionan según el esquema: ordenanza-obediencia. Los poderosos emiten ordenanzas que, si son generales, se llaman "medamientos", denominándose "órdenes" siendo concretas. El reparto sólo se lleva a cabo si los destinatarios de las ordenanzas pueden ser obligados a obedecerlas. Los repartos autoritarios se fundan en el valor del poder. Hay autores quienes creen poder reducir todo lo social a repartos autoritarios; nos referimos a las doctrinas imperativistas (mejor dicho: ordenancista) del Derecho y, dentro de su círculo, a aquellas quienes convierten la coercibilidad del Derecho en una de sus características esenciales.

#### b) El orden de repartos

Los repartos son los elementos del mundo jurídico. Estos elementos, sin embargo, no suelen yuxtaponerse incoherentemente, sino que forman, valga la expresión, "un tejido", un orden coherente. Tal orden de repartos constituye lo que ha de esti-

marca como un régimen. La ausencia de un orden de repartos produciría la anarquía.

El régimen se forma si multáneamente, tanto desde arriba: por medio del plan de gobierno, como desde abajo: a través del seguimiento de repartos considerados como modelos, como repartos ejemplares.

El plan de gobierno se compone de un conjunto de criterios de valor que los gobernantes tienen pensado tener en cuenta al realizar los repartos. Dentro de este conjunto de criterios de valor gubernamentales es posible distinguir un grupo relativamente estable que muchas veces halla su expresión en una constitución escrita (y el cual podría llamarse, recordando instituciones del Derecho Romano, "edictum tralatium") y un grupo específico que proclama el actual equipo gobernante (y el cual correspondería a lo que los romanos llamarían "nova edicta"). Así vergi-gracia manifiesta la Constitución de un país que urge asegurar a sus habitantes las libertades de locomoción, de expresión del pensamiento, el secreto de la correspondencia, la propiedad privada, la estabilidad del empleo, el seguro contra enfermedad, invalidez y vejez, etc. Un gobierno concreto promete a la población, además, que va a asegurar a la moneda una fuerza adquisitiva estable, que piensa industrializar al país sin descuidar el agro y la ganadería, etc. Orientándose homogéneamente los repartos en los criterios de valor tralatios y nuevos, los repartos se agrupan en un orden que es el que constituye un régimen.

Simultáneamente, los habitantes, al llevar a efecto sus repartos, traen a colación los repartos que sus vecinos han realizado en circunstancias análogas. Si tales repartos razonados les parecen ejemplares (aunque en realidad no lo fuesen), los tomarán de modelo siguiéndoles. Según las características del seguimiento nos encontramos con un proceso evolutivo o revolucionario; de todas maneras, se trata de lo que se denomina "Derecho espontáneo" del que el llamado "Derecho consuetudinario" no es sino la especie que enfoca el proceso evolutivo. La comunidad reputa, verbigracia, ejemplar la entrega de las llamadas "propinas" pese al laudo gastronómico de 1945 que prohíbe su recepción; o acepta los indultos adelantados pese a su dudosa constitucionalidad, o la impunidad de los duques pese a su punibilidad con arreglo al Código Penal. Por el otro lado no faltan en la historia de ningún país ejemplos de revoluciones victoriosas. El seguimiento de los repartos ejemplares realiza el valor de la solidaridad.

El orden de repartos como tal da cuerpo a los valores orden y pacificación. No se debe confundir la última con la paz auténtica, la cual, a diferencia de la pacificación, supone la justicia.

## 2) La justicia del orden de repartos

La justicia puede mirarse desde el ángulo de la ética como la virtud de dar a cada cual lo suyo, y desde el punto de vista jurídico como la valoración de un reparto razonado. El segundo enfoque es el que se adopta en las ciencias sociales.

La justicia como valor posee un triple despliegue: como valencia, como valoración y como criterio de valor.

La valencia del valor es su carácter fundamental. Decir que un ente ideal vale, y sostener que constituye un valor, significa mantener tesis idénticas. Como tal valencia, el valor engendra un deber ser que, ideal como el mismo es, es, en rigor, un deber ser ideal. La primera vez que se hace mención de los valores como valencias, como portadores del deber ser ideal, es en el segundo capítulo del Génesis cuando se alude al "árbol de ciencia del bien y del mal" (versículos 9, 17).

El valor, al valorar, entra en contacto con las realidades, con los entes reales. Se denomina a los entes reales valorados "el material estimativo" del valor. Cada valor posee su material estimativo propio. A fin de comprender bien el despliegue de la justicia como valoración urge, pues, indicar, en primer término, en qué clase de objetos consiste su material estimativo; luego, en segundo lugar, hay que describir la manera de ser de la misma valoración. El material estimativo de la justicia consiste en el reparto razonado. Con respecto a cada reparto razonado se pregunta si es justo que quienes reparten, desempeñen tal papel; si es justo que quienes padecen impotencia o reciben potencia, aparezcan respectivamente como recipiendarios gravados y beneficiados; si es justo que se reparten los objetos que están repartiéndose; si es justa la forma del reparto; y, en fin, si son justos los criterios del reparto. Los criterios del reparto no son idénticos a los criterios que guían como móviles a los repartidores y de cuyo valor ético depende si los mismos poseen o no la virtud de la justicia, ni tampoco a los criterios que los repartidores alegan como sus pretendidos móviles, sino que son todos aquellos criterios que pueden apoyar la justicia del reparto. La valoración, por lo demás, no recae sólo sobre los repartos que se caracterizan por intervenir en ellos hombres como repartidores; el material estimativo de la justicia comprende también las distribuciones, o sea adjudicaciones de potencia o impotencia llevadas a cabo por la naturaleza, el sino o la suerte. La justicia valora el reparto razonado como justo o injusto. En el primer caso, la valoración es positiva. El material estimativo se adapta al valor cuyo deber ser ideal sigue en pie ineluctablemente por ser, por completo, ajeno a las particularidades de la realidad. En el segundo supuesto, la valoración es negativa. Entonces el valor: justicia, engendra un deber ser actual que tiene por contenido exigir un cambio de la realidad con miras a su adaptación al valor. Este deber ser actual nace con independencia de

la posibilidad de su realización. La actual situación de la vivienda urbana es injusta, aunque fuere totalmente imposible hoy por hoy mejorarla. Ahora bien, si los hombres pudiesen eliminar el reparto o la distribución injustos, al lado del deber ser actual, producto forzoso de la injusticia, nace un deber de actuar. La valoración de un reparto o de una distribución como justos o injustos produce en nosotros un sentimiento de evidencia que lleva el nombre especial de "sentimiento de justicia". Dicho sentimiento es un sentimiento racional, lo que quiere decir que es un sentimiento que reacciona a razones. De nuevo el Génesis (capítulo cuarto) nos brinda la primera valoración de la humanidad. La realiza Caín cuando, refiriéndose al fratricidio que acaba de perpetrar, dice a Jehová (versículo 13): "Grande es mi iniquidad para ser perdonada".

A base de las diversas valoraciones los hombres llegamos a inducir criterios generales de valor. No se deben confundir el orden del conocimiento con el orden del ser. En el primero, la valoración es anterior al criterio general del valor: el criterio de valor se deriva de las valoraciones. En el segundo, los criterios de valor son anteriores y no son sino descubiertos a raíz de las valoraciones. Al valorar sucesivamente los homicidios como injustos, los hombres llegaron a idear el criterio de valor prohibitivo del homicidio; pero en el orden del ser los homicidios eran prohibidos mucho antes que los hombres valoraban el primer homicidio como una "gran iniquidad". Los criterios de valor son diferentes de las normas de reparto. Las últimas describen los repartos, los primeros se limitan a dar una orientación para los mismos. La prohibición de matar constituye un criterio de valor, una orientación. Al contrario, no se trata de una norma de reparto que atribuye a los hombres la impotencia de quitar a otros la vida. En numerosos casos, el dar muerte a una persona es perfectamente lícito como en los casos de la legítima defensa, de la guerra justa, tal vez de la pena capital y de ciertas intervenciones médicas. El criterio de valor orienta, pues; pero a fin de saber a qué atenernos en un caso concreto, urge traer a colación un gran número de consideraciones diversas de cuyo conjunto sólo será posible desprender la norma de reparto. Encontramos la formulación clásica de los criterios de valor en el Éxodo (capítulo 20): "Y habló Dios todas estas palabras, diciendo: ;No matarás!" (versículos 1 y 13).

De lo que precede se deduce que el valor no es crear sino crítico de la realidad. Un pintor que quiere pintar un cuadro, no puede acudir a un tratamiento de estética y copiar algún cuadro ideal; tampoco encuentra en aquel tratado una receta para hacer el cuadro conforme un cocinero confecciona los platos siguiendo fielmente el recetario de algún libro de cocina. El pintor no tiene más remedio que empezar a trabajar: la labor creadora le incumbe en toda su plenitud y con todo su peso. También el legislador,

cuando le toca por una ley cualquiera por ejemplo sobre arrendamiento urbano, no encuentra una ley modelo en algún código ideal; no le quedará otro camino que llevar a efecto un trabajo serio estudiando la realidad social y sus posibilidades. Tanto el pintor como el legislador deben guiarse por los criterios de valor, pictóricos o dialécticos respectivamente. También en el curso de su trabajo deben controlar su progreso continuamente valorándolo desde el punto de vista de la belleza o de la justicia, y continuar el trabajo con miras al resultado de la valoración. Si bien, por consiguiente, el valor no crea la realidad sin embargo influye en su desarrollo a través de las conductas humanas en cuanto se inspiren en criterios de valor y en cuanto modifiquen su rumbo en vista del resultado negativo de una valoración o lo sigan atento a un resultado positivo de la misma.

Se desprende con facilidad de cuanto precede que los conceptos de justicia y de Derecho o de Ley Natural son equivalentes. Tal equivalencia significa una identidad "parcial". En efecto, el Derecho o la Ley Natural comprende un conjunto de criterios de valoración, y coincide, por ende, con la justicia en el tercero de sus despliegues. El Derecho o la Ley Natural no enfocan expresamente la justicia ni como valencia, ni tampoco como valoración; pero ambos aspectos, lejos de ser incompatibles con la ideal del Derecho o de la Ley Natural, palpitan en su fondo, toda vez que los criterios valorativos se conciben como manifestaciones de la justicia como valencia y que la aplicación de los criterios de valor da lugar a valoraciones con miras a la justicia. No obstante, la justicia como valoración rebasa los criterios de valor del Derecho o de la Ley Natural en cuanto estos últimos siempre hacen referencia a un deber de actuar, mientras que la primera también engendra a veces meros deberes actuales.

### 3) El ordenamiento jurídico

El orden de repartos encuentra su descripción en el ordenamiento de normas. Hay que saber distinguir con precisión las ordenanzas (mandamientos u órdenes) que son fenómenos psicofísicos pertenecientes al orden de repartos, ya que constituyen el principio de los repartos autoritarios, y las normas que se limitan a describirlas. Las descripciones de los mandamientos hechas por los mismos autores de aquéllos, se llaman "leyes". Las leyes son exactas, si los repartos a los que aluden, se llevan a efecto en el orden de repartos con cierta normalidad. En caso contrario, las leyes son inexactas; hay leyes que nunca fueron exactas y otras que dejaron de serlo. Los mandamientos antes de ser obedecidos han de concretarse, toda vez que ninguna ordenanza general puede ser aplicada como tal, siendo la realidad ineludiblemente concreta. Todo mandamiento padece, pues, antes de llegar a ser eficaz una metamorfosis que lo transforma en orden. La captación de la or-

den de parte de sus protagonistas (los que ordenan y los destinatarios de la orden) se lleva a efecto en la forma lógica del imperativo. En resumidas cuentas: las ordenanzas, sean mandamientos u órdenes, son concebidas de modo neutral en la forma lógica de la norma y son captadas por los protagonistas como tales en la forma lógica del imperativo.

Aunque el ordenamiento jurídico contiene, pues, la descripción del orden de repartos y resulta, en ésta su calidad descriptiva, meramente declarativo, no deja de producir, sin embargo, ciertos efectos constitutivos que permiten afirmar que el ordenamiento jurídico no sólo constituye una descripción del orden de repartos, sino que realiza igualmente su integración. El ordenamiento jurídico engendra, en efecto, en primer lugar un ingente número de conceptos sin los cuales no nos sería ni siquiera posible captar la realidad social. Recordemos algunas figuras tales como sujetos jurídicos, relación jurídica, objeto del Derecho, persona jurídica, derecho subjetivo, obligación, carga, cesión de derechos, asunción de deudas, representación, sucesión singular y universal, ámbito de validez temporal, espacial, personal y real de las normas, acto administrativo, acto de gobierno, acto reglado y discrecional, democracia directa, democracia representativa, etc., etc. En segundo lugar, y a través de las actividades humanas, el ordenamiento jurídico da lugar a determinadas materializaciones que enriquecen la realidad social. Aludimos a los títulos valores, al dinero, a los múltiples registros de estado civil, de la propiedad, de comercio, de automotores, etc. La función de la ciencia jurídica con respecto a la realidad social es en un todo análoga a la de las ciencias de la naturaleza con respecto a esta última. Tampoco los fenómenos de la naturaleza pueden ser ni siquiera adecuadamente descritos sin el lenguaje especial y técnico creado por las ciencias naturales; por el otro lado, todos los productos de la técnica se incorporan al mundo de la naturaleza de suerte tal que poco a poco la naturaleza adquiere una fisonomía totalmente diferente de la que poseía en época precientífica. Por ello, es lícito afirmar que el ordenamiento jurídico constituye la descripción y la integración del orden de repartos.

El ordenamiento jurídico puede ser orden jurídico o sistema. El orden jurídico se caracteriza por el hecho de que el juez, en caso de lagunas, debe ceder su puesto al legislador para que sea éste último el que las llene. El orden jurídico posee normalmente la forma literaria de la recopilación. El sistema jurídico se caracteriza, en cambio, por el hecho de que sea el mismo juez quien tiene por misión la de llenar las lagunas. La forma literaria del sistema es normalmente la de la codificación.

La teoría del ordenamiento jurídico ha de analizar, entre otras cosas, el origen, el funcionamiento y los productos de la norma y luego el conjunto de normas que constituye el Derecho objetivo.



## II. — LA CIENCIA DE LA JUSTICIA (DIXELOGÍA)

La dixeología es la ciencia de la justicia. Dicha ciencia investiga, en primer lugar, la estructura formal de la justicia (su axiología) y, en segundo lugar, su contenido (su axiología).

### 1) La axiología de la justicia

En la axiología de la justicia hay que partir de la función pantónoma de la misma. La pantonomía de la justicia significa que en el fondo el material estimativo de la justicia es la totalidad de los repartos; a fin de repartir con justicia potencia e impotencia entre los hombres es necesario que se tenga a la vista a todos los hombres, todas sus conductas y todos los bienes y males a repartir. La situación es semejante en el supuesto de la categoría de la causalidad. También la causalidad relaciona dos acontecimientos como causa y efecto; pero como cada causa a su vez es efecto de otra causa y cada efecto es causa de otro efecto, la causalidad termina relacionando incoastantemente todos los acontecimientos de modo causal. De modo análogo, si resolvemos castigar a una persona por alguna conducta y premiar a otra por otra conducta, comprendemos en el acto que antes debiéramos investigar exhaustivamente las causas y los efectos de ambas conductas, así como las conductas similares de los demás y los castigos y los premios que por ellas recibieron para lograr la proporción justa de sus respectivos tratamientos; por el otro lado, este examen no se debe hacer sólo con miras al pasado, sino también con respecto al porvenir. Ahora bien, ni en las ciencias de la naturaleza ni en las ciencias de la cultura es posible aplazar las investigaciones hasta que el mundo resulte concluso, ni tampoco pueden realizarse investigaciones de infinitos acontecimientos. Por consiguiente, en ambas órbitas se escoge un número determinado de sucesos y se limita así el círculo del trabajo. Este procedimiento se llama "método del fraccionamiento". Si el fraccionamiento es excesivo y resulta insoportable para la justicia, se procede a un desfraccionamiento.

Podemos distinguir cuatro obstáculos a la realización de la justicia, debidos todos ellos a los conflictos que la función pantónoma de la justicia produce.

El primer obstáculo reside en la discrepancia entre el carácter infinito del mundo y el carácter finito de la justicia. Lo porvenir altera el sentido del pasado. Basta recordar la suerte de un contrato de trato sucesivo. El contrato al celebrarse parecía perfectamente justo. Pero en el decurso del tiempo las circunstancias cambiaron de suerte tal que hoy en día el sostenimiento del contrato se ha convertido en una injusticia. En algunos de estos casos se llega a un desfraccionamiento, verbigracia a través de las doctrinas de la cláusula rebus sic stantibus o de la imprevisibili-

dad. También podemos aludir a la condena penal condicional o a la libertad condicional o a la interrupción de la prescripción del delito por la perpetración de otro.

El segundo obstáculo se refiere a las influencias desde afuera. Ningún acto de justicia es completamente justo mientras que en cualquier rincón del mundo persiste una injusticia, puesto que es injusto hacer justicia, si no se hace justicia con todos. Muchas críticas al enjuiciamiento de los criminales de guerra se basaban en el desconocimiento de este obstáculo, cuando aducían la injusticia de juzgar a unos y de no juzgar a otros. Muchas peticiones de aumento de salarios o de sueldos parten de la relativa justicia de salarios o sueldos más altos de otros gremios o de otros empleados cuya consagración, sin embargo, exige que los grupos peticionarios reciban emolumentos correspondientes. En algunos casos, un fraccionamiento parece insuportable. Así la querrela por adulterio ha de dirigirse forzosamente contra el cónyuge culpable y contra su cómplice; no se estima admisible una querrela dirigida exclusivamente contra este último.

El tercer obstáculo dimana de la expansión hacia fuera. En justicia cada acto debe ser investigado en sentido personal y real hacia sus orígenes personales o sus consecuencias reales. No obstante, no se suelen realizar estos exámenes en todos los supuestos. En cuanto al fraccionamiento con respecto a los orígenes personales, urge tener en consideración los llamados castigos colectivos. Es cierto que la venganza de sangre en cuyo curso una familia herida por el asesinato de uno de sus miembros, se contentaba con vengarse matando cualquiera de los miembros de la familia culpable sin indagar cuál de ellos era el autor real del crimen, pertenece, al parecer, a tiempos pasados. Pero no lo es menos que las represalias en tiempos bélicos y de paz también cobran forma de castigo colectivo. Tampoco cabe desconocer que vertigracia las huelgas que se producen en los servicios públicos lesionan a todos los usuarios sin tener en cuenta qué personas individuales las han provocado. Por último quisiera mencionar los actos terroristas, que también constituyen una forma de castigo colectivo. No puede haber duda alguna de que en muchas de estas hipótesis el fraccionamiento es excesivo y, pues, injusto. En lo que concierne al sentido real, una indemnización por perjuicio y daños debiera, en justicia, comprender tanto el daño inmediato como el daño mediano, tanto el material como el moral, tanto el daño infligido a la víctima directa como el irrogado a la víctima indirecta. No obstante, sabido es que por regla general, los derechos positivos limitan la obligación indemnizatoria en algunos de los aspectos mencionados.

El cuarto obstáculo a la realización de la justicia descansa en su expansión hacia dentro: en justicia urge investigar las condiciones infinitas de cada acto. Sin embargo, en la realidad no es posible hacer tal cosa, entre otras cosas por la limitación del

tiempo disponible y la de nuestra capacidad cognitiva. El fraccionamiento produce cortes en toda clase de continuos: numéricos, personales, vitales y reales. Con respecto a continuos numéricos, puede tratarse de continuos temporales o cuantitativos. El corte numérico opera normalmente sobre un continuo temporal. La adquisición de la madurez intelectual y moral de una persona, el decaimiento de un derecho por su abandono por el acreedor, la adquisición de un derecho por ostentación, etc., todos estos procesos se efectúan paulatinamente sin que sea posible indicar con exactitud a partir de qué fecha podemos considerarlos como concluidos. En todos estos supuestos el método del fraccionamiento escoge un momento determinado del continuo temporal descuidando las condiciones particulares de cada caso. En otras hipótesis, el corte opera en un continuo cuantitativo. Este es el caso de la llamada "laesio enormis": se trata del derecho del vendedor de una cosa que la ha vendido por debajo de la mitad del valor, a rescindir el contrato, a no ser que el comprador complete el precio hasta que alcance el justo. El corte en un continuo personal consiste en que se escoge de entre varias personas, todas ellas relacionadas con un hecho, sólo alguna o algunas descartando, en cambio, a otras. Así verbigracia se castiga a los espías, mientras que se considera la conducta de sus mandantes como lícita. O se persigue a funcionarios y ministros, concediéndose, al contrario, al soberano una inmunidad personal. El fraccionamiento opera sobre un continuo vital, si se proclama verbigracia un Derecho Penal del delito en oposición a un Derecho Penal del delincuente a' cual, sin embargo, se suelen hacer ciertas concesiones teniendo en cuenta la habitualidad y la reincidencia y reiteración. También existe un corte en un continuo vital, se interpreta una ley sin acudir a sus antecedentes parlamentarios o de otra índole, tipo de interpretación practico por ejemplo en Inglaterra. El continuo real es objeto del fraccionamiento si se independizan los negocios abstractos confiriéndoles validez pese a la nulidad del negocio causal. Otra fraccionamiento análogo se lleva a efecto, si se protege mediante interdictos el "ius possessionis", separándolo del "ius possidendi". En general, todos los juicios sumarios contienen un fraccionamiento con respecto a los juicios plenarios.

