

lecciones Y ENSAYOS

25

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1962 - 63

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

Respecto a la publicación de la REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quisimos dar realzarse una visibilidad respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

Tratamos consideramos necesario que los alumnos se comunicaran entre sí y tengan una tribuna donde expresaran en el ámbito jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudios, queremos que la Facultad recurra mediante una publicación periódica a cumplir las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quisiera que se pierda por la Facultad sea un artículo singular y recibir refuerzos, marcado sólo por sus propios problemas.

Esta tarea nos llevara a crear LECCIONES Y ENSAYOS. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirige al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por sus entregamos a los estudiantes la obra, dirigida de esta publicación, fortaleciendo la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y alentando al temeroso silencio de cada parte.

LECCIONES Y ENSAYOS es marco de los alumnos—estudiantes libre, de todos los alumnos—, dirigidos y escritos en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

Ignacio Waisky
LECCIONES Y ENSAYOS, N^o 11

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Marco Aurelio Risolla

VICEDECANO

Dr. Ismael Basaldúa (h)

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores

Consejeros titulares: Dr. Segundo V. Linares Quintana, Dr. Julio Dassen, Dr. Miguel Santiago Marienhoff, Dr. Manuel María Díez, Dr. Alberto G. Padilla, Dr. Aquiles H. Guaglianone y Dr. Federico Videla Esalada.

Consejeros Suplentes: Dr. Ernesto C. Hermida, Dr. José Domingo Ray, Dr. Hugo Camino, Dr. Jorge Tristán Bosch, Dr. Francisco F. Laplaza, Dr. Mauricio Ottolenghi, Dr. Omar Lima Quintana y Dr. Juan Carlos Luqui.

Egresados

Consejeros Titulares: Dr. Ezequiel G. Raybaud, Dr. Juan A. Gregorini, Dr. César B. Rezzónico y Dr. Jorge A. Difrieri.

Consejeros Suplentes: Dr. Antonio Domingo Varela, Dr. Juan C. De Pico, Dr. Roberto Roth y Dr. Enrique Batigalupo.

Alumnos

Consejeros Titulares: Sr. Mario Gerardo Yacub, Sr. Raúl Enrique Rojo, Sr. Eduardo Martín Luis Leguizamón y Sr. Jorge Luis Orta.

Consejeros Suplentes: Sra. Elena Inés Valiente Noailles, Sr. Félix Juan Borghonovo, Sr. Normando Valsberg y Sr. Antonio Morazzani.

LECCIONES Y ENSAYOS

1962-1963

N.º 25

ESTUDIOS

| | |
|---|----|
| MARGARITA ARGUAS Y CARLOS ALBERTO LAZCANO: Capítulo XIX del "Tratado de Derecho Internacional Privado": El derecho de la forma. | 9 |
| JOSE MARIA RUDA: La Asamblea General de las Naciones Unidas. Organización y procedimiento. | 31 |
| CARLOS J. COLOMBO: Prueba de oficio en el proceso civil | 41 |
| ATILIO ANIBAL ALTERINI: Medidas para mejor proveer y defensa en juicio | 55 |
| MIGUEL SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y ALBERTO MANUEL VILLALON: Régimen de los actos jurídicos entre vivos otorgados con anterioridad a la declaración de demencia: arts. 473 y 474 del Código Civil .. | 69 |
| MIGUEL ANGEL MARIANI: La libertad sindical y la ley 14.455..... | 81 |
| PEDRO MARIO GIRALDI: Naturaleza jurídica del directorio de la sociedad anónima | 93 |

ENSAYOS

| | |
|---|-----|
| RICARDO R. BALESTRA: Teoría Para del Derecho y Teoría Ecológica. Breves apreciaciones | 111 |
| MARTIN LUIS ERDOZAIN: El espacio aéreo y su regulación internacional | 115 |
| DELIA BEATRIZ OLIVIER: El apellido del adoptado y otras consideraciones | 139 |
| MARIA AMELIA OLIVERA: La retrocesión íntegra nuestro ordenamiento jurídico | 143 |
| ANIBAL VILLANUEVA Y ANTONIO M. VILLANUEVA: La obligación de escriturar prevista por el art. 1.105 del Código Civil..... | 153 |
| ROGELIO MORENO RODRIGUEZ: Los Derechos Humanos reconocidos | 187 |