De la función pantónoma de la justicia se desprende, pues, que la justicia humana es siempre imperfecta en su realidad, y sólo una idea regulativa como ideal. La justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por el desenvolvimiento incesante del mundo, por el contagio de cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra, por el "progressus ad infinitum" y, por último, por el "regressus ad infinitum". Todo acto de justicia humana contiene necesariamente estos cuatro granitos de injusticia. Si quisiéramos excluir la influencia rectificadora de lo por venir, habríamos de cruzarnos de brazos hasta que llegare el fin del mundo; como esta inactividad constituiría la mayor de las injus-

ticias, hay que llevar a cabo actos de justicia o de injusticia relativas que se asientan hacia la marcha del mundo. Si desearáramos extirpar todas las injusticias enquistadas en el cuerpo de la humanidad, no sabríamos dónde empezar y hence aquí de nuevo paralizados despreciando el único camino expedito consistente en avanzar paulatinamente perpetrando justicias imperfectas, puesto que nuestra razón práctica es tan discursiva como lo es la razón teórica; y como en la órbita de esta última no existe la intuición intelectual, en el área de la primera no se da la realización integral. Y si, finalmente, aspiramos a investigar todas las ramificaciones y todas las raíces de un suceso, precisamente por lo discursivo de nuestra razón y lo finito del tiempo de que disponemos, nunca llegaríamos a un término; por lo cual hay que cortar por lo sano. Nuestra incapacidad teórica de prever el futuro, nuestra incapacidad práctica de deshacer todos los entuertos y nuestra incapacidad teórico-práctica de relacionar un acto con todos los acontecimientos concomitantes, provocados y causales, obstan a que se dé cima a un solo acto de justicia completa. La justicia pura es, pues, como el oro puro; requiere la amalgama con metales menos nobles para lograr la dureza necesaria de soportar la realidad.

Pero esta necesaria imperfección inherente a cada acto de justicia y que resulta del empleo del método del fraccionamiento con el cual descartamos lo porvenir, hacemos enmudecer las injusticias que nos rodean, podamos las ramas y nos contentamos con desarraigar algunas de las raíces más visibles, no debe ser obstáculo para que el hombre realice actos de justicia, so pena de incurrir en la justicia absoluta que consiste en la omisión de cometer injusticias relativas. Fraccionamiento y desfraccionamiento son para la justicia humana lo que para el corazón lo son la sístole y la diástole.

El fraccionamiento produce *eo ipso* seguridad jurídica; cuanto más se fraccione el ejercicio de la justicia, tanto más seguro resulta el mismo. La seguridad jurídica no es, por ende, un valor especial sino que es el resultado del fraccionamiento, un subproducto, siendo el fraccionamiento una cualidad esencial de la justicia terrenal. No es obstáculo a lo dicho a que el afán de lograr seguridad jurídica pueda convertirse en el móvil de una realización especial del fraccionamiento.

## 2) La axiología de la justicia

El contenido del valor: justicia, es el conjunto de criterios de valor que determinan el régimen de justicia.

El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una zona de libertad a fin de que cada uno pueda desarrollar dentro de ella su personalidad; en otras palabras: para que pueda convertirse de hombre en persona. El principio supremo de la

justicia comprende dos elementos: el humanismo y la tolerancia.

El humanismo en sentido negativo descansa sobre dos pivotes: la igualdad de todos los hombres y la unicidad de cada cual. El sentido positivo del humanismo, o sea la dirección que el hombre debe tomar para transformarse en persona, es indicado por la confluencia de todos los valores y la jerarquía que entre ellos impera. He aquí el lugar sistemático de tratar del humanismo immanente y trascendente y, dentro del último concepto, del humanismo religioso (sobre todo cristiano) y del humanismo estético.

La igualdad de todos los hombres contiene dos exigencias de las cuales cada una se basa en una afirmación de hecho. El primer imperativo postula que todos los hombres tengan igual intervención en el gobierno de la cosa pública. Este imperativo estriba en la afirmación de que, en una comunidad, todos corren los mismos riesgos de vida, salud y libertad. La primera exigencia funda la igualdad del derecho activo y pasivo de elección. El segundo mandamiento encapsulado en el dogma de la igualdad requiere la igualdad de oportunidades y se relaciona con la afirmación de que todos los hombres poseen un origen común, afirmación ésta que aunque resultase inasequible a una averiguación histórica, sin embargo, es sostenible como una hipótesis. La igualdad de oportunidades prohíbe los privilegios. Ambas exigencias a la vez palpitan en el fondo del credo democrático.

Pese a la igualdad de todos, cada cual posee unicidad y el derecho a que se le reconozca esta unicidad. He aquí el fundamento del liberalismo bien entendido.

Lo que precede puede condensarse en la concepción de la humanidad como una familia, en oposición a su captación como género humano. En efecto, el género se caracteriza por visualizar a todos los ejemplares que comprende como iguales y, por ende, sustituibles los unos por los otros. En una familia, en cambio, también todos sus miembros son iguales entre sí; pero, sin embargo, se considera a cada cual, además, en su unicidad. El humanismo es, pues, aquella visión del hombre que no le inordina a un género humano sino que le encuadra en la familia humana.

Los hombres, para convertirse en personas, deben acercarse a las verdades. Ahora bien, las verdades, como todas las cosas, poseen un modo especial que permite apoderarse de ellas. No basta que alguien enuncie una verdad para que los demás se hagan con ella; buena prueba son las muchas verdades de toda índole, proclamadas por pensadores adelantados a su tiempo, que sólo siglos después fueron reconocidas como tales. El modo especial en el que nos apoderamos de una verdad, es el convencernos de que lo sea. El convencerse no es el criterio de la verdad. Hay, sin duda alguna, convicciones erróneas. Pero el convencerse es el único modo dentro del cual la verdad llega como tal a nuestro conocimiento.

La convicción puede ser racional o de fe. Esta distinción alude a los títulos de la convicción que pueden consistir en razones o en actos de fe. No se debe confundir esta distinción que hace a los títulos de la convicción, con otra que contempla el proceso de formación de la misma y que puede ser discursivo o intuitivo, según que la convicción racional o de fe se forme en etapas consecuentes relacionadas las unas con las otras (mediante razones, asociaciones, analogías de razones, etc.) o que surja a la conciencia de golpe. Los títulos de la convicción de las verdades son, pues, la razón o la fe. Nunca debe sustituirse cualquiera de estos títulos por la coacción.

Diferente del título de la convicción es el clima en el cual ella nace. Este clima puede ser o de tolerancia o de autoridad. La autoridad es el clima de las verdades de fe. Al contrario, quienes no llegan a una convicción, basada en la fe, no pueden penetrar a ninguna convicción, toda vez que la convicción, que descansa en la razón, supone la libertad de enseñanza y de aprendizaje, las cuales están reñidas con el clima de autoridad. El clima de tolerancia ampara, en cambio, estas libertades. La tolerancia no se basa en el agnosticismo que niega la posibilidad de alcanzar la verdad; tampoco invoca la neutralidad que niega el interés de alcanzarla. La tolerancia es compatible con la apasionada convicción de poseer una verdad; pero la tolerancia desea que cada cual se apodere de una verdad según le parezca o mediante una convicción de fe, a cuyo efecto la tolerancia admite la prédica de la autoridad, o a través de una convicción racional en atención a lo cual la tolerancia tutela la libertad de enseñanza y de aprendizaje. Mientras que el clima de autoridad sólo hace posibles convicciones de fe, el de tolerancia permite florecer tanto las convicciones de fe como las convicciones basadas en la razón.

### III. — CONCLUSIÓN.

De nuestro análisis del mundo jurídico se desprende que ostenta una estructura tridimensional: el orden de repartos, su valoración desde el punto de vista de la justicia y su descripción e integración por el ordenamiento normativo. La ciencia que se ocupa de este mundo jurídico ha de reunir correspondientemente las características de la sociología y sociografía, de la dikeología y de la normología; en resumidas cuentas: debe ser una ciencia socio-dike-normológica. Hay que rechazar como unilateral tanto el realismo que sólo contempla la realidad social, como el jusnaturalismo racionalista que estima poder contentarse con la investigación de la justicia, como, por último, el normativismo en su forma positivista que reduce el mundo jurídico a un conjunto de normas.

Por el otro lado, hablar de una concepción tridimensional del mundo jurídico no significa colocar las tres dimensiones en pie

de igualdad en todos sus aspectos. Aunque sí hay perfecta igualdad entre todos ellos en lo que concierne a su importancia, no la hay en cuanto atañe a su peso óntico. Desde este ángulo visual el primer lugar corresponde al orden de repartos que constituye el sustantáculo del mundo jurídico al cual los otros dos aspectos hacen referencia. Una vez que poseamos el orden de repartos, su valoración por la justicia y su descripción e integración por el ordenamiento normativo son forzosas, toda vez que con arreglo a las enseñanzas de la teoría del conocimiento no nos es posible considerar el orden de repartos sin valorarlo como justo o injusto, ni tampoco sin captarlo mediante el concepto del ordenamiento normativo: justicia y norma funcionan como categorías. Por ello es lícito afirmar, sobreentendiendo la ineludible labor de las categorías: justicia y norma, que el mundo jurídico es un orden de repartos.





## **TEXTOS**



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

**V. — TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL**

**TRATO DE 1889**

**Título I**

**De las personas**

**Art. 1.** — La capacidad de las personas se rige por las leyes su domicilio.

**Art. 2.** — El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor de edad o habilitación judicial.

**Art. 3.** — El Estado en el carácter de persona jurídica tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad a las leyes de este último.

**Art. 4.** — La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan. Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución,

**TRATO DE 1940**

**Título I**

**De las personas**

**Art. 1.** — La existencia, el estado, y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocen incapacidades de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión.

**Art. 2.** — El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

**Art. 3.** — Los Estados y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último.

**Art. 4.** — La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan.

Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de

se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

#### TÍTULO II

##### *Del domicilio*

Art. 5. — La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

Art. 6. — Los padres, tutores y curadores tienen su domicilio en el territorio del Estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan.

Art. 7. — Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales.

se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

La misma regla se aplicará a las sociedades civiles.

#### TÍTULO II

##### *Del domicilio*

Art. 5. — En aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

- 1º) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él.
- 2º) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y las hijas menores e incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de las hijas menores e incapaces con quienes conviva.
- 3º) El lugar del centro principal de sus negocios.
- 4º) En ausencia de todas estas circunstancias se reputará como domicilio la simple residencia.

Var art. 7.

Art. 6. — Ninguna persona puede tener dos o más domicilios a la vez.

Art. 7. — El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tu-

tele o a curatela, en de sus representaciones legales; y el de ésta, el lugar de su representación.

Art. 8. — El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido.

Art. 9. — El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido.

La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro.

Art. 9. — La mujer separada judicialmente o divorciada conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido, conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio.

Art. 9. — Las personas que no tuvieren domicilio conocido lo tienen en el lugar de su residencia.

Art. 10. — Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios.

Los establecimientos, sucursales, o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen.

Art. 11. — En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar a donde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio.

### TÍTULO III

#### De la ausencia

Art. 10. — Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los

### TÍTULO III

#### De la ausencia

Art. 12. — Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los

lugar del asiento, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados.

Las demás relaciones jurídicas del asunto seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

#### TÍTULO IV

##### Del matrimonio

Art. 11. — La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos, cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

- a) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo 14 años cumplidos en el varón y 12 en la mujer;
- b) Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
- c) Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
- d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice para casarse con el cónyuge supérstite;
- e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Art. 12. — Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial.

Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio.

lugar del asiento, se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del asunto seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

#### TÍTULO IV

##### Del matrimonio

Art. 11. — La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los siguientes impedimentos:

- a) La falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo 14 años cumplidos en el varón y 12 en la mujer;
- b) El parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
- c) El parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
- d) El hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite;
- e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Art. 12. — Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio conyugal.

Art. 13. — La ley del domicilio matrimonial rige:

- a) La separación conyugal;
- b) La disolución del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

Art. 13. — La ley del domicilio conyugal rige:

- a) La separación conyugal;
- b) La disolución del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fué el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal. En ningún caso la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia;
- c) Los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al artículo 19°.

Art. 14. — Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

Art. 17. — El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

#### TÍTULO V

##### De la patria potestad

Art. 14. — La patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita.

Art. 15. — Los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afectan,

#### TÍTULO V

##### De la patria potestad

Art. 14. — La patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita.

Art. 15. — Por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enaje-

se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallen situados.

#### Título vi

##### De la filiación

Art. 16. — La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsecuente matrimonio.

Art. 17. — Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

Art. 18. — Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

acción y los demás actos de que sean objeto, en todo lo que, sobre materia de extricto carácter real, no esté prohibida por la ley del lugar de la situación de tales bienes.

#### Título vii

##### De la filiación

Art. 19. — La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsecuente matrimonio.

Art. 20. — Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

Art. 21. — Los derechos y las obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en cual hayan de hacerse efectivos.

#### Título viii

##### De la adopción

Art. 22. — La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público.

Art. 23. — Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida.



Título VII

De la tutela y curatela

Art. 19. — El discernimiento de la tutela y curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

Art. 20. — El cargo de tutor o curador discernido en alguno de los Estados signatarios, será reconocido en todos los demás.

Art. 21. — La tutela y curatela, en cuanto a los derechos y obligaciones que imponen, se rigen por la ley del lugar en que fué discernido el cargo.

Art. 22. — Las facultades de los tutores y curadores respecto de los bienes que los incapaces posean fuera del lugar de su domicilio, se ejercerán conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados.

Art. 23. — La hipoteca legal que las leyes acuerdan a los incapaces, sólo tendrá efecto cuando la ley del Estado en el cual se ejerce el cargo de tutor o curador, concuerde con la de aquel en que se hallen situados los bienes afectados por ella.

Título VIII

Disposiciones comunes a los títulos IV, V y VII

Art. 24. — Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales

Título VIII

De la tutela y de la curatela

Art. 25. — El discernimiento de la tutela y de la curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

Art. 26. — El cargo de tutor o de curador discernido en alguno de los Estados signatarios, será reconocido en los demás.

La obligación de ser tutor o curador, y las causas, se rigen por la ley del domicilio de la persona llamada a la representación.

Art. 27. — Los derechos y las obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela y de la curatela se rigen por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

Art. 28. — Las facultades de los tutores y de los curadores respecto a los bienes de los incapaces situados fuera del lugar de su domicilio, se regirán por las leyes de éste, en todo cuanto no así prohibido sobre materia de estricto carácter real, por la ley del lugar de la situación de los bienes.

Art. 29. — La hipoteca legal que las leyes acuerdan a los incapaces, sólo tendrá efecto cuando la ley del Estado en el cual se ejerce el cargo de tutor o curador concuerde con la de aquel en donde están situados los bienes afectados por ella.

Título IX

Disposiciones comunes a los títulos IV, V y VIII

Art. 30. — Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales en-

entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores.

Art. 32. — La remuneración que las leyes acuerdan a los padres, tutores y curadores y la forma de la misma, se rige y determina por la ley del Estado en el cual fueren designados tales cargos.

### TÍTULO III

#### De los bienes

Art. 33. — Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

Art. 34. — Los bienes, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de su matrícula.

Art. 35. — Los argumentos de los bienes, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar del destino definitivo de las mercaderías.

Art. 36. — Los derechos creditarios se reputan situados en el lugar en que la obligación de su referencia debe cumplirse.

entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela o la curatela, se rigen, en cada caso, por la ley del lugar en donde residen los cónyuges, padres de familia y tutores o curadores.

Art. 31. — La remuneración que las leyes acuerdan a los padres, tutores y curadores, y la forma de la misma, se rige y determina por la ley del Estado en el cual se ejerce la patria potestad o en donde fué designada la representación.

### TÍTULO IV

#### De los bienes

Art. 32. — Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en donde están situados en cuanto a su calidad, a su posesión o a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

Art. 33. — Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse a tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputaría situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor.

Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tre-

Art. 30. — El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición.

Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados.

Art. 31. — Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

ción, se reputan situados en en el lugar en donde se encuentran.

Art. 34. — El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían a tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.

El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

Art. 35. — Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

#### Título x

##### De los actos jurídicos

Art. 32. — La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Art. 33. — La misma ley rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;

#### Título xi

##### De los actos jurídicos

Art. 36. — La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.

Art. 37. — La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;

- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Art. 34. — En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebradas.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde haya de producir sus efectos;
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

Art. 35. — El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares sujetos a leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contrayentes si fuere común al tiempo de celebrarse la permuta y por la del lugar en que la permuta se celebró, si el domicilio fuese distinto.

- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Art. 34. — En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebradas.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración;
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel en donde hayan de producirse sus efectos;
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor, al tiempo de la celebración del contrato.

Art. 36. — Los actos de beneficencia se rigen por la ley del domicilio del benefactor.

Art. 40. — Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y con-

Art. 36. — Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia.

Art. 37. — La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.

Art. 38. — Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden.

Art. 39. — Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan.

Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

## TÍTULO XI

### De las capitulaciones matrimoniales

Art. 40. — Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarse y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación.

Art. 41. — En defecto de capitulaciones especiales en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de

trato en los cuales no pueda determinarse, a tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.

Art. 41. — Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal.

Art. 42. — La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.

Art. 43. — Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.

Ver artículo 36 del nuevo Tratado.

Ver artículo 18 del nuevo Tratado.

los esposos sobre dichos bienes, se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

Art. 42. — Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

Art. 43. — El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

### TÍTULO XII

#### De las sucesiones

Art. 44. — La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, rige la forma del testamento.

Esto, no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes, será admitido en todos los demás.

Art. 45. — La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad de la persona para testar;
- b) La del heredero o legatario para suceder;
- c) La validez y efectos del testamento;
- d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge suplenente;
- e) La existencia y proporción de las legítimas;
- f) La existencia y monto de los bienes reservables;
- g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

33

Ver artículo 17 del nuevo Tratado.

### TÍTULO XIII

#### De las sucesiones

Art. 44. — La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás.

Art. 45. — La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad del heredero o legatario para suceder;
- b) La validez y efectos del testamento;
- c) Los títulos y derechos hereditarios;
- d) La existencia y proporción de las legítimas;
- e) La existencia y monto de los bienes disponibles;
- f) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Art. 46. — Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes, gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

Art. 47. — Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.

Art. 48. — Cuando las deudas deban ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

Art. 49. — Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio, y en defecto de ellos o por su falta, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Art. 50. — La obligación de coleccionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida.

Si la coleccion consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurre el heredero que deba la coleccion proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

Art. 46. — Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes a tiempo de la muerte del causante.

Art. 47. — Si dichos bienes no alcanzaren para el pago de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán su saldo proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del derecho preferente de los acreedores locales.

Art. 48. — Cuando las deudas deban ser pagadas en algún lugar en donde el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

Los créditos con garantía real quedan sujetos de lo dispuesto en este artículo y en los dos anteriores.

Art. 49. — Los legados de bienes determinados por su género, y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador a tiempo de su muerte; se harán efectivos, sobre los bienes que deje en dicho domicilio; y, en defecto de ellos, o por su falta, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Art. 50. — La obligación de coleccionar se rige por la ley de la sucesión en donde ella sea exigida.

Si la coleccion consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de la cual ese bien depende.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurre el heredero que deba la coleccion, proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

## TÍTULO VIII

### De la prescripción

Art. 51. — La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

Art. 52. — La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado.

Art. 53. — Si el bien gravado fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

Art. 54. — La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles, se rige por la ley del lugar en que están situados.

Art. 55. — Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

## TÍTULO XIV

### De la jurisdicción

Art. 56. — Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio.

Pueden entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

## TÍTULO XIX

### De la prescripción

Art. 51. — La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

Art. 52. — La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien.

Art. 53. — Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

Art. 54. — La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en donde están situados.

Art. 55. — Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

## TÍTULO XIV

### De la jurisdicción

Art. 56. — Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio.

Pueden entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

Se permite la prorrata territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de ac-



ciones referentes a derechos personales patrimoniales.

La voluntad del demandado, debe expresarse en forma positiva y no ficta.

Art. 57. — La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.

Art. 57. — La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.

Art. 58. — El juicio sobre capacidad o incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles, debe seguirse ante el juez de su domicilio.

Art. 59. — Las acciones que proceden del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces y de éstos contra aquéllas, se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los Tribunales del país en que están domiciliados los padres, tutores o curadores.

Art. 60. — Las acciones que versen sobre la propiedad, usufructo o actos que afecten los bienes de los incapaces, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en que esos bienes se hallan situados.

Art. 61. — Los jueces del lugar en el cual fue decretada el cargo de tutor o curador, son competentes para conocer del juicio de rendición de cuentas.

Art. 61. — Los jueces del lugar en el cual fué decretado el cargo de tutor o curador, son competentes para conocer del juicio de rendición de cuentas.

Art. 62. — El juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos, se iniciarán ante los Jueces del domicilio conyugal.

Art. 62. — Los juicios sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolución, y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal.

Si el juicio se promueve entre personas que se hallen en el caso previsto en el artículo 5º será competente el juez del último domicilio conyugal.

Art. 63. — Serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre

Art. 63. — Serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre

esposa, sobre emancipación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales, los Jueces del lugar en que están ubicados esos bienes.

Art. 64.—Los Jueces del lugar de la residencia de las personas, son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el art. 34.

Art. 65.—Los juicios relativos a la existencia y disolución de cualquiera sociedad civil, deben seguirse ante los Jueces del lugar de su domicilio.

Art. 66.—Los juicios a que dá lugar la sucesión por causa de muerte, se seguirán ante los Jueces de los lugares en que se hallan situadas los bienes hereditarios.

Art. 67.—Las acciones reales y las denominadas mixtas, deben ser deducidas ante los Jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recae.

Si comprendieren cosas situadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los Jueces del lugar de cada una de ellas.

#### *Disposiciones generales*

Art. 68.—No es indispensable para la vigencia de este tratado, su ratificación simultánea por todas las Naciones signatarias. La que lo aprueba, lo comunicará a los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás Naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 69.—Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

esposa sobre emancipación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales, en materia de estricto carácter real, los jueces del lugar en donde están ubicados esos bienes.

Art. 61.—Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el artículo 30°.

Art. 62.—Los juicios entre socios que sean relativos a la sociedad, competen a los jueces del domicilio social.

Art. 63.—Los juicios a que dá lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios.

Art. 64.—Las acciones reales y las denominadas mixtas, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recae.

Si comprendieren cosas ubicadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de la situación de cada una de ellas.

#### *Disposiciones generales*

Art. 65.—No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todos los Estados signatarios. El que lo aprueba lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay a fin de que lo haga saber a los demás Estados contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 66.—Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre los Estados que hubieren Denado dicha

Art. 70. — Si alguno de las Naciones signatarias creyere conveniente designar-se del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará designado sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 71. — El artículo 69 es extensivo a las Naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

fornalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve.

Art. 67. — Si alguno de los Estados signatarios creyere conveniente designar-se del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás, pero no quedará designado sino dos años después de la denuncia, término en el que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 68. — El artículo 69, es extensivo a los Estados que, sin haber concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de los Estados mencionados firman el presente Tratado, en Montevideo a los diez y nueve días del mes de marzo del año mil novecientos cuarenta. (\*)

#### SECRETAS:

##### *De la Delegación de la República Oriental del Uruguay*

La Delegación del Uruguay hace reserva respecto de los artículos 3º 59º, entendiéndose que en cuanto a la aplicación a muchos casos reales, significará abandono del principio general del domicilio que ha sido tomado como base fundamental de este Tratado para la determinación de la competencia legislativa y judicial de los Estados contratantes.

##### *De la Delegación de la República del Perú*

1º Los artículos de este Tratado referentes a estado y capacidad de las personas físicas y jurídicas, se entenderán aprobados por el Perú sin perjuicio de

(\*) Este Tratado ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

lo dispuesto en la ley nacional respecto de las personas y personas jurídicas constituidas en el país.

2° Las reglas adoptadas en este Convenio sobre competencia legislativa y judicial en todo lo referente a personas, derechos de familia, relaciones personales entre cónyuges y origen de los hijos, no impedirán la aplicación de lo dispuesto por la ley peruana en favor de nacionales peruanos.

3° El artículo 11° de este Tratado debe entenderse aprobado sin perjuicio de lo prescrito en la última parte del artículo 22° del Código Civil del Perú.

4° El Perú no vota los artículos 19° y 22° de este Tratado por hallarse ligados a las normas que sobre ley aplicable en materias matrimoniales y de filiación establece el Código Bustamante.

5° El artículo 26° se entenderá aprobado sin perjuicio de la ley optativa que en cuanto a la forma de las actas jurídicas y de los instrumentos, consagra el artículo XX del Título preliminar del Código Civil del Perú.

6° El Perú se abstiene de votar los artículos 37° a 39° de este Tratado, por su implicancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título preliminar del Código Civil peruano.

7° Tampoco presta su voto a los artículos 44° y 45° por estimar que la ley aplicable a la forma del testamento debe ser la del lugar de celebración del mismo o la del domicilio del testador, y porque, en cuanto al régimen sucesorio, la ley aplicable en el Perú es la prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano.

8° La Delegación entiende que la jurisdicción que corresponde en el caso del artículo 53° de este Tratado, es la del lugar por cuya ley se rige la sucesión, según el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano.

VI.—TRATADO SOBRE PROPIEDAD  
LITERARIA Y ARTISTICA

TEXTO DE 1929

Art. 1.—Los Estados signatarios se comprometen a reconocer y proteger los derechos de la propiedad literaria y artística, en conformidad con las estipulaciones del presente Tratado.

Art. 2.—El autor de toda obra literaria o artística y sus sucesores, gozarán en los Estados signatarios de los derechos que les acuerda la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o producción.

Art. 3.—El derecho de propiedad de una obra literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ensayarla, de tra-

VI.—TRATADO SOBRE  
PROPIEDAD INTELECTUAL

TEXTO DE 1929

Art. 1.—Los Estados signatarios se comprometen a reconocer y a asegurar los derechos de propiedad intelectual y su ejercicio, de conformidad con las estipulaciones del presente Tratado.

Art. 2.—Los autores cuyos derechos se encuentran protegidos de acuerdo con la legislación vigente en cualquiera de los Estados adheridos al Tratado, excepto los derechos cuya protección derive de Tratados de su Estado con otros Estados no adheridos, gozarán en todos los demás, de los mismos derechos y garantías que las leyes respectivas les conceden, debiéndose establecer entre los organismos legales de los Estados adherentes, la coordinación necesaria para suministrarle directamente las informaciones y recaudos relativos a dicho prueba, a costa de los particulares interesados. Las entidades creadas legalmente a los efectos de la protección de los derechos de autor y siempre que estén suficientemente autorizadas por los interesados, estarán habilitadas para ejercer en los demás Estados las acciones respectivas, en virtud de lo que se ejercice a las leyes del país del proceso.

Art. 3.—Los derechos de los autores a que se refiere el artículo anterior, comprenden las facultades de disponer de sus obras, publicarlas, ensayarlas, traducir-

ducirla o de autorizar su traducción, y de reproducirla en cualquier forma.

las, adaptarla y autorizar su traducción y adaptación, así como su instrumentación, ejecución, reproducción y difusión por medio de la cinematografía, fotografía, telégrafo, fonografía, radiotelefonía y cualquier otro medio técnico.

Art. 4. — Las producciones, adaptaciones, arreglos musicales y toda otra reproducción transformada de obras literarias o artísticas, como las versiones cinematográficas de las mismas, así como las recopilaciones de trabajos diversos, serán considerados a los efectos de este tratado, como producciones originales sin perjuicio de los derechos que, en cada caso, pudieren hacer valer los autores de las obras originarias o sus legítimos sucesores.

Art. 4. — Ningún Estado estará obligado a reconocer el derecho de propiedad literaria o artística, por mayor tiempo del que rija para los autores que en él obtengan ese derecho. Este tiempo podrá limitarse al establecido en el país de origen, si fuere menor.

Art. 7. — Ningún Estado estará obligado a reconocer el derecho de propiedad literaria o artística por mayor tiempo del que rija para los autores que en él obtengan ese derecho. Este tiempo podrá limitarse al señalado en el país de origen, si fuere menor.

Art. 5. — En la expresión obras literarias y artísticas, se comprende los libros, folletos y cualesquiera otros escritos; las obras dramáticas o dramático-musicales, las coreográficas, las composiciones musicales, con o sin palabras; los dibujos, las pinturas, las esculturas, los grabados, las obras fotográficas, las litografías, las cartas geográficas, los planos, croquis y trabajos plásticos, relativos a geografía, a topografía, arquitectura o a ciencias en general; y en fin se comprende toda producción del dominio literario o artístico, que pueda publicarse por cualquier modo de impresión o reproducción.

Art. 2. — Declárase comprendidas en dichas arropulaciones a los autores de toda producción que signifique una creación intelectual y sea susceptible de publicarse o reproducirse por cualquier procedimiento, y, en particular, a los autores de libros, folletos y escritos de cualquier naturaleza, distribución y arropulación; conferencias, lecciones escolares o universitarias, discursos, alocuciones, sermones y piezas oratorias en general; composiciones musicales, con o sin palabras, obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y de otro espectáculo, siempre que sea posible individualizarlas por escrito o gráficamente; obras originales destinadas a proyectarse por medio del cinematógrafo y sus correspondientes acompañamientos musicales; obras de ingeniería, dibujo,

pintura, escultura, composición arquitectónica, grabado, litografía, fotografía y artes equiparables; ilustraciones gráficas y plásticas realizadas con fines científicos, técnicos y artísticos; trabajos cartográficos, esquemáticos y estadísticos.

Art. 6. — Los traductores de obras acerca de las cuales no existe o se haya extinguido el derecho de propiedad garantido, gozarán respecto de sus traducciones de los derechos declarados en el art. 3°, más no podrán impedir la publicación de otras traducciones de la misma obra.

Art. 7. — Los artículos de periódicos podrán reproducirse, citándose la publicación de donde se toman. Se exceptúan los artículos que versen sobre ciencias y artes, y cuya reproducción se hubiere prohibido expresamente por sus autores.

Art. 8. — Pueden publicarse en la prensa periódica sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en las asambleas deliberantes, ante los tribunales de justicia, o en las reuniones públicas.

Art. 9. — Se consideran reproducciones ilícitas, las apropiaciones indirectas no autorizadas, de una obra literaria o artística y que se designan con nombres diversos, como adaptaciones, arreglos, etc., etcétera, y que no son más que reproducciones de aquella, sin presentar el carácter de obra original.

Art. 10. — Los derechos de autor se reconocen, salvo prueba en contrario, a favor de las personas cuyos nombres o pseudónimos estén indicados en la obra literaria o artística. Si los autores quie-

Art. 5. — Las personas que editen, traduzcan, adapten, arreglen, reproduzcan o difundan por cualquier procedimiento obras acerca de las cuales no existan o se hayan extinguido los derechos garantizados por el presente Tratado, gozarán, para sus trabajos, de los derechos declarados en el art. 3°; más no podrán impedir que se lleven a cabo nuevas ediciones, traducciones, adaptaciones, arreglos, reproducciones o difusiones de la obra.

Art. 8. — Los artículos de periódicos podrán reproducirse con mención del origen.

Art. 9. — Pueden publicarse en la prensa periódica sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en las Asambleas Deliberantes, ante los Tribunales de Justicia, o en las reuniones públicas.

Art. 10. — Se consideran reproducciones ilícitas las apropiaciones indirectas, no autorizadas, de una obra literaria o artística y que se designan con nombres diversos, sin presentar el carácter de obra original.

Art. 11. — Los derechos de autor se reconocen, salvo prueba en contrario, a favor de las personas cuyos nombres o pseudónimos estén indicados en la obra literaria o artística. Si los autores quie-

siguen conservar sus nombres, deberán expresar los editores que a ellos corresponden los derechos de autor.

Art. 11. — Las responsabilidades en que incurran los que usurpan el derecho de propiedad literaria o artística, se ventilarán ante los tribunales y se registrarán por las leyes del país, en que el fraude se haya cometido.

Art. 12. — El reconocimiento del derecho de propiedad de las obras literarias o artísticas, no priva a los Estados signatarios de la facultad de prohibir con arreglo a sus leyes, que se reproduzcan, publiquen, circulen, representen o expongan aquellas obras que se consideren contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

Art. 13. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo aprueba lo comunicará a los Gobiernos de las Repúblicas Argen-

tas reservando sus nombres, deberán expresar los editores que a ellos corresponden los derechos de autor.

Art. 12. — Las responsabilidades en que incurran los que usurpan los derechos protegidos en este Tratado, se ventilarán por los tribunales y legislación del Estado en que el acto ilícito se hubiera cometido, o en cuyo territorio se produjeren sus efectos en el caso de haberse consumado aquél en un Estado no adherido.

Art. 13. — Toda reproducción ilícita de una obra cuyo autor tenga derecho a protección legal, podrá ser secuestrada por las autoridades competentes de cualquier Estado adherido.

Art. 14. — El reconocimiento del derecho de propiedad de las obras literarias o artísticas, no priva a los Estados signatarios, de la facultad de prohibir con arreglo a sus leyes, que se reproduzcan, publiquen, circulen, representen o expongan, aquellas obras que se consideren contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

Art. 15. — Independientemente de los derechos patrimoniales amparados por este Tratado, los autores conservan la facultad de hacer valer la paternidad de la obra, así como de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que consideren perjudicial para su honor o reputación. Este derecho puede ser ejercido por los sucesores legítimos del autor, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado adherido.

Art. 16. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo aprueba lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del



tina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de conje.

Art. 14. — Hecho el conje en la forma del artículo anterior este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 15. — Si alguna de las naciones signatarias creyere conveniente denegar-se del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás, pero no quedará denegada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 16. — El artículo 15 es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

Uruguay, para que lo haga saber a las demás naciones contratantes.

Este procedimiento hará las veces de conje.

Art. 17. — Hecho el conje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido, dejándose por tanto, sin efecto, el firmado en Montevideo el día once del mes de enero del año 1888.

Art. 18. — Si alguna de las naciones signatarias creyere conveniente denegar-se del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará denegada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 19. — El artículo 18 es extensivo a las naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios firmas el presente Tratado en Montevideo a los cuatro días de agosto de 1888 (\*).

(\*) Este Tratado ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

## VII.—TRATADO DE DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

### TEXTO DE 1889

#### TÍTULO I

##### *Principios generales*

Art. 1.—Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación en cuyo territorio se promuevan.

Art. 2.—Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico, materia del proceso.

Se exceptúa el género de pruebas que por su naturaleza no autorice la ley del lugar en que se sigue el juicio.

#### TÍTULO II

##### *De las legalizaciones*

Art. 3.—Las sentencias o laudos homologados expedidos en asuntos civiles y comerciales, las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por los funcionarios de un Estado, y las cédulas y cartas rogatorias, emitirán sus efectos en los otros Estados signatarios, con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados.

### TEXTO DE 1940

#### TÍTULO I

##### *Principios generales*

Art. 1.—Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos del Estado en donde se promuevan.

Art. 2.—Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso.

Se exceptúan aquellas pruebas que por su naturaleza no estén autorizadas por la ley del lugar en donde se sigue el juicio.

#### TÍTULO II

##### *De las legalizaciones*

Art. 3.—Las sentencias y los laudos homologados, dictados en asuntos civiles, comerciales o contencioso-administrativos; las escrituras públicas y los demás documentos otorgados por los funcionarios de un Estado; y las cédulas y cartas rogatorias, se considerarán auténticos en los otros Estados signatarios, con arreglo a este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados.

Art. 4.—La legislación es considerada hecha en debida forma, cuando se practica con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halla autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país o en la localidad tenga acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución.

### TÍTULO III

#### *Del cumplimiento de las sentencias, resoluciones y fallos arbitrales*

Art. 5.—Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás, la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes:

- a) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por tribunal competente en la esfera internacional;
- b) Que tenga el carácter de ejecutoriada o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido;
- c) Que la parte contra quien se ha dictado, haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio;
- d) Que no se opongan a las leyes de orden público del país de su ejecución.

Art. 6.—Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales, son los siguientes:

Art. 4.—La legislación es considerada hecha en debida forma cuando se practique con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halla autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país tuviera acreditado el Gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución.

### TÍTULO III

#### *Del cumplimiento de las sentencias, resoluciones y fallos arbitrales*

Art. 5.—Las sentencias y los fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en donde fueron pronunciados, si reúnen los requisitos siguientes:

- a) Que hayan sido dictados por tribunal competente en la esfera internacional;
- b) Que tengan el carácter de ejecutoriados o pasados en autoridad de cosa juzgada en el Estado en donde haya sido pronunciado;
- c) Que la parte contra la cual se hubieran dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se siguió el juicio;
- d) Que no se opongan al orden público del país de su cumplimiento.

Quedan incluidas en el presente artículo las sentencias civiles dictadas en cualquier Estado signatario, por un tribunal internacional, que se refieren a personas o a intereses privados.

Art. 6.—Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias o de los fallos arbitrales, son los siguientes:

- a) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral;
- b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas;
- c) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

Art. 7.—El carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias o fallos arbitrales, y el juicio a que se cumplimiento de lugar, serán los que determine la ley de procedimientos del Estado en donde se pide la ejecución.

Art. 8.—Los actos de jurisdicción voluntaria, como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen realizado en su propio territorio con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores.

Art. 9.—Los edictos y cartas registradas que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados sig-

- a) Copia íntegra de la sentencia o del fallo arbitral;
- b) Copias de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento al inciso c) del artículo anterior;
- c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

Art. 7.—La ejecución de las sentencias y de los fallos arbitrados, así como la de las sentencias de tribunales internacionales, contempladas en el último inciso del artículo 5º, deberá pedirse a los jueces o tribunales competentes, los cuales, con audiencia del Ministerio Público, y previa comprobación que aquellos se ajustan a lo dispuesto en dicho artículo, ordenarán su cumplimiento por la vía que corresponda, de acuerdo con lo que a ese respecto disponga la ley de procedimiento local.

En todo caso, mediante pedido formulado por el Ministerio Público, y aún de oficio, podrá oírse, sin otra forma de defensa, a la parte contra la cual se pretende hacer efectiva la sentencia o el fallo arbitral de que se trata.

Art. 8.—El juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera, podrá, sin más trámite y a petición de parte y aún de oficio, tomar todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la ley del tribunal local, sobre secuestros, inhibiciones, embargo u otras medidas preventivas.

Art. 9.—Cuando sólo se trate de hacer valer como prueba la autoridad de un fallo, deberá ser presentado en juicio, con la documentación a que se refiere el ar-

notarios, siempre que dichos esbozos o cartas registrarias reúnan las condiciones establecidas en este Tratado.

título 6º, en el momento que correspondiere según la ley local; y los jueces o tribunales se pronunciarán sobre su mérito en la sentencia que dicten, previa comprobación, con audiencia del Ministerio Público, de que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5º.

Art. 10. — Los actos procesales no constitucionales, como inventaria, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás el mismo valor que si hubieran sido realizados en su propio territorio, siempre que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores.

Art. 11. — Los esbozos y las cartas registrarias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquier otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos esbozos y cartas registrarias reúnan los requisitos establecidos en este Tratado. Así mismo, deberán ser redactados en la lengua del Estado que libre el esbozo, y serán acompañados de una traducción hecha en la lengua del Estado al cual se libra dicho esbozo, debidamente certificada.

Las certificaciones registrarias en materia civil o criminal, cursadas por intermedio de los agentes diplomáticos, y a falta de éstos por conducto de los cónsules del país que libre el esbozo, no necesitarán legalización de firmas.

Art. 10. — Cuando los esbozos o cartas registrarias se refieren a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas, el juez autorizado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios y en general a todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión.

Art. 12. — Cuando los esbozos y cartas registrarias se refieren a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas, el juez a quien se libra el esbozo proveerá lo necesario al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios, y, en general, a todo aquello que fuere conducente al mejor desempeño de la comisión.

Art. 11. — Los subastas y cartas registarias se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en donde se pide la ejecución.

Art. 13. — Los subastas y las cartas registarias serán diligenciadas con arreglo a las leyes del país al cual se pide la ejecución. Si se tratare de embargos, la procedencia de la medida se registrá y determinará por las leyes y los jueces del lugar del proceso.

La traba del embargo, su forma y la inembargabilidad de las bienes denunciados a ese efecto, se registrarán por las leyes, y se ordenarán por los jueces del lugar en donde dichos bienes estuvieren situados.