TEXTOS

| | |
|--|-----|
| ERNESTO C. HERMIDA: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Diplomáticas | 215 |
| Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares | 241 |

| | |
|---|-----|
| ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI: <i>Marbury vs. Madison</i> (Craugh's Report. - Vol. I. - p. 49) | 283 |
|---|-----|

ESCRITOS JUDICIALES

| | |
|--|-----|
| RICARDO D. J. BALLESTERO BARRUTI: <i>Interdicto de obra nueva. Medidas de no innovar. Habilitación de día y hora</i> | 309 |
|--|-----|

UNIVERSITARIAS

| | |
|--|-----|
| JOSE DOMINGO RAY: <i>Temas de Pedagogía jurídica. Diálogo con el profesor André Tunc sobre la enseñanza del Derecho en Francia</i> | 315 |
| La licencia del Derecho según el Decreto N° 62.768 del 10 de junio de 1962 en Francia | 329 |
| ANDRE TUNC: <i>Salir del Neolítico</i> | 337 |
| Las facultades de Derecho y los grandes problemas del mundo contemporáneo | 359 |

LIBROS Y REVISTAS

| | |
|---|-----|
| Notas de: Rodolfo S. Follari, Mario R. De Marco Nafin, Marta Haydée Natale, Ricardo R. Balestra Jara, Jorge Horacio Alterini, Gabriel Binscin, Alberto Carlos D'Alessandro, Jorge Luis Orta, Jorge Vitale Marín, Marta Haines y Horacio Sergio Geller | 379 |
|---|-----|

ETCETERA

| | |
|---|-----|
| RODOLFO A. GONZALEZ LEBRERO: <i>En torno a la creación musical</i> | 405 |
| LUIGI EINAUDI (Traducción de Luis M. Baudizzone): <i>Países ricos y países pobres</i> | 409 |

Este número corresponde a los años 1962 y 1963, que por razones ajenas al Consejo de Redacción se demoró en su publicación. El seleccionado material que hoy se ofrece al lector trata de subsanar las fallas que colocamos a LECCIONES Y ENSAYOS fuera de su periodicidad habitual.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Dr. Ignacio Wisnizky

CONSEJO DE PROFESORES

Dtes. Guillermo L. Allende, Carlos S. Fayt y Luis Jimenez de Asía

CONSEJO DE REDACCION

Directora: Mabel B. Tomasini

Subdirectora: Mario Etchán Ponferrada

Secretario de Redacción: Jorge Horacio Alterini

Secretarias Adjuntas: Gabriel Binstein y Ricardo Balestra

Secretaria Coordinadora: Mario R. De Marco Naón

Relatores: Martín Luis Erdosain, Jorge Luis Oría, María Amelia Olivera y Rolando Amancio Williams.

ESTUDIOS

CAPÍTULO XIX DEL
"TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO"

Por los Doctores MARGARITA ARGUAS y CARLOS ALBERTO LAZCANO
(*Profesores Adjuntos de Derecho Internacional Privado*)

EL DERECHO DE LA FORMA

*La regla "Locus regit actum" — Dificultades para su
clasificación en la doctrina estatutaria y las que suscita en
la moderna. — Sentido de sus términos.*

Una vez reconocido a los nacionales el derecho de celebrar ciertos actos jurídicos fuera de su país, y a los extranjeros en él, se trata de saber cómo los realizarán; es decir, cuál ley observarán en lo relativo a las formalidades de que deben rodearlos si quieren asegurarles una validez internacional.

La regla general adoptada por la costumbre y formulada en casi todos los cuerpos legales conocidos, se concreta en la máxima: *Locus regit actum*. Ella significa que la forma de los actos se rige por la ley del lugar de celebración.

Según Savigny, la forma del acto jurídico debía ser reglada por el derecho local al cual ese acto está sometido. Así, los contratos deberían hacerse en las formas legales exigidas en el lugar de ejecución; los matrimonios, en las prescritas en el domicilio del marido; los testamentos, en las fijadas en el domicilio del testador. Cuando el acto jurídico se perfecciona en alguno de los lugares enumerados, no hay dudas ni dificultades; pero acontece con frecuencia que su base existe en un lugar diferente o alejado de aquel donde se realiza y en el cual es a veces muy difícil, cuando no imposible, conocer con exactitud o poner en ejecución las formas legales de ese otro, único legislador.