Para ejecutar la sentencia dictada en el juicio en que se haya ordenado la traba del embargo sobre bienes ubicados en otro territorio, se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 7 y 8 de este Tratado.

Art. 14. — Trabajado el embargo, la persona afectada por esta medida, podrá deducir, ante el juez ante quien se libró el subasta, la tercería pertinente, con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen. Noticiado éste de la interposición de la tercería, suspenderá el trámite del juicio principal por un término no mayor de sesenta días con el objeto de que el tercerista haga valer sus derechos. La tercería se extinguirá por el juez de lo principal, conforme a sus leyes. El tercerista que comparezca después de fenecido ese término, tomará la causa en el estado en que se encuentre.

Si la tercería interpuesta fuere de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo con las leyes del país del lugar de la situación de dicho bien.

Art. 12. — Los interesados en la ejecución de los subastas y cartas registarias, podrán constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que estos apoderados y las diligencias ocasionen.

Art. 15. — Los interesados en la ejecución de los subastas y de las cartas registarias, podrán constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que el ejercicio del poder y las diligencias ocasionaren.

## TÍTULO IV

### Del concurso civil de acreedores

Art. 15. — El concurso civil de acreedores se rige y tramita por las leyes y ante los jueces del país del domicilio del deudor.

Art. 17. — Si hubiere bienes ubicados en uno o más Estados signatarios, distintos de los del domicilio del deudor, podrá promoverse, a pedido de los acreedores, concurso independiente en cada uno de ellos.

Art. 18. — Declarado el concurso, y sin perjuicio del derecho a que se refiere el artículo anterior, el juez respectivo tomará todas las medidas preventivas pertinentes respecto de los bienes situados en otros países, y, al efecto, procederá en la forma establecida para esos casos en los artículos anteriores.

Art. 19. — Cumplidas las medidas preventivas, los jueces a quienes se libran los edictos, harán conocer los edictos publicados durante treinta días, la declaración del concurso, la designación de síndico y de su domicilio, el plazo para presentar los títulos crediticios y las medidas preventivas que se hubieren tomado.

Art. 20. — En el caso del art. 17, los acreedores locales, dentro de los sesenta días subsiguientes a la última publicación prevista en el artículo anterior, podrán promover el concurso del deudor respecto de los bienes ubicados en ese país. Para este caso, como para el de juicio único de concurso, que se rige ante los tribunales y de acuerdo con las leyes del país del domicilio del deudor, los acreedores locales tendrán el derecho de preferencia sobre los bienes ubicados en

el territorio en donde sus créditos deben ser satisfechos.

Art. 21. — Cuando proceda la pluralidad de concursos, el solamente que resultare a favor del deudor en un país extranjero, quedará afectado a las resoluciones de los otros juicios de concursos, transfiriéndose por vía judicial, con preferencia, al concurso declarado en primer término.

Art. 22. — Los privilegios se determinan exclusivamente por la ley del Estado en donde se abra cada concurso, con las siguientes limitaciones:

- a) El privilegio especial sobre las inmuebles y el derecho real de hipoteca, quedarán sometidos a la ley del Estado de su situación;
- b) El privilegio especial sobre los muebles, queda sometido a la ley del Estado en donde se encuentren, sin perjuicio de los derechos del Fisco por impuestos aduanales.

La misma norma rige en cuanto al derecho que se funda en la posesión o en la tenencia de bienes muebles, o en una inscripción pública, o en otra forma de publicidad.

Art. 23. — La autoridad de los síndicos o de los representantes legales del concurso, será reconocida en todos los Estados, los cuales admitirán en su territorio el ejercicio de las funciones que a aquellas confiere la ley del concurso y el presente Testado.

Art. 24. — Las inhabilidades que afecten al deudor, serán decretadas por el juez de su domicilio, con arreglo a la ley del mismo. Las inhabilidades relativas a los bienes situados en otros países, podrán ser declaradas por los tribunales locales conforme a sus propias leyes.



La rehabilitación del concursado y sus efectos se regirán por las mismas normas.

Art. 23. — Las reglas referentes al concurso serán igualmente aplicables a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas que sean admitidas en las leyes de los Estados contratantes.

## DISPOSICIONES GENERALES

Art. 13. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las Naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber a las demás Naciones Contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 14. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 15. — Si alguna de las Naciones creyera conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 16. — El artículo 13 es extensivo a las Naciones que no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

Art. 25. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todos los Estados signatarios. El que lo apruebe lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay a fin de que lo haga saber a los demás Estados Contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 27. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre los Estados que hubieran firmado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día 11 de enero del año 1893.

Art. 28. — Si alguna de los Estados signatarios creyera conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás, pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 29. — El artículo 26 es extensivo a los Estados que, sin haber concurrido a este Congreso, quisieran adherirse al presente Tratado.

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

das a los días y meses días del mes de marzo de 1940 (\*).

#### ARTÍCULOS

1° De la Delegación de los Estados Unidos del Brasil

a) *Sobre el artículo 2.* — Entiende que la apreciación de la prueba debe regirse por la ley local.

b) *Sobre el artículo 5.* — Entiende dejar a salvo lo dispuesto por los arts. 774 y 778 del Código Procesal de su país.

2° De la Delegación de la República Argentina

c) *Sobre el artículo 11.* — Entiende que cuando se diligenciará un exhorto en cualquier parte del país requerido las excepciones de litispendencia o incompetencia de jurisdicción, atribuyéndose el conocimiento de la causa a los tribunales del Estado a que dicho juez pertenece, puede ser negarse a diligenciarlo total o parcialmente, en defensa de su propia jurisdicción.

(\*) Este Tratado ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

VIII.—CONVENCIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE PROFESIONES  
LIBERALES

TEXTO DE 1889

Art. 1.—Los nacionales o extranjeros que en cualquiera de los Estados signatarios de esta Convención hubiesen obtenido título o diploma expedido por la autoridad nacional competente para ejercer profesiones liberales, se tendrán por habilitados para ejercerlas en los otros Estados.

Art. 2.—Para que el título o diploma a que se refiere el artículo anterior produzcan los efectos expresados, se requiere:

1º) La exhibición del mismo, debidamente legalizado.

TEXTO DE 1920

Art. 1.—Los nacionales y extranjeros que en cualquiera de los Estados signatarios de esta Convención hubiesen obtenido título o diploma expedido por la autoridad nacional competente, para ejercer profesiones liberales, se tendrán por habilitados para ejercerlas en los otros Estados, siempre que dichos títulos o diplomas correspondan a artículos y trabajos prácticos que guarden razonable equivalencia con los que se haya exigido en las épocas respectivas a los estudiantes locales en la Universidad ante quien se presenta a recibirlos, y el interesado lleve los requisitos generales señalados para el ejercicio de las respectivas profesiones. En su caso podrán rendir examen en las materias que faltaren para completar la equivalencia.

Art. 2.—Se tendrá por cumplida la condición de equivalencia cuando el poseedor del diploma acredite haber dictado clases universitarias durante diez años en alguna de las materias de la respectiva profesión.

Art. 3.—Para que el título o diploma a que se refieren los artículos anteriores produzcan los efectos expresados, se requiere:

a) La exhibición del mismo, debidamente legalizado.

2º) Que el que lo exhiba acredita ser la persona a cuyo favor ha sido expedido.

Art. 3.—No es indispensable para la vigencia de este Convenio su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los gobiernos de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina, para que lo hagan saber a las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 4.—Hecho el canje en la forma del artículo anterior, esta Convención quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 5.—Si alguna de las naciones signatarias creyere conveniente desligarse de la Convención o introducir modificaciones en ella, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 6.—El artículo 3 es extensivo a las naciones que, no habiendo concurrido a este Congreso, quisieran adherirse a la presente Convención.

3º) Que el que lo exhiba acredita ser la persona a cuyo favor ha sido expedido.

Art. 4.—No es indispensable para la vigencia de este Convenio su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay, para que lo haga saber a las demás Naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 5.—Hecho el canje en la forma del artículo anterior, esta Convención quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido, dejándose por tanto sin efecto la firmada en Montevideo el 4 de febrero de 1889.

Art. 6.—Si alguna de las naciones signatarias creyere conveniente desligarse de la Convención o introducir modificaciones en ella, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 7.—El artículo 4 es extensivo a las Naciones que, no habiendo concurrido a esta Reunión de Plenipotenciarios, quisieran adherirse a la presente Convención.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios lo firman en Montevideo a los cuatro días del mes de agosto de 1939 (\*).

(\*) Este Convenio ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

## IX.—PROTOCOLO ADICIONAL.

### TREINTO DE 1889

Art. 1.—Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrientes, ya sean nacionales o extranjeros las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.

Art. 2.—Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

Art. 3.—Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos remisos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

Art. 4.—Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Art. 5.—De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se obligan

### TREINTO DE 1840

Art. 1.—Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrientes, ya sean nacionales o extranjeros las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.

Art. 2.—Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

Art. 3.—Todos los recursos acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio, para los casos remisos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

Art. 4.—Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Art. 5.—La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que la autorice dicha ley.

Art. 6.—De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se com-

gan a transmittirse recíprocamente dos ejemplares autógrafos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países.

Art. 6. — Los Gobiernos de los Estados signatarios declararían al aprobar los Tratados celebrados, si aceptan la adhesión de las Naciones no invitadas al Congreso, en la misma forma que las de aquellas que habiendo adherido a la idea del Congreso no han tomado parte en sus deliberaciones.

Art. 7. — Las disposiciones contenidas en los artículos que preceden se considerarían parte integrante de los Tratados de su referencia y su duración será la de los mismos.

proceden a transmittirse recíprocamente dos ejemplares autógrafos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados.

Art. 7. — Los Gobiernos de los Estados signatarios declararían, al aprobar los Tratados celebrados, si aceptan la adhesión de los Estados no invitados al presente Congreso, en la misma forma que la de aquellos que, habiendo adherido a la idea del Congreso, no han tomado parte en sus deliberaciones.

Art. 8. — Las disposiciones contenidas en los artículos que preceden se considerarían parte integrante de los Tratados de su referencia, y su duración será la de los mismos.

#### R E S E R V A

##### *De la Delegación de la República del Perú*

1<sup>ª</sup> — La Delegación del Perú reproduce las reservas que sobre la materia de los artículos 1 y 2 de este protocolo ha dejado formuladas en el Tratado de Derecho Civil Internacional.

2<sup>ª</sup> La Delegación sostiene que el sentido del artículo 3 de este protocolo es que la voluntad de las partes no puede variar las reglas que sobre competencia legislativa o judicial establecen los Tratados. (\*)

(\*) El Protocolo adicional ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

## APENDICE

### DECRETO-LEY 7771/56

El 27 de abril de 1956 el Presidente Provisional de la Nación Argentina dió el decreto-ley 7771 (R. O. 8/5/56), que en su parte dispositiva establece:

Art. 1° — Ratifíquense los siguientes Tratados suscriptos en Montevideo el 19 de marzo de 1940:

- a) Tratado de Derecho Civil Internacional;
- b) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional;
- c) Tratado de Navegación Comercial Internacional;
- d) Tratado de Derecho Procesal Internacional;
- e) Protocolo Adicional suscripto igualmente el 19 de marzo de 1940.

Art. 2° — Depositarse los respectivos instrumentos de ratificación en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay.

Art. 3° y 4° — De forma.





## NOTAS Y COMENTARIOS

1

# ESTRUCTURACION DOGMATICA DEL ESTADO DE DERECHO \*

(Relaciones del Derecho Administrativo con el  
Derecho Constitucional)

Por

AGUSTIN GORDELLO

Profesor Adjunto Interino de Derecho Administrativo

## I

1. — Las relaciones del derecho administrativo con las demás ciencias son generalmente expuestas por motivos didácticos, es decir, con la finalidad de hacer surgir más netamente los caracteres del primero. Pero en lo que respecta al derecho constitucional merece hoy en día consideración especial y no ya didáctica sino técnico-jurídica, el problema de si el derecho constitucional establece o no un Estado de Derecho.

La distinción conceptual entre Constitución y Administración, o entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, es necesaria, pero debe tenerse en cuenta que falta allí la caracterización básica de la sujeción o no sujeción del uno al otro. Desde luego, la doctrina sostiene que el derecho administrativo está sujeto al derecho constitucional; pero es interesante tratar de hallar el planteo positivo de dicha sujeción, y si acaso, el principio dogmático que rija la cuestión.

No se trata ya del principio de la "legalidad de la administración", según el cual toda la actividad administrativa debe sujetarse a la ley, y por lo tanto a la Constitución, sino del principio básico de si el Estado está sometido a la Constitución en absolutamente todas sus manifestaciones y bajo toda circunstancia. El derecho administrativo como disciplina científica no se limita, en efecto, a lo que el órgano estatal "Administración" haga o deje de hacer; el derecho administrativo es mucho más que la actividad administrativa, y así la imposición, la expropiación, el poder

\* Trabajo N° 1 correspondiente al Tercer Año (1960) del Curso de Docencia Libre en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

da policía, de concesión, etc., que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo, tienen, no obstante, total o parcialmente, origen en la actividad legislativa.

Al derecho administrativo interesa más la norma o el principio que rige la actividad administrativa, que la actividad en sí misma, pues sólo conociendo la primera puede analizarse la segunda; cuando se habla de relación del derecho administrativo con otro derecho, debe pues estudiarse no ya la relación de este derecho con la actividad administrativa, sino su relación con las normas y los principios que regulan dicha actividad. En el primer caso tenemos las normas constitucionales regulando, en su relación con el derecho administrativo, la actividad de la Administración; en el segundo tenemos a aquellas mismas normas regulando normas del derecho administrativo, y afectando en consecuencia no solamente la actividad administrativa, sino la actividad estatal de producción de normas de derecho administrativo (legislación y jurisdicción).

Un primer paso hacia ese problema es el de la distinción entre la norma de derecho constitucional y la del derecho administrativo; e inmediatamente después surge el interrogante decisivo: ¿establece la Constitución un Estado de Derecho?

2. — No nos referimos, por supuesto, al problema valorativo según el cual todo Estado debe ser un "Estado de Derecho", es decir, que debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, y que debe respetar los derechos individuales y en especial la libertad, sino al problema concreto de si las normas jurídicas imperantes en un determinado país tienen o no al Estado sometido a las mismas<sup>1</sup>. Como es el Estado mismo qu en produce las normas legislativas, es con referencia a la Constitución que debe analizarse la cuestión<sup>2</sup>.

No nos referimos tampoco al problema práctico de si la gestión gubernativa de un determinado momento histórico responde o no a los ideales subsumidos en la concepción valorativa del "Estado de Derecho"; si es o no incapaz, venal o ilibértica. Nos referimos al problema positivo de saber si la Constitución es o no un orden jurídico, y el Estado un sujeto de derecho sometido al mismo; favorecido por los poderes que aquél le confiera de la misma manera que un particular se ve favorecido por los derechos que le concede una ley, y constraído al cumplimiento de los deberes que le imponga, de la misma manera que un individuo está constraído a respetar los derechos que el orden jurídico constitucional concede al Estado.

<sup>1</sup> Comp. Giese, *Festschrift: Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1932, pág. 18 et seq.

<sup>2</sup> Comp. Meunier, *Traité de Droit de l'Etat*, 5<sup>o</sup> ed. Munich y Berlín, 1938, pag. 37.

<sup>3</sup> Meunier: *Op. loc. cit.*

Si la Constitución establece un Estado de Derecho, y por lo tanto es un principio constitucional de este Estado el respecto de los derechos individuales, se justifica, por ejemplo, la introducción del recurso de amparo<sup>4</sup>, a pesar de no haber ley al respecto; se justifica el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes sin necesidad de que una ley lo establezca; y el control de legalidad por parte de los tribunales, en cuanto a la forma, el contenido o el fin de cualquier acto administrativo o "de gobierno", aunque no haya recurso jurisdiccional especial para ello, etc.

En realidad, de la solución del problema teórico de saber si la Constitución es un orden jurídico imperativo y pleno, y si el Estado está sometido a dicho orden jurídico, depende toda la orientación del derecho administrativo, puesto que la consideración de los derechos individuales contenidos en los artículos 14 al 20 de la Constitución como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente frente al Estado<sup>5</sup>, en las mismas condiciones que el Estado exige sus "poderes" constitucionales frente a los individuos, es un dilema immanente a toda la materia.

El derecho administrativo de corte europeo del siglo pasado y comienzos del presente, como así también la doctrina clásica, no admiten que existan tales derechos subjetivos frente al Estado como "poder", ni que el "poder" sea un derecho subjetivo similar al de los particulares<sup>6</sup>; pero la tendencia opuesta es cada vez más fuerte y responde a una necesidad social-política innegable. Nosotros trataremos aquí de aportar el fundamento positivo para esta nueva tendencia.

3. — Para poder afirmar que la Constitución es un orden jurídico, tendremos que demostrar que está compuesta por normas jurídicas (por lo tanto, imperativas), y que las mismas tienen una característica común (la supremacía) que, permitiendo diferenciarlas de las demás normas jurídicas (legislativas, administrativas, etc.), las particulariza en un grupo especial, carente de lagunas y "pleno"; un orden jurídico que no se integra con el resto de las normas de derecho, sino que las domina y regula manteniendo una diferenciación que permite reconocerlo a sí como tal, e invocarlo en todo momento sin importar lo dispuesto por las otras normas de derecho.

Si el Estado ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, a un orden jurídico imperativo (elemento que lo señala como Estado de Derecho en sentido positivo), no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado po-

<sup>4</sup> En principio, sólo respecto a actos estatales.

<sup>5</sup> Exigibles, se entiende, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, y también a pesar de lo dispuesto por la ley, o a pesar de la carencia de ley. En los dos últimos casos tal solución depende específicamente de que el Estado esté o no sometido a tal orden jurídico constitucional.

<sup>6</sup> Así BUSTOS, *op. cit.*: *Derecho administrativo*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires 1933, pág. 133; en igual sentido la doctrina francesa tradicional y moderna.

sitiva o negativamente por el orden jurídico mencionado. EN CON-SECURENCIA: la reforma de la Constitución debe estar fuera del alcance del Estado; éste debe tener una personalidad jurídica emergente de la misma Constitución para todas sus manifestaciones externas —incluso como "Poder"—; su estructura debe ser infraconstitucional; su vida y su senencia misma deben encontrar principio y fin dentro de lo regulado por la Constitución; en resumen, no ha de ser que el Estado "tenga" una Constitución, sino que "esté" en una Constitución<sup>7</sup>, y que sea la Constitución quien lo contenga a él.

Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente, íntegramente sometido a un orden jurídico, siendo por lo tanto Estado de Derecho; podremos entonces estudiar cómo es que se puede afirmar que las "declaraciones, derechos y garantías" contenidas en la Carta Fundamental son, sin distinción alguna<sup>8</sup>, derechos subjetivos de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable.

## II

4. — Es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es como su nombre lo indica, una verdadera ley; pero aún es una ley superior al común denominador de las mismas.

Su superioridad consiste en que las leyes comunes no pueden derogarla, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar sus disposiciones, pues ello importaría precisamente eso. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación jurisdiccional. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en ilegal o contra *ius* todo lo que la viola, y si lo que la viola es por ello mismo insusceptible de aplicación —por la interposición de reclamo jurisdiccional— es evidente que se debe a que la Constitución, aún con referencia a las leyes parlamentarias, es suprema.

Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes; los actos de gobierno deben respetar la Constitución; luego, dentro del Estado, la Constitución es la máxima y última expresión de la juridicidad.

5. — Esa supremacía de la Constitución, que nadie discute, no es por supuesto moral o ética; se trata de una supremacía jurídica, lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que

<sup>7</sup> Murray: *Op. loc. cit.*

<sup>8</sup> Entendiéndose, por supuesto, aquellas materias que la Constitución deja libres a la iniciativa del Estado, como el juicio por jurados, el fomento de la agricultura, el controlamiento del culto, etc.

son expresiones de la voluntad potestativa y por ello también jurídica del Estado, puedan perder validez e imperatividad en algún caso.

Decir que una ley o un acto administrativo puedan perder juridicidad e imperatividad en algún caso, importa a su vez afirmar que aquello que destruye dicha juridicidad, es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: de otra forma la hipótesis resultaría imposible.

Y bien, a pesar de que la supremacía jurídica va enlazada a la suprema imperatividad o fuerza coactiva, no siempre se admite con seguridad lo segundo. Que la Constitución es suprema, nadie lo discute; pero que sea imperativa, es decir, una norma vigente y obligatoriamente aplicable en todo momento, a toda circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto de frecuentes dudas expresas o implícitas.

Sin embargo, el razonamiento básico es elemental: si la Constitución tiene la virtud de dejar sin fuerza coactiva a una ley o a un acto administrativo —expresiones ambas de la potestad pública— ello tiene que ser debido, inexorablemente, a que ella misma tiene la suficiente imperatividad para inhibir la que a su vez tienen aquellos.

8. — Si la Constitución es un conjunto de reglas imperativas de conducta humana, y si ella es suprema, es notorio que constituye un orden jurídico al cual también el Estado está sujeto. Se trataría de un orden jurídico rudimentario, pero orden al fin, y carente de lagunas: todo lo que la Constitución concede con su imperatividad suprema (derechos individuales, poderes públicos) se tiene el derecho de hacerlo<sup>9</sup>, y todo lo que la Constitución exige, se tiene el deber de cumplirlo<sup>10</sup>.

Algunos filósofos del derecho, sin embargo, sostienen que las disposiciones constitucionales no son normas jurídicas porque carecen de sanción<sup>11</sup>.

Ello es inexacto: las sanciones no son siempre penas (privación de la libertad, la vida o la propiedad, a título no de reparación sino de castigo), puesto que pueden consistir en el establecimiento de una relación jurídica nueva<sup>12</sup>, la extinción de una relación jurídica preexistente<sup>13</sup>, o la ejecución coactiva del deber jurídico violado<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> O el deber jurídico de respetarlo, cuando no es el titular del derecho; de donde se concluye que el individuo tiene el deber de respetar el poder estatal, y el Estado el deber de respetar los derechos de los individuos.

<sup>10</sup> E inversamente, el derecho de exigirlo.

<sup>11</sup> Kelsen, *Norm: Theorie Pure des Rechts*, Neuchâtel, 1951, pág. 123, quien sigue a Meinert: *Enciclopedia jurídica*, 5.ª ed., Madrid, 1934, pág. 48, quien a su vez refleja el pensamiento alemán de fines del siglo pasado.

<sup>12</sup> Kelsen: *La regla de droit*, Louvain, 1929, pág. 68, quien da ejemplos.

<sup>13</sup> Kelsen: *Op. loc. cit.*, 68.

<sup>14</sup> Kelsen: *Op. cit.*, pág. 68.

Si se quiere, en todos estos casos hay un "aliquid" de castigo, pero debe apreciarse que salvo en el caso del derecho penal, lo más importante en la sanción o "específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico", no es el castigo, sino la aplicación forzada del objeto del derecho<sup>15</sup>, es decir, el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido.

En el ejemplo de la norma "si no pagas, entonces debe ser embargo y remate", ¿qué es el embargo y remate sino la ejecución forzada del deber de pagar? Por eso, y precisamente porque no nos hallamos en el campo del derecho penal<sup>16</sup>, es evidente que si una norma constitucional establece en forma imperativa un deber jurídico<sup>17</sup>, no es extraño a la misma interpretar que ante el incumplimiento del mismo debe realizarse su ejecución forzada: como la norma imperativa establece con esa particularidad un deber jurídico determinado, la existencia y la medida de la sanción para la violación del mismo no necesitan ser declarados expresamente por otro artículo, desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidos en la existencia y medida del deber mismo. Al aplicar como sanción la ejecución forzada del objeto del derecho (el deber jurídico violado), nada se está realizando que la primera norma no haya previsto: que existía el deber jurídico de realizar tal o cual acción u omisión. Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico tiene por su contenido imperativo la característica de latente coactividad, no es extraño a la misma que ese deber jurídico se realice por la fuerza: ésa es una sanción de la norma jurídica, y todas las normas jurídicas constitucionales la tienen.

### III

7. — Si el Estado argentino es un Estado de Derecho en sentido positivo, ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, al orden jurídico; no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado, positiva o negativamente<sup>18</sup>, por el derecho. Por eso debe prestarse atención en primer término a la creación y reforma de la Constitución, actos que, salvados los requisitos formales, nunca pueden ser "contra jus", es decir, que no están calificados, ni positiva ni negativamente, por el orden jurídico.

<sup>15</sup> En el derecho penal, una vez violado el deber, no cabe la reparación o cumplimiento tardío (ejecución forzada) del deber no cumplido. Pero puede haber, a título de sanción de ejecución forzada, la interrupción de la violación del orden jurídico (p. ej., daños contra la libertad).

<sup>16</sup> En el cual el principio "... nulla poena sine previa lege penale" se justifica en que la sanción penal generalmente DIFIERE DEL DEBERA VIOLADO; pero cuando la sanción es el mismo deber violado, pero aplicado coactivamente, aquel adverbio no rige, y la sanción se concuerda con el deber jurídico.

<sup>17</sup> P. ej., "debe ser que nadie sea arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", "debe ser inalienable la defensa en juicio", etc.

<sup>18</sup> Es decir, que no esté permitido o prohibido por el orden jurídico.



Cuando la reforma de la Constitución está a cargo de un órgano del Estado, ello significa que es el Estado mismo quien puede darse su organización, y en consecuencia, que no es un poder superior a él quien allí actúa: el orden jurídico sería entonces en su totalidad un producto del Estado, y escribirnos entonces en la formulación simplemente axiológica del Estado de Derecho al ser imposible su formulación dogmático-positiva.

En países en que la Constitución puede ser reformada por el Parlamento, es evidente que se trata de un órgano del Estado mismo, el que realiza el acto político de creación de la Constitución; esa Constitución no es un orden jurídico impuesto al Estado, y por lo tanto, en principio, no surgen de ella deberes y derechos para el Estado, sino poderes de imperio y condiciones negativas de validez del mismo.

En países como el nuestro, en que los órganos del Estado no pueden reformar la Constitución, es que es necesario hacer una convocatoria especial al pueblo para proceder a la reforma de algún principio constitucional, es evidente que es una entidad distinta y superior al Estado la que dicta esos principios: el pueblo soberano, a través de representantes especiales nombrados al efecto. Aquí el Estado no "tiene" una Constitución, sino que la Constitución "tiene" o admite al Estado.

El pueblo soberano tiene así un instrumento jurídico de mando sobre el Estado creado en la Constitución; no lo necesitaba, en verdad, para ser superior a él, pero sí para reglarle sus actividades con cierta minuciosidad. La constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole al primero, además, un cierto poder —el poder público— para que pueda reglar la vida común; a los segundos, derechos individuales, para que puedan equilibrar el poder estatal. Pero puesto que la Constitución es el instrumento por el cual el pueblo establece reglamentado su superioridad sobre el Estado, haciéndolo Estado de Derecho, es necesario ver si realmente tal circunstancia programática es exacta en las normas constitucionales concretas.

Los órganos estatales, que son tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, no pueden reformar la Constitución en ningún caso, bajo ninguna circunstancia. Aunque se reunieran los tres y por unánime acuerdo decidieran modificar tal o cual disposición constitucional, esa resolución es ridículamente nula, aunque favorezca a los individuos y al pueblo. Ninguno de los tres poderes puede reformar la Constitución, ni tampoco pueden hacerlo los tres juntos. ¿A qué se debe entonces que se realice una reforma constitucional, en condiciones normales? <sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Que es la única jurídicamente posible, ya que es nula la reforma que pueda hacer una Convención convocada por uno ó más que el representante pre lato en el artículo 30. Conf. BUSTOS, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, 1953, pág. 138 y sigs.

El artículo 30 de la Constitución determina que cuando el Congreso considere conveniente la reforma de la misma, podrá llamar, si cuenta con los votos de las dos terceras partes de sus miembros, a una Convención Constituyente para que decida sobre la procedencia o improcedencia de la reforma. No es el Congreso el que decide la reforma, sino la Convención Constituyente. Pues bien, la Convención no es un órgano estable del Estado, sino que es un órgano que viene en representación específica del pueblo para tomar decisiones acerca de la organización del Estado, del régimen jurídico establecido en la Constitución, todo con carácter supremo, y que los órganos del Estado deberían aceptar estén o no de acuerdo. Esa Convención expone no la decisión de un órgano del Estado, sino la decisión del pueblo.

Es el pueblo quien a través de unos representantes especiales, distintos de aquellos que tienen su mandato de integrar los órganos del Estado y expresar la voluntad estatal, manifiesta cuál es su voluntad soberana: si mantener lo que la Constitución expresa, o cambiarla en tal o cual sentido. La decisión del Congreso llamando a Asamblea tiene así el valor de una consulta: si el Estado cree que el pueblo puede tal vez considerar oportuno modificar su voluntad soberana contenida en la Constitución, le pregunta si ello es así, o no; quien DECIDE es el pueblo, no el Estado, y se presupone que la voluntad del pueblo, mientras no haya revolución, es la que está en la Constitución. El Estado cuyos órganos son Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, nada tiene que ver con la voluntad suprema constitucional, si no es una relación de obediencia e inferioridad.

El pueblo puede, cuando se le consulta respecto a su voluntad soberana, modificar la Constitución de una u otra forma: puede dar atribuciones totalitarias al Estado, o puede despojarle de atribuciones, y reducirlo a figura decorativa; puede, en fin, quitarle toda atribución y también suprimirlo. Cualquiera sea la decisión del pueblo en la Convención Constituyente, la situación jurídica es la misma: es de cualquier modo una decisión IMPUESTA por el pueblo al Estado Nación Argentina, que éste no puede desconocer, y a la que irremisiblemente debe prestar obediencia. El pueblo se diferencia así netamente del Estado en el Estado de Derecho: es el creador del derecho, está por encima del orden normativo, mientras que el Estado NACE DE UN SISTEMA NORMATIVO —radimentario, pero sistema al fin— y tiene por encima de él ciertas normas que le fijan facultades o posibilidades de acción, y normas que le prohíben ciertas y determinadas acciones (desconocimiento o alteración de los derechos individuales, facultades extraordinarias, modo de hacer la expropiación, modo de establecerse los impuestos, forma de gobierno, etc.

8. — Mientras que el pueblo amorfo y genéricamente considerado se halla sobre el orden jurídico constitucional, no pudiendo por lo tanto integrar relaciones jurídicas, el Estado creado en la

Constitución si las puede integrar, mediante sus órganos ("Poder Ejecutivo", etc.). Decir que el Estado Nación Argentina puede integrar relaciones jurídicas —como es indubitable— implica necesariamente que es un sujeto de derecho, esto es, una persona jurídica: el poder, como fuerza social no sujeta al derecho, puede crear relaciones jurídicas para terceros, pero no integrarlas él mismo, por cuanto la juridicidad de la relación depende precisamente del hecho de que sea una fuerza superior a ambas la que le declare imperativa. En las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado, el poder no es el del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano, y por consecuencia, aunque el Estado tenga el poder público que la Constitución le concede, es igualmente un sujeto de derecho y carece de poder en la acepción citada del término.

De cualquier manera, la personalidad constitucional —ergo, jurídica— del Estado surge del artículo 25 de la Constitución, cuando ésta dice que el Gobierno y territorio de las Provincias —esto es, el Estado— tendrá los nombres oficiales que allí se designan, empleándose uno determinado en la formación y sanción de las leyes. Puesto que la formación y sanción de las leyes está sujeta al orden jurídico constitucional, en actividad de ente de individualidad jurídica, es decir, de una persona jurídica; puesto que el Estado "Nación Argentina" allí designado se lo contempla en función de persona jurídica o sujeto de derecho, bien claro es que así se lo constituye.

A mayor abundancia, todo el título primero de la segunda parte habla de los órganos de la Nación, refiriendo así que la misma actúa en el orden jurídico constitucional como sujeto; o sea, que es sujeto, y que, por serlo de la Constitución, es sujeto de derecho. Para refirmar definitivamente el concepto, el artículo 100 aclara expresamente que corresponde a la Corte Suprema y Tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de los asuntos en que la Nación sea parte. Puesto que la única forma de ser parte en un juicio es siendo sujeto de derecho —teniendo personalidad jurídica—, el punto está fuera de toda discusión.

Ahora bien, esta persona jurídica que se llama Estado Nación Argentina, debe su juridicidad a las normas imperativas que la crean; por ello, es esencialmente infraconstitucional, en el sentido de que está sometida al orden jurídico de la Constitución. Si bien esa persona jurídica está autorizada a crear nuevas normas jurídicas para reglar las vidas de otras personas, ella misma no existe si no es por el orden jurídico constitucional. El Estado creado en la Constitución no existe sino gracias a ella, y por ello es forzosamente inferior a la misma, y le debe igual obediencia que los demás individuos.

9. — No sólo la personalidad jurídica del Estado surge dentro del régimen creado por la Constitución, con las características por éste determinadas, sino que también su estructura interna es

coactivamente reglada. Nuevamente aquí es innegable la absoluta inferioridad en que se encuentra el ente con respecto a la Constitución. Si la constitución le impone una organización determinada, delimitando las atribuciones de sus órganos, imponiendo características determinadas (arts. 1, 2, 3, etc.), ordenando cómo, cuándo y por qué hombres integrará sus órganos (arts. 37 y ss., 81 y ss., etc.), todo ello sin haberle consultado su opinión ni preguntándole si le parece conveniente o no; delimitándole sus atribuciones frente a una serie de derechos individuales (arts. 14 al 20, 32, 34; el principio del art. 33, con más el del 28, delimitando todo el artículo 67 y el 96), dándole a terceros facultades que a él desconoce (arts. 32, 67 inc. 11, 104, 105, 106, 107), reglándole su misma vida interna (arts. 44 y 45, 51, 52, 53, 58, 64, 71, 72, etc.), es manifiesto que el Estado se halla en situación de total inferioridad estructural frente a la Constitución: él existe sólo y en la forma en que ella lo decide; con la organización y las particularidades que ella preestablece.

10. — Puesto que los actos del Poder Legislativo deben no alterar los principios constitucionales (art. 28), y que los actos de la administración deben respetar las leyes, ambos resultan de esencia infraconstitucional, en cuanto tienen menos fuerza jurídica que la Constitución, y sobre todo, en cuanto no se trata de una mera escala o gradación jerárquica con referencia a ella, similar a la gradación que tiene el acto administrativo con referencia a la ley: se trata de que es la Constitución, como orden jurídico, la que les concede fuerza jurídica merced a su suma potestad.

Las leyes, actos administrativos y demás actos estatales NO SON normas jurídicas graduadas por el Estado con referencia a la Constitución; son normas jurídicas PERMITIDAS al Estado por la Constitución, y graduadas únicamente con referencia al Estado, ya que frente a la Constitución su condición es una sola: ajuridicidad, si no es por lo que la Constitución disponga. Las normas estatales no son normas jurídicas si la Constitución no las autoriza, y por ello es erróneo pretender que participen de la misma esencia que la Constitución sólo que en menor grado. La esencia de la Constitución es ser fuente de toda juridicidad, es tener la expresión del poder máximo —el del pueblo—, y de esa esencia no participan las normas jurídicas estatales, cuyo poder proviene del Estado, y el Estado lo recibe de la Constitución.

La pirámide jurídica es así una construcción válida con referencia al Estado; pero la Constitución es el orden jurídico pleno, y no admite gradaciones ante sí; todas las actividades humanas, llámense actos o hechos, generales o particulares, estatales o no, están frente a la Constitución en la misma playa situación de igualdad: si se conforman a lo dispuesto por el orden jurídico constitucional, son jurídicas, y si no se conforman a lo dispuesto en el orden jurídico constitucional, son contra jus, aunque militen

en su favor pretendiendo conferirle jurisdicción todas las "normas" del poder estatal.

#### IV

11. — Estructurada en su forma externa la relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional, y formulado el principio dogmático de la íntegra sujeción del Estado a un orden jurídico —el de la Constitución—, corresponde analizar el contenido de aquella relación para obtener los elementos técnico-jurídicos que luego permitan estudiar los problemas concretos de derecho administrativo en la proyección del principio del Estado de Derecho.

Las normas constitucionales argentinas tienen en su mayoría carácter dispositivo: algunas determinan formas de organización estructural para el Estado, otras establecen obligaciones de los individuos para ese Estado, etc. Algunas son de contenido mediato, o sujeto a condición suspensiva: así, el juicio por jurados, el fomento de la inmigración, el pago de la deuda pública, la indemnización a los propietarios de esclavos; otras son de contenido mediato, pero variable según el destinatario: así los derechos individuales.

Estos, en efecto, por lo que a las relaciones privadas entre individuos se refiere, están sujetos a la regulación legislativa (art. 14) siempre que ésta se mantenga dentro del marco constitucional; por lo que a las relaciones de los individuos con el Estado se refiere, no dependen de regulación legislativa sino que la previenen (art. 28). El acto legislativo que regla un derecho individual no tiene la misma naturaleza constitucional cuando se trata de relaciones privadas que de relaciones con el Estado: en un caso se trata de la intervención imperativa de un tercero, en el otro se trata de la intervención imperativa de una parte: en un caso se trata de un derecho que alcanza a ambas partes por igual, ya que ambas partes son jurídicamente iguales con prescindencia de ese derecho, en el otro, se trata de un derecho que no alcanza a ambas partes por igual, desde que está destinado a sólo una de ellas: el individuo y no el Estado, y ambas partes son además jurídicamente desiguales con prescindencia de ese derecho, ya que el Estado tiene la atribución de reglar su propia actividad, dentro de la Constitución (art. 67, inc. 28), mientras que el individuo tiene la atribución de reglar su propia actividad, dentro de la Constitución, sí, pero también dentro de la ley, el acto administrativo y el judicial. Este desequilibrio se compensa con los derechos individuales.

De esta manera, la norma constitucional, en cuanto tiende a reglar las relaciones de los habitantes entre sí, tiene relativo valor jurídico, pues si bien da ciertas pautas que a falta de ley pueden servir de guía al juez, la solución puede de cualquier manera ser

hallada teniendo en cuenta la igualdad. La norma constitucional, por lo que se refiere a relaciones de los individuos entre sí, es casi nada más que una condición negativa de validez de las leyes, como se ha dicho a veces.

En cambio, cuando la norma constitucional se refiere a relaciones de los individuos con el Estado —y no cabe duda que ésta es el primer propósito de la Constitución<sup>20</sup>— ya no puede afirmarse tan simplemente que la norma constitucional sea una condición negativa de validez de la norma legal. Cuando la Constitución determina los derechos individuales, y se preocupa de aclarar que el Estado no puede alterarlos (art. 28), no está dando protección a los individuos frente a sus semejantes, sino frente al Estado. La constitución considera que la protección de los individuos frente a sus semejantes se la dará la ley, imparcial y ajena a la contienda que pueda existir; pero la protección de los individuos frente al Estado no puede la Constitución haberse la encargado al Estado mismo; entonces no tendría sentido el artículo 28 de la misma. No, la protección de los individuos frente al Estado no la ha delegado la Constitución al Estado mismo, sino que la ha establecido ella, en varias disposiciones, de las cuales las más importantes son las que figuran en los artículos 14 al 20, los derechos individuales que el Estado no puede alterar (art. 28).

Si como acabamos de ver, la norma constitucional que contempla los derechos individuales frente al Estado no delega la protección de los individuos al Estado, sino que la predetermina ella misma, no puede considerarse en tal caso que dicha norma sea una simple condición negativa de validez de las leyes: si tal fuera, la protección dejaría de existir con la simple ausencia de legislación, y de tal manera, el Estado con su inacción se convertiría en órgano que decide la procedencia o improcedencia de los derechos individuales —todo lo cual está en abierta contradicción con el concepto y esencia que la Constitución da del Estado, según lo hemos visto.

Si, repetimos, la Constitución determina que ella es imperativa ("...ordenamos...") en especial para el Estado ("...para la Nación Argentina." - Preámbulo); es decir, si su fin primordial es imponerse al Estado que allí crea; y no a los individuos<sup>21</sup>; si, además, demuestra que la protección de los individuos frente al Estado no está confiada al Estado mismo —lo que sería un absurdo, pues nadie protege a nadie contra sí mismo—, sino que por el contrario, residen en la Constitución; si, a mayor abundancia, la Constitución declara solemnemente que el Estado no puede, so

<sup>20</sup> AZAROV: *Enríquez Páez*, t. X, Buenos Aires, 1899, pág. 125. Véase *Morrea*: *Op. cit.*, pág. 31.

<sup>21</sup> "La Constitución se expone hecha por el pueblo y en nombre del pueblo soberano, no para referirse a sí mismo, ni para poner límites a su propio poder soberano, sino para ordenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional". (AZAROV: *Op. loc. cit.*).

pretexto de legislar, avanzar sobre los derechos individuales que consagra, menos aún podrá, **SO PRETEXTO DE NO LEGISLAR**, destruir completamente aquellos derechos.