Obviando esa falta de flexibilidad en los principios, que puede llegar hasta impedir la realización de ciertos actos y más a menudo exponerlos a nulidades resultantes de la inobservancia de las formas competentes, ha nacido, en concepto del mismo autor, un derecho

consuetudinario, cada vez más reconocido, cuya expresión es la regla *Locus regit actum*.

En opinión de los tratadistas que han investigado en las obras de los glosadores, buscando sus primeras manifestaciones, el contenido de este adagio comienza a diseñarse a principios del siglo XIII. Sus primeras aplicaciones, analizadas por Bartolo y sus discípulos, conciernen a la validez local y extraterritorial del testamento otorgado por un extranjero en Venecia, ante dos testigos por no exigir más el estatuto de dicha ciudad, cuando según el Derecho Romano habría debido ser siete.

Antes de adquirir su aspecto definitivo (*Locus regit actum*) en una sentencia del Parlamento de París (*Affaire de Pommeroy*), de 1721, que consagró explícitamente su competencia, atravesó por un largo período de vicisitudes, debiendo luchar en Italia con la influencia del derecho común, y en Francia con el acendrado respeto de sus juristas por la territorialidad de las leyes.

Después de haber dado preeminencia a la ley del lugar de celebración del acto sobre la del domicilio de su autor y sobre la del lugar de situación de los bienes, objeto del mismo, que también podían determinar su validez extraterritorial, los estatuarios tropezaron con nuevas dificultades al querer colocar las formas, dentro de su división de las leyes en reales y personales. No pudiendo apoyar su resolución en textos del *Corpus juris*, como habían hecho los glosadores, pues éste había dejado de ser para ellas el "*Jussum jus*" (derecho puro), trataron de justificarla, asignándole cabida dentro de los estatutos.

Algunos —Frolard y Pothier—, pensando que la forma de los actos no se vincula más directamente con las personas que con los bienes, sustentaron la buena teoría excluyéndola de la tradicional clasificación. Los otros, más imbuidos de su respeto, dividieron sus pareceres.

Bergandus, Rodenburgh, Guillermo Raviot y Boullenois incluyeron las formas en el estatuto real. Los dos primeros consideraron únicamente las relativas a inmuebles, lo que era admitir la "*lex loci actus*" sólo cuando se confundía con la "*lex rei sitae*". Guillermo Raviot, atendida a su accesibilidad a nacionales y extranjeros (es una de las cualidades del estatuto real), y Boullenois, después de manifestar cierta perplejidad, se decide por asignarle carácter real, diciendo que "el acto jurídico es un niño ciudadano del lugar de su nacimiento y que debe ser vestido a la manera del país".

Bouhier y Prévot de la Jarrie, se pronunciaron por el estatuto personal, diciendo el primero que si los estatutos relativos a la forma de los actos son personales, no es por su vinculación a la persona que los hace sino a la del oficial público encargado de redactarlos; además,

su opinión respondía a la circunstancia de que los actos celebrados conforme a la "lex loci actus" son válidas en todas partes (la extraterritorialidad es una de las condiciones del estatuto personal).

En la doctrina holandesa, las vacilaciones fueron menores merced a la admisión de los estatutos mixtos. Habiendo palpado los inconvenientes con que tropezaba su determinación en la teoría de D'Argentré, Pablo Voet creyó resolverlos asignando ese carácter a las leyes relativas a la forma de los actos por su accesibilidad a nacionales y extranjeros y por su validez extraterritorial.

En el derecho moderno, la regla "Locus regit actum" no ha suscitado menos dificultades. Tanto la doctrina como las legislaciones están lejos de coincidir acerca de su sentido, alcance, fundamento, carácter facultativo u obligatorio, y excepciones a su imperio.

Atendiendo a sus términos estrictos, la máxima cuya traducción española sería: el lugar rige el acto, no significa nada preciso. Es demasiado vaga e indeterminada. Cabe preguntarse a qué lugar se refiere: ¿al de celebración o al de ejecución? Y suponiendo a éste determinado, ¿qué rige del acto? ¿La forma, el consentimiento, la capacidad de las partes?