Insistimos: El Estado no puede, so pretexto de legislar, alterar los derechos individuales; luego, tampoco puede, so pretexto de no legislar, destruir esos mismos derechos. Esto no significa que el Estado tenga la obligación de legislar; no, el Estado no tiene la obligación, sino tan sólo el derecho de legislar, y es en consecuencia libre de no legislar si así no lo desea. **PERO ELLO NO PUEDE PRIVAR DE IMPERIO Y JURISDICCION A LA CONSTITUCION**, orden jurídico pleno. **EN CUANTO ELLA ESTABLECE LOS DERECHOS INDIVIDUALES**: La norma constitucional es imperativa con, contra o sin la ley. Si la ley es constitucional, la norma constitucional es imperativa y obligatoria; si la ley es inconstitucional, la norma constitucional es imperativa y obligatoria, y la ley se invalidará en los casos jurisdiccionales; si la ley es derogada, o no existió nunca, la norma constitucional es imperativa y obligatoria, y se aplicará en los casos jurisdiccionales. Ninguna diferencia hay entre los tres casos, por lo que a la norma constitucional se refiere. La norma constitucional es sí condición negativa de validez de las leyes, pero no es ésa su única condición ni la priva de su carácter normativo; pues también la ley, por ejemplo, es condición negativa de validez de las órdenes que el padre le da a su hijo, el tutor a su pupilo, el patrón a su obrero; pero ello no quita que tanto en un caso como en el otro la norma constitucional y la norma legal sean auténticas normas jurídicas, imperativas y aplicables por los órganos jurisdiccionales con el respaldo del poder público en el segundo caso, y del poder soberano en el primero.

12. — Llegamos así a la investigación de si las "declaraciones, derechos y garantías" contenidas en la Constitución (y particularmente, los artículos 14 al 20) son o no derechos subjetivos de los individuos frente al Estado.

Según Wolff<sup>22</sup> hay derecho subjetivo, en la práctica, cuando se dan las siguientes condiciones:

1º) una ley material, no solamente declaraciones programáticas y no solamente disposiciones administrativas —salvo el caso que exista un derecho subjetivo a la legalidad<sup>23</sup>,

2º) que fundándose en una determinada situación de hecho,

3º) permita determinar un obligado (deudor, perturbador, etc.),

4º) y un autorizado (titular, beneficiario, etc.), el cual

<sup>22</sup> Wolff, *Hans I. Verwaltungsrecht* I, 3ª ed., Munich y Berlin, 1933, páginas 399.

<sup>23</sup> La salvvedad la hacemos necesaria, fundándonos en una interpretación especial del artículo 1112 del Código Civil. Véase Gonzalez, Acuerros: La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado, en *Lecciones y Ensayos*, N° 14, Buenos Aires, 1938, pág. 94 y nota 33.

5º) está protegido no sólo pasivamente, sino también activamente, mediante la consecuencia jurídica que pueda invocar (ante la violación del deber jurídico).

Si buscamos esos elementos con referencia a las declaraciones, derechos y garantías "constitucionales, hallamos que:

1º) la ley material existe y es la Constitución, según hemos visto;

2º) la situación de hecho es el trabajo, la industria, la publicación de las ideas, el comercio, el tránsito y salida del país, el uso y disposición de la propiedad, la defensa en juicio, la libertad personal, etc.; cada una de las circunstancias contempladas en la respectiva disposición constitucional respecto a la cual se averigua si confiere o no un derecho subjetivo;

3º) el obligado es claramente el Estado; ninguna duda cabe de ello, cuando se habla de "autoridad competente", "contribuciones exigidas por el Congreso", "confiscación en el Código Penal", "cuerpo armado", "la autoridad de los Magistrados", "allanamiento y ocupación", "cárceles de la Nación", "juzg.", "cargas públicas", etc.;

4º) el autorizado a la situación de hecho, es decir, el titular o beneficiario de la misma, es también fuera de toda duda el individuo, el "habitante de la Nación" de que hablan los artículos 14, 16, 17, 18 y 20. Hasta aquí se encuentran reunidos todos los elementos del derecho subjetivo, y en cuanto al último:

5º) la protección activa consiste en la consecuencia jurídica que el titular puede invocar: la ejecución forzosa del objeto del derecho, i. e., la restauración coactiva de la situación de hecho que configura el deber jurídico estatal, lo que según hemos visto (supra. N° 6) está implícito en todas las normas constitucionales argentinas.

Por lo tanto, todo lo que la Constitución involucra en los llamados "derechos y garantías" —con excepción de las declaraciones (arts. 1º, 2º, 4º, etc.) y, por supuesto, de los derechos estatales (arts. 24, 27, 67, etc.) son derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado,<sup>21</sup> o sea, deberes jurídicos de éste, a cuyo cumplimiento puede compelerse.

Ése es el contenido dogmático del planteamiento constitucional positivo del Estado de Derecho.

<sup>21</sup> Confl. BROWN, *Basen- Allgemeines Verfassungsrecht*, 3ª ed., Freiburg im Breisgau, 1936, pág. 75 y sig., y doctrina citada en nota 3. WILF, *Op. cit.*, pág. 206. FRIEDRICH, *Lehrbuch des Verfassungsrechts*, 3ª ed., Munich y Berlin, 1938, pág. 172. MANN, *Op. cit.*, pág. 50, y doctrina allí citada. HILFERT, *Hans. Verfassungsrecht*, Hannover, 1942, pag. 34 (doctrina común; unánime). CONTRA BROWN, BROWN, *Derecho administrativo*, 3ª ed. t. I, Buenos Aires, 1934, pág. 132 (doctrina tradicional; unánime en tal sentido). No conviene aducir en favor de su teoría de la relación jurídica a las partes —y a los efectos de tales partes— que tienen constitucionales meramente programáticas, el ver, en tal que la inconstitucionalidad de un acto no lo transforma en ineficaz; circunstancia por la cual es especialmente interesante para el tema la doctrina francesa.



## ENSAYOS



## RELACIONES ENTRE LA VOLUNTAD Y LA DECLARACION EN LA TEORIA DE FRANCESCO FERRARA

Por

CARLOS SCHARGOSODSKY

ANÁLISIS BASADO PRINCIPALMENTE EN LA INTRODUCCION DE LA  
OBRA *LA SIMULACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS* (\*)

En la variada e infinita gama de las interacciones humanas, el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos, o sea el acto jurídico, ocupa un lugar prominente.

Fijar con precisión los elementos determinantes de la validez de esta clase de actos y sus relaciones entre sí, contribuye a conformar la seguridad de la vida social.

Analizando los elementos del acto jurídico, se tiene: que la voluntad del sujeto encaminada hacia el término de su actividad intencional, que es el objeto lícito, basada en una causa lícita, pudiendo disponer libremente sobre la cosa sobre la cual posee un derecho, más una declaración por la cual la voluntad se manifiesta, da por resultado la existencia de un acto jurídico válido.

En este trabajo tomaré las relaciones entre dos elementos del acto jurídico: la voluntad del sujeto, que está comprendida dentro de la capacidad, y la declaración, es decir, la forma.

En el caso de concordancia entre la voluntad y la declaración no existe ningún problema puesto que, lo que se quiso se manifestó como se quiso.

Los problemas surgen en el caso de discordancia entre el querer interno y la declaración; en este caso el problema consiste en saber a cual de estos elementos que conforman el acto jurídico se debe acudir.

El querer interno, en sí mismo, sin su exteriorización, carece de relevancia jurídica, pues no es más que un fenómeno que no

(\*) Trabajo presentado al curso teórico-práctico de Derecho Civil, Parte General, catedra de los doctores López Olacogain, Parodi y Giménez Fariñas.

trascendi del individuo y ello sin perjuicio de que al exteriorizarse ese querer el derecho tome los estados psicológicos internos como coadyuvantes para la interpretación de determinados hechos jurídicos. (Art. 67, 1 y 2393: abandono voluntario y malicioso de uno de los cónyuges).

Otro tanto sucede con la declaración, tomada autonómicamente, con independencia del querer del sujeto que la antecede. En este caso se retornaría al más crudo formalismo de la primitiva historia romana, no ya bajo un matiz sacramental, pero sí, invocando la seguridad del tráfico jurídico.

En la historia del pensamiento jurídico, la escuela clásica, con Savigny, sostenía que la declaración estaba en el proceso que coronaba con la validez del acto, en una situación natural de dependencia. Es decir, que si no concordaban el querer y la declaración, había que estar a la voluntad del agente, porque en ese caso la declaración había interpretado deficientemente el verdadero querer del sujeto. Conceptuaba a la voluntad como la verdadera arma de los negocios, hasta el punto de sostener que una declaración sin voluntad, correspondería una imagen vana, a un cuerpo sin gravedad.

Esta teoría surgió como corolario lógico en el campo jurídico, de las ideas sostenidas por los movimientos liberales-individualistas, que tuvieron su coronación en 1789 en Francia.

El individualismo más acendrado, como reacción al sistema feudal, penetró en las ciencias sociales: en economía, Adam Smith con su *Richesse des Nations*, postulaba el libre juego de los intereses comerciales: lo que es bueno para el particular es bueno para el Estado. En el campo político se atacaron las corrupciones y asociaciones en nombre de la individualidad (ley Chapelier). En cuanto al derecho, porque estuvo arraigado a la vista de su tiempo y obedeció la transformación incessante de los pueblos, se pensó de haber quedado relegado a un farrago de teorías y construcciones vanas, interpretó y realizó cabalmente este proceso.

Su impronta, principalmente se denota en la autonomía de la voluntad cuya proyección concreta es la facultad de los particulares de reglar sus derechos conforme a su arbitrio (art. 1197 Cód. Civ. arg., tomado del similar 1134 del Code). Y aquí, la teoría clásica de la intención, anota como consecuencia propia de la autonomía de la voluntad, la logicidad de concluir que para determinar los derechos reglados, hay que atenerse a la efectiva y real voluntad de las partes, más que a su infiel exteriorización.

¿Es precisa esta teoría o no? Creo que no, porque: a) Partiendo de los postulados fundamentales, en nombre de la justicia del caso particular, se caería en la injusticia colectiva, con la consiguiente inseguridad jurídica; b) Protege únicamente al declarante en perjuicio de la otra parte y de los terceros; c) Existe imposibilidad para conocer fehacientemente la voluntad del decla-

rante (reserva mental); d) Equipara la voluntad psicológica con la jurídica, dando lugar así a evidentes contradicciones, porque a pesar de que psicológicamente, no se puede querer más que aquello que se tiene en la conciencia de un modo actual, todos los efectos jurídicos valen como queridos; e) Identifica los contenidos reales de la voluntad con la validez del negocio.

La teoría, más moderna, de la declaración, nació por una parte, por los excesos en que incurrió la teoría clásica de la intención y por otra, por obra de las corrientes de pensamiento de índole socialista, que irrumpieron en la vida socio-económica a fines del siglo XIX y en lo que va del siglo XX. La economía libre, deja paso a la economía dirigida, dando lugar así a un llamado "orden público económico". En la vida política, irrumpen las masas colectivamente, el "número", como dice Ripert, marca el rumbo en política. Algunos Estados se socializan.

También en este proceso histórico, el derecho arraigado a la vida, absorbe la nueva impronta socializante, como ayer había absorbido las ideas individualistas. El concepto filosófico de la autonomía de la voluntad se agrieta y pierde su valor. Surge un nuevo derecho, el llamado derecho social. El orden público es invocado continuamente en la legislación. El Estado interviene, en nombre de los intereses de la comunidad, en los actos jurídicos privados.

Y es en nombre precisamente, de la seguridad de la vida jurídica, que nace la teoría de la declaración, que no es más que una concepción social del acto jurídico y del contrato.

Sostiene esta teoría (Danz), que la declaración emitida por una persona capaz, produce efectos jurídicos con consideración a si lo declarado haya sido querido realmente o no. Es decir, que la validez del acto, es el cubo de seguridad que le imprime la ley, algo así como una moneda acuñada licitamente que comienza a ser tomada como tal, en el tráfico jurídico.

Indudablemente esta corriente de pensamiento favorece no ya al declarante, sino a lo declarado por éste.

Concluido el acto jurídico, sostienen sus defensores, la declaración cobra vida propia, independientemente del sujeto, y hasta a veces se vuelve contra él.

Así como la teoría clásica de la intención se protegía al declarante, esta teoría tiene en cuenta la proyección social del acto jurídico, pues sobre un acto jurídico, los terceros construyen el andamiaje de otros actos, contando con la seguridad derivada de la sinceridad del primero, y no sería lógico ni razonable introducir la inseguridad jurídica a nombre de una supuesta discordancia entre la voluntad y su declaración.

En principio los argumentos son convincentes, pero extremando sus resultados, da lugar a situaciones de notoria injusticia, porque en la actualidad la rapidez con que se desarrollan las tran-

saciones comerciales, y la inexperticia jurídica de las partes llevan con frecuencia a expresar, en términos incompletos, y erróneos, incluso, las declaraciones más importantes. El patrimonio de una persona no puede depender de un lapsus linguae, cometido en un acto jurídico. Estremando aun más las consecuencias, se tendría que una declaración formulada en broma o en forma meramente didáctica, sería obligante, lo que constituiría una insanseza, y esto lo reconoce esta corriente de pensamiento, que quebrando su rígida concepción, reconoce que en tal supuesto se tendría que investigar la voluntad.

Como se ve, ambas teorías contemplan unilateralmente la interpretación del acto jurídico, y en consecuencia no lo aceptan en su integridad.

¿Acaso el acto jurídico no es la coronación de una acción voluntaria lícita que tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos? Y la acción, ¿no se descompone en una parte interna, que es la voluntad, y en una parte externa, que es la materialización del querer interno?

En consecuencia el acto no es más que el puente misterioso que une la vida interna del sujeto con el mundo externo.

Como en todos los casos en que surgen pensamientos extremos, no tardan en surgir teorías intermedias —de medio veritas— que tomando elementos de ambas, conforman otro pensamiento.

Así surgieron las teorías de Ihering, de la culpa in contrahendo, por la cual un contratante es responsable frente a otro del interés contractual negativo, que lleva al resarcimiento en medida racional del perjuicio causado por la ruptura de la negociación (daño emergente y lucro cesante), la de Windscheid, del compromiso tácito de garantía, por la cual el declarante debe asegurar la fe que el volens percipere, y que esa fe suma la garantía de sus consecuencias jurídicas. La de Röver, acerca de la índole del negocio: en los negocios mortis causa hay que estar a la voluntad de los individuos mientras que en los negocios entre vivos se debe atender exclusivamente a la declaración; en los actos a título oneroso, cuando no coincide la voluntad y la declaración, debió al dolo o culpa del declarante, el negocio surte plenos efectos, en caso contrario, es decir, cuando no hay culpa del declarante, se impone la nulidad del contrato. En los actos a título gratuito debe estarse siempre a la voluntad del declarante. En cuanto al derecho de familia, por su carácter fundamentalmente ético, la voluntad prevalece omnipotente.

La teoría de la confianza, invirtiendo los términos del criterio de Röver, sostiene que se debe atender siempre a la buena o mala fe de quien recibe la declaración y no a la voluntad real, a la culpa o buena fe de quien la emite. La teoría de la responsabilidad, basándose en uno de los aspectos de la teoría de Röver, afirma que, en el caso de no coincidencia entre la voluntad y la declara-

ción el acto es nulo salvo en el caso en que el declarante hubiera actuado con dolo o culpa y el destinatario con buena fe. Según esta teoría, a la que adhiere Ferrara, y con él la mayor parte de los juristas actuales, el límite de la voluntad se encuentra en la culpa del declarante.

#### CONCLUSIONES

I. — Creo que el negocio jurídico es el medio para ordenar nuestras relaciones jurídicas, conforme a nuestras necesidades y deseos, y este fin se consigue tanto mejor, cuanto más el efecto del negocio se adapte a la voluntad, y no a la declaración, acaso defectuosa.

II. — Se tiene que considerar decisiva la voluntad, si el contenido puede reconocerse, de algún modo, cualquiera que sea, en la declaración.

III. — En el caso en que exista completa disociación entre lo declarado y la verdadera intención de quien efectúa la declaración, si es que se debe a la culpa o dolo del declarante, pues el omitente ni los terceros tiene por qué pagar "un contrato de seguro" al realizar un acto jurídico, y no existiendo error ni amenazas debe estarse pura y exclusivamente a la declaración; e interpretada ésta en el sentido que le otorga la generalidad y asiduidad del tráfico jurídico.

IV. — En el caso en que la discordancia se deba al dolo o culpa del declarante, también tiene que privar la declaración, esto en consideración a la buena fe de los terceros y a las necesidades y seguridades de la vida jurídica.

V. — En los actos a título gratuito debe estarse siempre a la voluntad del declarante.

VI. — En los actos de última voluntad tiene que prevalecer la voluntad interna sobre lo declarado, pues el objeto de estos actos consiste en hacer conocer esa voluntad, y no proclamarla ligarlo a otra persona.





## ESCRITOS JUDICIALES

10

## PROMUEVE DEMANDA POR CONSIGNACION DE ALQUILERES <sup>1</sup>

Por

JORGE H. HARISPE

Señor Juez Nacional de 1ª Instancia de Paz<sup>2</sup>:

Julio César Ffytó, procurador inscripto en la Matrícula de Procuradores bajo el N° 12.890, constituyendo domicilio en la calle Aysrucho 4674, piso 4º, escr. 4<sup>3</sup>, donde también lo constituye el letrado que me patrocina, Dr. Ricardo Daniel Ruly, abogado inscripto al Tomo XXX, Folio 143, en nombre y representación<sup>4</sup> de don Guillermo Carlos Rusza, domiciliado en la calle Corrientes 2548, también de esta Ciudad, a V. S. digo:

### PERSONERIA

Que acredito la personería invocada con la copia<sup>5</sup> del Poder General que adjunto.

Que vengo a iniciar el presente juicio de consignación de alquileres contra doña Rafaela Lici de Rossi, domiciliada en la Av.

<sup>1</sup> Sébemos que el más importante medio de extinción de las obligaciones (art. 723 del C. C.) es "el pago". En ciertas ocasiones, el deudor de una suma de dinero, al cumplirse el plazo convenido pretende pagar y, de tal suerte, desobligarse; pero, por razones ajenas a su persona, se ve en la imposibilidad de hacerlo. Es para estos casos que el legislador ha previsto una modalidad que denominó "del pago por consignación" (Cap. IV, Sección I, Libro II, arts. 736 a 768 C. C.), mediante la cual se cobra al que tiene deudas de este tipo (ver nota al art. 756) la posibilidad de liberarse haciendo depósito judicial del importe debida.

<sup>2</sup> La competencia de los jueces nacionales de paz, surge del decreto 1286/58 que derogó la ley 13.938. En este caso no hay limitación en razón del monto, ya que por expresa disposición del art. 46, inc. 4 de dicho decreto, aquellas concierne "de las demandas por... cobros de alquileres y demás cuestiones vinculadas con el contrato de locación, cualquiera sea su importancia, haya contra escrito o no...".

<sup>3</sup> Dispone la ley 11.524 en su art. 43: "En la primera gestión que hagan las partes constituirán domicilio, pudiendo hacerlo en cualquier punto dentro del radio de la Capital. No se dará curso a ninguna petición que no cumpla esta exigencia".

<sup>4</sup> En éste, como en otros casos, el accionante podrá actuar, indistintamente, por derecho propio con patrocinio letrado o bien instituyendo mandataria o uno o más profesionales para que lo representen en todas las instancias.

<sup>5</sup> Si el mandato conferido consta en un poder general será suficiente acompañar copia del mismo (Ver art. 14 C. Proc. reformado por decreto-ley 23.598/56,

Forat 2967, propietaria de la finca sita en Eduardo Acevedo 554 de la Capital Federal.

Inició esta acción por el pago de los alquileres correspondientes a los meses de octubre y noviembre del corriente año que, a razón de cuatrocientos pesos moneda nacional (m\$N. 400.—), hacen un total de ochocientos pesos moneda nacional (m\$N 800.—). La unidad que mi mandante ocupa en calidad de locatario es el departamento señalado con la letra "A" ubicado en el primer piso del predio inmueble de Eduardo Acevedo 554.

### HECHOS

Como se puede comprobar teniendo a la vista el contrato de locación que adhirió, mi poder dante es inquilino del departamento mencionado desde...

(Aquí se deben relatar las variantes que se hubieren producido en la relación contractual, hasta culminar en la negativa del locador a recibir el pago).

... Por haber sido infructuosas todas las gestiones realizadas, el Sr. Ruzza remitió a la propietaria el telegrama colacionado N° ..... cuya copia adjunto, al que la destinataria no dio respuesta.

Por todo lo expuesto, me veo en la necesidad de recurrir ante V. S. para interponer esta demanda.

### PRUEBA

De conformidad con lo preceptuado por el art. 34 de la Ley 11.924, vengo a ofrecer la prueba que hace a mi derecho:

**Confesional:** Se cite a la demandada a abrover posiciones, reconocer firmas y documentos, bajo apercibimiento de ley<sup>1</sup>.

**Documental:** Contrato de locación, recibos de alquileres, telegrama colacionado y boleta de depósito judicial<sup>2</sup>.

**Pericial:** En caso de ser desconocida por la propietaria las firmas insertas en la documentación agregada, se dirá que perito calígrafo para que se expida sobre la autenticidad de las mismas.

art. 1°) con declaración jurada del perito sobre su vigencia y autenticidad. En cambio, si se hubiera otorgado poder especial es imprescindible adjuntar el correspondiente testimonio.

<sup>1</sup> Ver Ley 14.257, art. 28.

<sup>2</sup> Para iniciar estas actuaciones es menester solicitar en el Banco de la Nación Argentina, Ag. Tribunales (Lorella esquina Uruguay), Planta B1a, una boleta de consignación que se llenará, una vez conocido el Juzgado donde se radicará la demanda, y servir para efectivizar el depósito en el mismo Banco (Fito 1°).

**Informes:** Para el caso de ser negado el envío o la recepción del telegrama adjunto, se libre oficio al Sr. Secretario de Estado de Comunicaciones para que se sirva remitir a este Juzgado copia autenticada del colacionado N° . . . . ., fecha en que fue entregado y persona que lo recibió.

**Testimonial:** Se cite a declarar a tenor del interrogatorio que oportunamente se agregará a los siguientes testigos<sup>9</sup>:

- 1° — . . . . .<sup>10</sup>
- 2° — . . . . .
- 3° — . . . . .

### DERECHO

Fundo mi derecho en lo preceptuado por el art. 757, inc. 1° del C. Civil y en el art. . . . de la ley 14.821 y en la reiterada jurisprudencia existente para casos análogos (L. L., T. . . ., pág. . . .).

### PETITORIO

Por todo lo expuesto, de V. S. solicito:

- 1° — Se me tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilio.
- 2° — Se ordene la agregación de la prueba instrumental acompañada.
- 3° — Se dé traslado de la presente acción por el término<sup>11</sup> y bajo apercibimiento de ley.
- 4° — Oportunamente se abra la causa a prueba haciéndose lugar a la ofrecida por esta parte.
- 5° — En su momento se dicte sentencia declarando válida y con fuerza de ley la consignación y condenando a la demandada a percibir los importes consignados y a extender recibos de alquileres a mi nombre, con costas<sup>12</sup>.

Provea V. S. de conformidad que

Sera Justicia.

Fdo.: Ricardo D. Ruly

Abogado

T.: 30: f. 143

(Sobre estampilla de \$ 100/0).

Fdo.: Julio César Fitto

Món. Proc.: 12890

(Sobre estampilla de \$ 0,50 m/c).

<sup>9</sup> Ver art. 181, 2° párrafo del C. Proc.

<sup>10</sup> Ver Ley 11.524, art. 38, inc. b): no más de cinco testigos.

<sup>11</sup> Ver art. 181 C. Proc.: expresar nombre, profesión y domicilio.

<sup>12</sup> Ver Ley 11.524, art. 34, inc. b): "...se dará traslado por seis días...".

<sup>13</sup> Dice el art. 321 del C. de Proc.: "La parte que fuere vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, si ésta lo solicitare."

**Nota General:** Para iniciar la demanda son necesarios ciertos elementos materiales. En este caso particular, ellos son: 1° Escrito de iniciación acompañado de los documentos ofrecidos como prueba, incluyendo boleta de cancelación (las copias se agarrarán en el momento de hacerse el respectivo traslado), 2° Impuesto de Justicia.

El escrito inicial debe ir estampillado de acuerdo con la escala que fija la ley de sellos 15.017 en su art. 71 (En el caso del ejemplo: \$ 1,50 x/hoja).

El impuesto de justicia, establecido también por la ley de sellos se debe calcular teniendo en cuenta lo prescripto por los artículos 84 a 92 (Para nuestro caso se debe utilizar un sello cuyo valor sea igual al 10 por mil del importe que se consigna). Es interesante dejar constancia que para este cálculo las fracciones menores de cien pesos moneda nacional se deben considerar como cantidades enteras; es decir, se paga el mismo impuesto si se consignan \$ 800 moneda nacional que si sólo fueran 762 ó 791 pesos moneda nacional.

Una vez en posesión de todos los elementos indicados hay que ir con ellos al Palacio de Justicia (Plaza Baja, Centro, de espaldas a la calle Talcahuano) donde, en una pequeña oficina instalada especialmente a esos efectos, serán sellados, en una pequeña oficina instalada especialmente a esos efectos, según sellados con indicación del Juzgado de Paz en turno. Cumplido este trámite, dentro de los tres días hábiles subsiguientes hay que presentar la documentación en el Juzgado.

**UNIVERSITARIAS**





ASISTENCIA SOCIAL Y SU ENSEÑANZA EN LA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD  
DE BUENOS AIRES

Por

MARIA CATALINA TRELLO

Asistente Social

La Asistencia Social es la ciencia que equilibra las medidas preventivas y protectoras para asegurar a la sociedad en general y a sus individuos en particular el desarrollo armónico de todas las posibilidades latentes que signifiquen progreso físico, moral, económico y/o social<sup>1</sup>.

La pasión del bien público, el interés altruista por el progreso, el orden y el bienestar humano, si son auténticos, forman la primera base para el desarrollo del trabajo asistencial, el que deberá trascender influyendo en el mejoramiento económico y ambiental nacional, aprovechando para ello el auxilio de otras ciencias o convirtiéndose en su auxiliar, según lo aconsejen las circunstancias.

Tareas de organización, dirección y planteamiento, requieren profundidad en la investigación, firmeza en la interpretación de los antecedentes recopilados y hondura en el estudio de la personalidad humana.

La realización del servicio social para los casos individuales, los distintos grupos sociales y la comunidad, exige el conocimiento de métodos distintos y ágiles enfoques, que deben adaptarse con suma justicia a situaciones diversas, ambientes profundamente distintos y dinámicas sociales cambiantes.

Surge de este planteo la necesidad de los técnicos en la prevención y solución de los problemas sociales que puedan resolver asuntos de tanta envergadura.

La Escuela de Asistentes Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales cumple la difícil tarea de formarlos, a través

<sup>1</sup> Definición de la autora.

de clases teóricas e intensivos trabajos prácticos realizados durante los tres años de su curso lectivo.

La obligatoriedad de asistencia a clases en un mínimo de un 75 % y la exigencia del cumplimiento de la totalidad de los trabajos prácticos aseguran la finalidad formativa de la carrera cuya especialidad impide cursarla en forma libre, ya que solamente el contacto diario con la enseñanza eminentemente práctica da efectividad al propósito que se persigue.

Su plan de estudios, en los que se desarrollan las asignaturas "Naciones Generales de Derecho", "Higiene y Medicina Social", "Pedagogía" y "Psicología", en primer año; "Asistencia y Legislación de Menores", "Las Instituciones de Familia en la Legislación Argentina", "Psicopatología" y "Nociones de Economía Social", en segundo, y "Psicología y Técnica Carcelaria", "Instituciones y Servicios de Asistencia Social en la República Argentina" y "Técnica del Servicio Social", en tercero, permite abarcar una amplia enseñanza que comprende conceptos e ideas instrumentales sobre psicología; psicología social, experimental, de la forma, profunda, individual, sus relaciones con la sociología. Conducta humana, emociones, sentimientos y pasiones. La personalidad, la inteligencia, el carácter, los mecanismos de adaptación y técnicas de exploración de la personalidad. También se enseñan en esa misma asignatura las nociones fundamentales del servicio social individual, el de grupos y el de comunidad.

En "Pedagogía" se estudian los procesos de la educación y formación de la personalidad a través de su dinámica y en su relación con las etapas del crecimiento. La intervención social con sus fracasos y sus factores positivos, poniendo especial énfasis en los métodos de diagnóstico e investigación para niños y adolescentes.

En "Nociones Generales de Derecho", luego de desarrollar la introducción a la asignatura, se enfoca, con carácter general y vasto, la enseñanza de la evolución de la democracia, la previsión social, seguros sociales, mutualismo, cooperativismo, el derecho del trabajo y su legislación, el trabajo de los menores y las mujeres con sus características, la familia y el régimen de menores con sus múltiples facetas. Nociones de Derecho Penal, Procesal y Civil, etc.

"Higiene y Medicina Social" abarca el amplio campo de las informaciones generales sobre los problemas médicos, la medicina social y la asistencial, insistiendo especialmente sobre los métodos preventivos y la importancia fundamental de la educación sanitaria. Se tienen también muy en cuenta la higiene industrial y el aspecto médico legal de la invalidez.

Esto en cuanto al primer curso. En el segundo año de estudios, en la materia "Asistencia y Legislación de Menores", se enseñan los conceptos generales sobre la protección al menor, las

características diferenciales, relaciones y finalidades de la asistencia social y la asistencia tutelar. Los elementos específicos de la legislación de menores, los códigos del menor y las bases para una política de protección integral del mismo. Se profundiza en el análisis de la ley 10.903 y la ley 13.341. Se hace la valoración de las relaciones antisociales de los menores y sus factores, las medidas preventivas, educacionales y emendativas, etc.

En "Las Instituciones de Familia en la Legislación Argentina" se abordan los conceptos vistos en primer año en "Nociones Generales del Derecho", relacionados con aquella materia y se ubica el concepto de familia con todas sus interpretaciones en el ámbito jurídico, moral, político, biológico, económico, etc., considerándola como "célula" social y dando importancia fundamental al papel de la mujer dentro de la misma.

Desde los puntos de vista teórico y práctico, se estudia la protección legal de la familia. El divorcio, la nulidad del matrimonio, la adopción, la filiación con todos sus matices, la patria potestad, la tutela y la prestación de alimentos. Todos éstos, puntos de contacto diario en el ejercicio de la futura profesión.

"Nociones de Economía Social" da oportunidad a los alumnos para formarse un criterio general sobre el tema y su ámbito, las fuerzas productivas, y su obligado equilibrio con el consumo, los medios de pago y el precio, con sus derivaciones e incidencias en el medio social y las consecuentes oscilaciones económicas.

Un panorama ágil sobre las clases sociales pone a los futuros asistentes sociales ante la realidad de los estratos existentes y la inmediata necesidad de ejercer su profesión con criterio científico, apartándose definitivamente del concepto de beneficencia.

En la asignatura "Psicopatología" se enseña a detectar las disposiciones activo-afectivas en personalidades normales, anormales o morbosas, las soluciones que deben aconsejar según los casos, la educación de los familiares de los enfermos a los efectos de que sepan cuál es la actitud correcta que deben asumir ante ellos, colaborando así con el facultativo. La higiene mental, las medidas preventivas, el conocimiento de las gestiones previas a la internación, la protección jurídico-legal, y la confección de fichas y encuestas sociales, merecen especial atención.

La materia "Penología y Técnica Penitenciaria" encara en forma general el estudio del Derecho Penal, el delincuente, el delito y la pena; su valoración a través de diferentes doctrinas, la técnica carcelaria y los sistemas penitenciarios, la organización de establecimientos especializados en nuestro país y sus distintas secciones, institutos y anexos. La Política correccional y de protección para el delincuente, la víctima, sus familias y la sociedad y la función de los patronatos.

Las materias afines a los temas asistenciales —cuyos preliminares se van enseñando simultáneamente con las otras asignaturas—

naturas— se desarrollan con amplitud en “Técnica del Servicio Social” e “Instituciones y Servicios de Asistencia Social en la República Argentina”.

Son estas dos asignaturas de singular importancia por ser básicas para el aprendizaje profundo del ejercicio teórico-práctico de la profesión.

Historia y evolución de la asistencia social en Europa, Estados Unidos y en nuestro país, métodos y sistemas para la organización de servicios sociales escolares, en hospitales, tribunales, fábricas, cooperativas, mutualidades, etc. Intercambio de colaboración y relación con puestos sanitarios y servicios auxiliares del interior, adonde no han llegado aún los beneficios de la asistencia social. Enseñanza de administración de servicios, estadísticas, etc. Instituciones asistenciales en el país, sus finalidades, cómo centralizarlas o descentralizarlas o mejorarlas según las necesidades. Formas de redactar encuestas según sus objetivos. Servicio social individual, de grupo y de comunidad. Todo esto, paralelo a la etapa en un establecimiento asistencial de probada eficacia y la presentación de un informe final de tipo “tesis”.

Las clases teóricas, durante los tres años en que se desarrolla el plan de estudios, se complementan con los trabajos prácticos. Estos varían en su enfoque, no solamente según la materia que complementan, sino el año en que se realizan, ya que es muy importante la correlatividad de los mismos que marca simultáneamente un cierto grado de madurez en la comprensión de los problemas.

El aprendizaje prolijo y exhaustivo de los trámites y las gestiones que deberán cumplir en su futura profesión les facilita enormemente su tarea durante la etapa que realizan en su último año de estudios en un establecimiento asistencial, adonde, con la doble supervisión del jefe del servicio social del establecimiento y la del de trabajos prácticos de la escuela, ponen a prueba su capacidad y llevan a cabo la primera práctica integral de la función asistencial.

El personal docente —Delegados, Encargados y Auxiliares de Curso y Jefes de Trabajo Prácticos—, el técnico y administrativo aunan esfuerzos para facilitar la preparación del asistente social, que puede extender su acción, ya egresado, a funciones directivas y de organización.

Las condiciones de ingreso a la carrera son iguales a las básicas que se exigen en cualquier facultad, más un examen de ingreso, común a maestros, bachilleres y peritos mercantiles. Estos últimos deben aprobar —previamente— la asignatura “Psicología General y Aplicada” como equivalencia.

El examen de ingreso consta de dos pruebas escritas. Una, traducción de un texto de francés o inglés (idioma a elección del aspirante). Otra, desarrollo de uno de los cinco temas que se ha-

con saber con anterioridad. Con estos exámenes se trata de detectar la capacidad del aspirante para hacer uso de una fuente informativa extranjera y el grado de síntesis y de redacción en sus respuestas.

El criterio que ha regido para exigir examen de equivalencia a los peritos mercantiles se ha basado en la necesidad de que puedan encarar el estudio de la psicología y la pedagogía que se dicta en el curso del primer año con enfoque especializado, con una base que les permita su comprensión sin tropiezos, ya que durante el plan secundario que han cursado no estudiaron esas disciplinas en ningún momento.

Así es que se les pide nociones fundamentales sobre psicología, el hecho psíquico, los métodos de la psicología, psicometría y las técnicas proyectivas, psicología infantil, diferencial, social, experimental, psicopatología, psicopedagogía, objetos y métodos, las orientaciones de la psicología contemporánea, la conducta, la inteligencia, las emociones y sus relaciones con el instinto, el lenguaje, la personalidad, el temperamento, el carácter y su interrelación en la comunidad.

Los conocimientos exigidos a los peritos mercantiles con el examen de equivalencias y a todos los aspirantes a ingreso con el título de maestro, bachilleres y el antedicho, aseguren el nivel cultural necesario para poder encarar la enseñanza con altura universitaria.

Ya son inapreciables las proyecciones que sobre los distintos grupos sociales y la comunidad tiene la función asistencial: "La profesión del futuro" la mencionan a diario los que desde la función pública y la iniciativa privada recurren cada vez más a menudo a esta ciencia.

Son bienvenidos a la Escuela de Asistentes Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales los aspirantes a esta carrera que estén seguros de su vocación y dispuestos a ejercerla con ética profesional.



## SEGUNDA CONFERENCIA DE FACULTADES LATINOAMERICANAS DE DERECHO (CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES)

Cumpliendo con el acuerdo celebrado en la Primera Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho realizada en México, en abril de 1959, tendrá lugar esta Segunda, que se efectuará en Lima (Perú), del 8 al 15 de abril de 1961, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

La Segunda Conferencia deberá votar la redacción de la "Declaración de Principios de las Facultades Latinoamericanas de Derecho", aprobada en principio en la Primera Conferencia.

El temario incluido en esta Segunda Conferencia es el siguiente:

- 1) Enseñanza del Derecho y Ciencias Sociales en los diversos niveles de la Educación:
  - a) Enseñanza del Derecho usual; y
  - b) Enseñanza Pre-jurídica.
- 2) Materias básicas en los planes de estudios en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales.
- 3) Seminario de Derecho y Ciencias Sociales.
- 4) Enseñanza práctica del Derecho:
  - a) Técnica del manejo de fuentes;
  - b) Clínica Jurídica;
  - c) Práctica.
- 5) Institutos Latinoamericanos:
  - a) De Derecho Comparado;
  - b) De Ciencias Sociales y Política.

### NOTAS:

- Plazo máximo para la entrega de las ponencias: 16 de enero de 1961.
- Los gastos de viaje y estadía corren por cuenta de los participantes.
- Se ruega la inscripción anticipada a fin de obtener las mayores facilidades en cuanto al transporte y alojamiento.

T. M.





## LIBROS Y REVISTAS



GONZALEZ DIAZ, *Matrimonio por poder*; en diario "La Ley" del 25 de octubre de 1942, (tomo 100).

No es mucha la bibliografía que en nuestro país se ha formado en torno a este interesante tema del matrimonio por poder.

El Dr. Guillermo Díaz lleva a cabo en este trabajo un metódico estudio de los diversos problemas que suscitan la existencia de esa posibilidad de contraer las nupcias valiéndose los contrayentes de mandatario, para concluir afirmando la conveniencia de explicitarla o bien de legarla con cuidado, dando así ciertas pautas generales que sigan muy de cerca las diversas disposiciones del Código Civil italiano de 1942.

Analizadas las pocas preceptos que en nuestro derecho hacen referencia al problema —art. 15 Ley 3291 y 1881 inc. 5<sup>o</sup> y concordantes del C. Civil— surge evidente la necesidad de interponer por la doctrina y la jurisprudencia las diversas cauciones que en la práctica pueden plantearse y sobre las cuales nuestra legislación ha guardado silencio.

¿Puede ser mandatario del sero una mujer, de tal modo que en el momento de la celebración del acto sean dos mujeres las que acuden al Oficial Público la lectura de los arts. 50, 51 y 53 de la Ley de Matrimonio? ¿Puede ser mandatario un menor de edad? ¿Puede el man-

datario sustituir el mandato? ¿Qué ocurre en caso de incapacidad o muerte del mandante posterior al otorgamiento del poder y anterior a la celebración de las nupcias? ¿Puede celebrarse un matrimonio por poder después de haber transcurrido un año por ejemplo desde el otorgamiento del mismo? ¿Será suficiente un poder especial otorgado conjuntamente con otras facultades de carácter patrimonial o será necesario un poder especial expreso y ad hoc? Estas y algunas otras son las interrogantes que el autor se plantea y va resolviendo en el curso de su estudio.

Afirma la necesidad de otorgarse poder especial exclusivo; de que uno el nombre de los contrayentes se encuentre presente en el momento del acto; la imposibilidad de sustituir el mandato; que el mandato tenga un período de vigencia máxima de noventa días, etc.

Como conclusión a su estudio el doctor Díaz reclama la eliminación como ya dijimos, del matrimonio por poder y para el caso de su mantenimiento, propicia algunas variaciones, algunas de las cuales hemos reseñado.

CARLOS A. R. LOZANOVICH

Una nueva Revista se incorpora al quehacer de la doctrina jurídica argentina. A sólo tres años de su fundación, la Asociación Argentina de Ciencia Política agrega a su ya relevante actividad científica —que recientemente, al realizarse el Segundo Congreso de la especialidad en esta Capital (13 al 16 de agosto de 1959), se hizo por cierto patente— una publicación a todas luces meritoria. Dirigida por el presidente de la Asociación, Dr. Segundo V. Linares Quintana, la Revista Argentina de Ciencia Política presenta —en éste su primer número—, bajo una cuidada edición de Duplata, un contenido variado e interesante, a más de útil y de plena actualidad. Prestigiosos juristas —argentinos y extranjeros— han puesto su pluma al servicio de ella, contribuyendo al excelente resultado del que trataremos de brindar un brevesimo panorama.

La revista se divide en 3 secciones: *Doctrina, Jurisprudencia, Actividades de la Asociación, Notas y Bibliografía*. La primera de ellas se abre con un censo del año constituyente argentino, desde dos puntos de vista, y con dos trabajos referentes a él: 1) *La Constitución Argentina en 1853*, por el doctor Juan A. González Calderón; y 2) *La Constitución Argentina en 1853-1860*, por el doctor Carlos Sánchez Viamante. Los títulos mismos declaran las tesis de estos tratadistas, fundadas en amplias consideraciones históricas y jurídicas. Siguen luego —en esta sección Doctrina— otros artículos de innegable trascendencia e interés: *Expropiación por las provincias de bienes del dominio público de la Nación situados en el territorio de aquéllas*, por el doctor Miguel S. Marienhoff; *Artigos y el Derecho Constitucional argentino*, por el doctor Alberto Demichelli (en la que el destacado profesor uruguayo

ya sintió su tratado sobre la "Formación constitucional rioplatense"); *Función constitucional del Código Civil*, por el doctor Juan Carlos Méhara; *Institución de los grupos de presión y los partidos políticos*, por el doctor Segundo V. Linares Quintana; *Problemática del partido político*, por el doctor César Enrique Romero; y *El mito de la Constitución*, por el doctor Mario Justo López.

La sección Jurisprudencia comienza un análisis del doctor Linares Quintana sobre *La acción de amparo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República Argentina*. Aquí el eminente constitucionalista argentino resume y sintetiza la jurisprudencia de la Corte sobre amparo, formulando una serie de principios generales que juzgamos de gran utilidad. Luego de ello transcribe íntegramente los fallos del alto Tribunal en los casos *Angel Siri* (27-12-57), *Sarmat* *Kot S.R.L.* (5-9-58) y *Sindicato Obrero del Vestido s. Comercio* *provincia del gremio* (18-12-58).

En la sección referente a las *Actividades de la Asociación* encontramos los estatutos de la misma, resúmenes de las Primeras Jornadas Argentinas de Ciencia Política (Córdoba, 1959) y el Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política (Buenos Aires, 1959), el plan de publicaciones de la institución, etc.

En *Notas* el doctor Linares Quintana concreta reflexiones a los 120 años de la Revolución de Mayo, bajo el título de "Mayo señala rumbos a la Patria". Y finalmente, en *Bibliografía*, los profesores Padilla, Linares Quintana, Trigo Rosch, López y Aja Espil efectúan concisas comentarios sobre los libros de derecho público más recientemente aparecidos.

Ello nos resta, desde estas páginas de *Lecturas y Ensayos*, expresar nuestra

viva satisfacción por el nacimiento de una revista barcelonesa, que hace a su director agradecer de todo agrado, y cuyos números posteriores esperamos ver a la par

del primero, sin dudar, en realidad, de que ello ha de ocurrir.

PABLO A. HERRERA

SANTIAGO CARLOS FASCI, *Contestación del artículo de hijo ilegítimo*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", 1959, año II, N° 3.

Como primer trabajo del tercer número de esta interesante revista que se edita bajo la dirección del doctor Augusto María Morillo, aparece la nota que hoy comentamos, y que lleva la firma del actual profesor de Derecho Civil, V Curso, de la Facultad de La Plata, doctor Santiago Carlos Fasci.

El tema es uno de los temas que en el ámbito del derecho de familia merecieron ser expuestos y reelaborados con posterioridad a la sanción de la ley 14.367, para poder precisar de ese modo la incidencia que dicha ley tuvo en las disposiciones del Código Civil.

El doctor Fasci encara el problema con lenguaje llano y claridad expositiva. Se estudian quíntas son ahora los titulares de la acción de contestación de la

filialidad legítima y, concomitantemente, se analiza la posibilidad de estar por su lado el reconocimiento de la filialidad, inclinándose el autor por una solución afirmativa a ese respecto, en contra de opiniones como la de Borda, por ejemplo.

No deja el doctor Fasci tampoco de tocar algunos aspectos procesales del problema —por ejemplo, lo que hace a la prueba en el proceso respectivo—, dando pautas importantes en cuanto a la tramitación de estos juicios.

El trabajo, pese a lo sintético, constituye un valioso aporte para el estudio de este atractivo y a veces complejo tema.

CARLOS A. R. LATORRESANTO

SANTIAGO C. FASCI, *La nulidad de los matrimonios prohibidos por las leyes sancionadas con posterioridad a la 2793 y al art. 18 del Código Civil*, en diario "La Ley" del 27 de octubre de 1960.

Con notable claridad expositiva e impecable razonamiento jurídico, hallamos al Dr. Fasci comentando un fallo de la Cám. de Apel. en lo Civil y Comercial de Corrientes, que declaró la nulidad absoluta del matrimonio celebrado por una mujer ordenada de ley, contra la prohibición del artículo 17 de la ley 11.359, en virtud del art. 18 del Código Civil, y a pesar de haber acogido la regla de la especialidad en materia de nulidad de matrimonios.

Como lo destaca el autor, el tema cobra importancia —aunque en raras oportunidades se invoque esta causal—, pues sus conclusiones son aptas para resolver sobre la nulidad de todos los matrimonios prohibidos por leyes posteriores a la ley de matrimonio civil, "sancionadas o a sancionarse, si en las futuras se invocare en la misma defectuosa técnica jurídica de no determinarse los efectos de la prohibición". Tal es lo que acontece p.e., con el impedimento señalado en el

art. 12 última parte, de la ley 12.331 (enfermedades venéreas en período de contagio), y en el art. 17 de la ley de adopción N° 12.232, que lo establece en virtud del vínculo legal que amarra de una misma institución.

Fuero centraliza su pensamiento en torno a la compatibilidad de los fundamentos con que se expidió el tribunal argentino: teoría de la especialidad y aplicación del artículo 18 del Código Civil.

El análisis de las fuentes que llevan a este artículo, muestran al autor a una revista de los conceptos vertidos en el código de Justiniano y en la *Novissima Recopilación*, a este respecto. Al señalar la honda repercusión que tuvo en la legislación subsiguiente el Código francés, que incluyera un título preliminar relativo a la publicación, a los efectos y a la aplicación de las leyes en general, destaca la inclusión proyectada —aunque abortada— de un artículo similar a nuestro 18 del Código Civil y que marcaría otra suerte en el Código de Louisiana, donde figuran en el Título Preliminar (capítulo III, *De los efectos de la ley*), convertidos así en una disposición aplicable cualquiera sea la ley positiva contrariada, mucho más allá del Código Civil.

El autor pasa luego revista al artículo 18 del Cód. de Chile, fuente inmediata de nuestro art. 18, y que dispone: *Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designa expresamente otro efecto que el de nulidad por el caso de contravención.*

El análisis comparativo del articulado chileno y argentino, indica que este último alude los términos *nulo* y *nulidad*, además de suprimir la palabra "expresamente". Señala el Autor, que si bien el artículo en análisis se refiere a toda la legislación como surge de sus fuentes, es meramente *supletorio*, pues en cada ley el legislador puede resolver un régimen propio de nulidades y de

terminar sus efectos, pues así lo dispone el art. 18, siguiendo el precedente chileno. Fassi interpreta acertadamente para nosotros, que ese apartamiento puede ser expreso o virtual, dada la omisión por Vález, de la palabra "expresamente".

Los párrafos que siguen, llevan al autor a destacar el papel que desempeña el art. 18, y cuya vida es independiente del sistema de nulidad de los actos jurídicos creado por Vález y que, por resultar completa, no requiere de su auxilio. Estas consideraciones le permiten fijar la siguiente gradación:

- a) Norma genérica de nulidad aplicable a todos los actos jurídicos, la del art. 18 del Cód. Civil.
- b) Normas específicas de la nulidad de los actos jurídicos civiles, las contenidas en los cuatro libros del Código Civil.
- c) Normas que forman una subespecie aún más particular de nulidad de un acto jurídico, la del matrimonio, las que se refieren especialmente a la invalidez del matrimonio.

Es evidente que, de ser cierta la gradación que antecede —y que creemos, lo es— no incurre en una insalvable contradicción lógica, al suponiendo inaplicable al matrimonio, lo específico de los actos jurídicos civiles, en pretendiendo aplicar lo que alcanza en su generalidad más indiferenciada a todos los actos civiles, procesales, administrativos, etcétera."

Una acertada referencia a la teoría de los impedimentos, le permite señalar que los impedimentos son tales no porque la ley los sanciona más levemente, sino porque no son sancionados con una nulidad expresa, y en materia de matrimonio no hay nulidad sin un texto expreso que lo establezca.

De esta manera, si consideramos con Fassi (lo consideramos), que las leyes 11.299, 12.331 y 12.232, contienen dis-

posiciones propias de la regulación jurídica del matrimonio y que a su respecto no pueden considerarse como leyes especiales, sino como integrantes de una regulación, concluímos en que "los impedimentos o prohibiciones que continen deben ajustarse a las normas de la ley de matrimonio civil, en cuanto no las contradigan expresa o virtualmente" "Concretándose a prohibir el matrimonio, pueden fundar una oposición, originar una denuncia o la negativa del oficial público a la realización del matrimonio, pero si esta llega a consumarse, será inatacable, por aplicación de la última parte del art. 18."

Revelando gran precisión y profundidad de pensamiento, Passi destaca las consecuencias gravísimas que implicaría la aplicación del art. 18, puesto que llevaría a reconocer la existencia de una tercera clase de nulidades matrimoniales, mucho más grave que las previstas en los arts. 84 y 85 de la ley 2385, ya que dependerían que el matrimonio prohibido sea de ningún valor, mientras que otra sanción y distintos efectos se prevén para las nulidades expresadas en los arts. 87 y 88 de la ley de matrimonio civil. Incluso—como lo señala el autor— esta nueva especie de nulidad se asimilaría a la inexistencia consagrada por el art. 14 de la ley 2393, ya que, el "no produjé el efecto" de este artículo, equívoca al "no de ningún valor" del art. 18 del Cód. Civil.

Luego de señalar algunas de las graves consecuencias prácticas que aparecería la consagración de la tesis sostenida por el tribunal corrección apoyada en la

opinión de prestigiosos autores, y de rechazar la solución propuesta por Borda, "jurídicamente insostenible", ya que después de aceptar la aplicación del art. 18 pretende convertir a la nulidad en relativa, por la inequidad de la solución a que lleva, el Autor concluye razonando su posición de la manera que sigue: "La nulidad de matrimonio se rige por una regulación propia, que exige en cada caso la sanción expresa de nulidad. Si el legislador no la estatuye, habrá un nuevo impedimento impeditivo, y quedará desvirtuada la aplicación del art. 18 del Cód. Civil, con mayor motivo que las disposiciones propias de la nulidad de los actos jurídicos, por tratarse de una regla aún más general, para el caso de instituciones carencia de un régimen propio."

Si bien en el caso que motivó el fallo la nulidad pudo ser igualmente declarada en virtud del dolo en que incurrió la enferma afectada del mal de Hansen (de acuerdo: Basso, Díez de Guzmán, Ledesma y Néboa; en contra: Borda), creemos que la gravedad de las consecuencias que aparece la doctrina sentada por Passi, a la que adherimos porque no queremos que la interpretación de la ley se convierta en una firma más o menos disimulada de violación de la misma manera que la sostenida por el tribunal, deben ser miradas con la oportuna referida del legislador, que sanciona la transgresión de dichos impedimentos impeditivos con una nulidad relativa, como lo ha hecho en el art. 85, con los asociados en el art. 8, ambos de la ley de matrimonio civil.

Tedemo Mujumary

*La Reforma Universitaria en América Latina (Análisis y documentos). Publicación de la Conferencia Internacional de Estudiantes (Hay ediciones en castellano, francés e inglés. Leiden, 1960).*

La Secretaría Coordinadora (CU-SBC) de Uniones Nacionales de Estudiantes,

organismo mundial que agrupa federaciones estudiantiles de setenta países de

las cinco continentes (inclusive Yugoslavia, pero excluido el bloque soviético), ha publicado, por indicación de la 8ª Conferencia Internacional de Estadísticas (Lima, 1958), un volumen de 164 páginas, recogiendo material básico para brindar una visión panorámica sobre el origen y desarrollo de la Reforma Universitaria. El sumario comprende cuatro títulos: I) Documentos: Manifiesto de Avellan (Dionisio Foca, Córdoba, 1918), y Mensaje a la Juventud (Alfredo Palacios). II) EL FENÓMENO REFORMISTA Y SUS CAUSAS, con artículos de Gabriel del Mazo, Alfredo Palacios, Raúl Frendi, Manuel Durán, Luis A. Sánchez, José C. Mariátegui y Foción Febres. III) PUNTOS DE VISTA DE LOS ESTADOS, por A. Reyes (Costa Rica), A. Salazar (El Salvador), A. Urroz (Nicaragua), B. Crespo (Haití), M. Piero (Puerto Rico), M. Cuna (Pará), A. Céspedes (Bolivia) y M. Ferrera (Paraguay). Como Apéndice se agregan los *Resoluciones del III Congreso Latinoamericano de Estadística* (Caracas, 1958) y del *Seminario de Estadía de*

*América Latina* (Sucre, 1958). Ambos, dentro de la técnica tradicional, propagan la autonomía, el co-gobierno estudiantil, la gratuidad, laicismo, libertad de cátedra y asistencia, extensión universitaria, becas, etc.

La recopilación comentada, si con mucho tan completa como aquella, invaluable, del Centro Estadísticas de Ingeniería de La Plata (1941), o esa reciente de FUBA (1958), es siempre un elemento útil para divulgar la Reforma escritando su trascendencia latinoamericana. Junto a trabajos ya conocidos —algunos de enorme valor, como el de Mariátegui—, el enfoque juvenil del título III resulta importante porque difunde concepciones y problemas actuales, contemporáneos, de las Universidades americanas, que viven casi aisladas, ignorándose.

El volumen incluye diversas fotografías e ilustraciones. Puede solicitarse a la dirección postal de CO-SEC: Post box 36, La Haya, Holanda.

HORACIO SANCHEZETTI

Hugo Warr, Año X. Huenosá, Buenos Aires, 1960.

El autor comienza afirmando cinco opiniones (a su juicio verdades) que según él son para algunos argentinos blasfemias. En verdad son proposiciones que merecen adecuada atención porque configuran una posición política tradicional en nuestro país.

Lo primero que resulta del libro es su tono profundamente afectivo. Pasa a las próximas iniciales de objetividad, sustentadas por citas de León XIII, Cervantes, Walt Whitman e Hipólito Taine, abundan los adjetivos y también las proposiciones que demuestran una honda agresividad hacia ciertas opiniones no compartidas por el autor (bien que el autor se confiesa ecléctico).

Las premisas divergentes de la obra pueden resumirse así: la Revolución de Mayo fué exclusivamente militar, realizada por señores, españoles, católicos, sin tener nada que ver con la Revolución Francesa. "El populacho no interviene en sus preparativos, ni comprendió que se trataba de la independencia". Mariano Moreno no actuó en la preparación de la Revolución y "después su actuación fué insignificante, cuando no fanático". Las opiniones de Gutiérrez, Mitre, V. F. López, Norberto Piñero, Groussac y otros, englobadas bajo los curiosos calificativos de "incometas" y "no tan incoeter", incluyendo también a los ingleses Robertson, son calificadas como "des-



comunales". Según el autor lo que él dice es una verdad argentina (pá. 14). Una de las primeras afirmaciones es la siguiente: "La Revolución de Mayo se hizo sin Moreno, como se había hecho la Reconquista, como se hizo después la Independencia; pero no hubiera podido hacerse sin Savorda, que fue la espada de la Revolución, por lo menos no se hubiera hecho en 1810; sin él habría tenido que postergarse por muchos años" (pág. 16). Este escritor afirma que lo que se ha enseñado durante ciento cincuenta años de existencia sobre la Revolución es una impostura. Además escribe: "... Mariano Moreno, que usufructuó casi toda la gloria de la Revolución, no arriesgó nada y aborrió tres cosas: 1°) su tiempo; 2°) su dinero; 3°) su sangre. No se unió con el pueblo para enseñarle y enseñarlo, no pronunció un solo discurso, no suscribió nunca un folio, no fue visto jamás en la línea de fuego, ni en los ritos de peligro, y su nombre no figura en ninguno de los grupos de conspiradores que planearon la Revolución, ni figura tampoco, y esto es más deseado, en ninguna de las innumerables listas de deservidos para la defensa de Buenos Aires" (págs. 17-18). Dice también: "La numerosa biografía de Mariano Moreno es una de las fábulas más extraordinarias que se hayan inventado en la República Argentina" (pág. 19). Opina que el relato de Manuel Moreno en la conocida "Vida y Memorias" sobre el llanto que produjo a Mariano Moreno el ver entrar a las 3 de un día de junio de 1808 a los ingleses que se apoderaron de su patria merece la cita del episodio de Boswell, cuando su madre le dijo: "Lloras como mejor lo que no sepiste defender como hombre". En decir que, según Hugo West, Moreno no supo defender como hombre a Buenos Aires en las invasiones, y que sólo tuvo el desahogo del llanto femenino. También reprocha el

autor a Moreno su prosperidad económica, producto de su actuación como abogado, y agrega: "... Murió con muchísimo dinero oficial en las tlapiqueras: veinte mil duros que Savorda le hizo entregar para sus gastos en Londres como representante de la Junta su nombre del rey Fernando VIII, antes de otros ocho mil de su sueldo adelantado" (pág. 25 y nota 3). El autor, tal vez, olvidó que en 1812 el Primer Triunvirato acordó a la viuda de Mariano Moreno una pensión de treinta pesos, "fundado en las consideraciones que se deben de justicia al mérito y a la memoria de los buenos ciudadanos" (Leroux, Ricardo, Mariano Moreno Escrivá, Buenos Aires, 1943, Ediciones Estrada, t. II, página 340). Conviene transcribir algunas palabras del escrito de petición: "... murió el 4 de marzo del presente año en el Barco Inglés que le conducía, arribado de aquel adriático entusiasmo que tanto le transportaba por su Patria, le prestó los más importantes servicios y corrió toda clase de riesgos: aquí se sacrificó sus talentos, sus tesoros, sus comodidades, y hasta su propia reputación; en medio del Océano se sacrificó el mismo, terminando la carrera de su vida como víctima de la desgracia propia". "Un hijo tierno de cinco años de edad, y su desgraciada viuda imploran los auxilios de la Patria de V. E. persuadido que ni ésta, ni su Junta Gubernativa podrán mostrarse indiferentes a nuestra miseria, ni ser insensibles exportadores de nuestro amargo llanto..." El decreto resolutorio dice: "Atendiendo a los distinguidos servicios que ha rendido á la Patria el finado D. Sr. don Mariano Moreno, á la escasa suerte que corre á su reconcomible familia, y á las consideraciones que se deben de justicia al mérito y a la memoria de los buenos Ciudadanos, se concede á d.ña María Guadalupe Correa Viuda de dño. Moreno, y durante el

tiempo de su Viabilidad, la pazada de treinta pases fuertes mensuales...".

Frente a lo que dice este necesario escribir argentino pensamos la opinión del marío, pensamos que aquel abogado había Primer Triunvirato, al cual, por el con- rucido a la Patria Distinguida servicio, y debía hacer justicia al cobrito y a la memoria del buen ciudadano Mariano Moreno.

En punto al método diremos que la novelística pertenece al ámbito de la literatura y la historia al campo de la ciencia y de la filosofía. Los hábitos no pueden cambiarse; refiriéndonos como para poder atacar con rigor filosófico y científico un tema histórico, por más que predomine un sentimiento aún de objetividad no alcanzada. Nuestra Patria nuestra desde hace mucho tiempo dos corrientes de pensamiento contrapuestas: los hombres que están con la libertad y los que quieren vivir bajo los viejos principios inhumanos. El pasado es fuente inagotable de reflexión, como lo es también el pensamiento de los hombres que hoy piensan sobre el pasado. Escribir sobre la Revolución de Mayo y Mariano Moreno es definir. Quien ve en la Revolución de Mayo una revolución de señores, exclusivamente militar, abominando del pueblo, está contra la idea de libertad, que forman la columna ver-

tebral del pensamiento político de nuestro país.

Se dijo que Moreno que tenía un estilo nervioso y conciso (Montesquieu). Esperemos de Hugo Wast su próxima obra sobre Montenegro. Nervioso y conciso es el estilo de Mariano Moreno, porque era un hombre de acción, tenso y profundo. Y los hombres profundos no muestran a todo lo que hacen. A veces no queda nada en la historia escrita de su acción, o de parte de ella. Pero también están los que se preocupan por que quede el resonar de sus palabras en el tiempo. Muchas veces la resonancia nace de la calidad, otras de la intención, pero la intención tiene dos signos notorios.

Es un libro triste, que tiene la virtud de hacer pensar y que obliga a la definición. El tiempo dirá, y en esto no hay ironía, quién tiene razón: si Hugo Wast o Mariano Moreno, aquel de quien dijo Ricardo Rojas: "Sin él la Revolución nos hubiera alcanzado como un *clans* de palabras." Quisiéramos vivir mucho tiempo para ver cuáles sobreviven en la historia del pensamiento político de nuestra Patria: si los de Gustavo Martínez Zuviria o las de todos aquellos hombres que hicieron nacer nuestro país.

LUIS VICENTE GALBANO



**División y Administración Ejecutiva**  
**de FUNDACIONES DE LA FACULTAD DE**  
**DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE**  
**BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2263**  
**BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA**

•

•

**Precio del ejemplar \$ 50.-**