"El actus, al cual alude la regla, no es —para Bevoite— más que una parte, un aspecto del acto, la parte de afuera, el elemento externo, lo que lo manifiesta y lo vuelve sensible es la ropa con la cual el consentimiento de las partes se viste para constatarlo, el hecho material, escrito u otro que exterioriza sus voluntades, por oposición a los hechos intelectuales constitutivos del fondo, tal como esa voluntad tomada en sí misma"; por eso algunos autores, siguiendo la terminología romana, más precisa, que denominaba a esos elementos del acto jurídico, "instrumentum", propician decir: "Locus regit instrumentum".

Calandrelli ha propuesto una nueva fórmula latina, salvando todas las obscuridades de la primitiva. Dice: "Lex loci celebrationis" o "lex loci actus regit instrumentum e*jus*". Traducida, significa que la ley del lugar de celebración o la ley del lugar del acto, rige el instrumento del mismo.

Comúnmente, en el derecho moderno, instrumento es la denominación genérica de las pruebas escritas, sean públicas o privadas. En la definición anterior, de acuerdo a su derivación del verbo latino "instruere" (instruir, enseñar), su significado es más amplio. Comprende todas las otras formalidades de que puede estar revestido el consentimiento de las partes, y en ese sentido involucra, también, las formas verbales, la presencia de testigos y la del oficial público.

La consagración de nuestra máxima por el derecho positivo moderno y aun por la costumbre, en cuya virtud, en ausencia de todo convenio diplomático, la validez del acto realizado de acuerdo a las formas locales es universalmente reconocida, no es idéntica en todos los países. Algunos la han adoptado como un principio general, otros se limitan a aplicaciones parciales distribuidas en las leyes.

Corresponde a la primer tendencia las legislaciones de Alemania, Bajo Canadá, Baviera, Chile, Colombia, Congo, España, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, Japón, Luisiana, Méjico, Portugal, Paraguay, Prusia, Rumania, Rusia, Suiza, Servia, San Salvador, Uruguay, Venezuela, Wurtemberg y nuestro país.

· Pertenecen a la segunda, el código civil francés, el belga, el austriaco, el de las dos Sicilias, el del cantón de Vaud, el de Haití y el griego.

Noción y objeto de la forma. — Clasificación de la misma en la teoría antigua y en la contemporánea.

En todo acto jurídico, es menester distinguir: 1° la capacidad de las partes, es decir, la aptitud para realizarlo; 2° los elementos esenciales que lo constituyen: el consentimiento, la causa y el objeto; y 3° su manifestación exterior, o sea el conjunto de hechos que tienen por fin constatarlo y, llegado el caso, probarlo.

De esos elementos, aun cuando los autores antiguos denominaban formalidades a los tres, sólo el último merece esa designación.

"La forma es, según V. Ihering, el contenido desde el punto de vista de su visibilidad; ése la supone siempre a aquélla, porque no existe forma sin contenido ni contenido sin forma. Para admitir la existencia de la voluntad jurídica, es preciso, ante todo, tener la posibilidad de su reconocimiento, y ello sólo podrá obtenerse mediante su manifestación exterior". En otros términos, ella "es, por definición, aquello que es inútil a la existencia misma del acto, que se agrega únicamente para revelarlo, para sacarlo del dominio intelectual y hacerlo pasar al de los hechos concretos". (Bevotte).

Al instituir las formas, los legisladores persiguen múltiples objetos: 1° proteger al autor del acto, poniéndolo a cubierto de la precipitación y evitándole, de ese modo, probables perjuicios; 2° amparar a los terceros interesados, permitiéndoles conocer, mediante la publicidad, la celebración de ciertos actos que pudieran afectarlos; 3° favorecer la validez del acto, circundándolo de ciertos requisitos y condiciones que permitan asegurar la libertad y capacidad de los que lo realizan; y 4° propender, facilitando la prueba, a una mejor administración de la justicia.

Esta simple enumeración demuestra que no todas las formas son de la misma naturaleza, ni persiguen el mismo fin. Ya los autores antiguos, desde Damoclin que distinguía la "forma substantialis" de la "Forma extrínseca", aplicando sólo a la última el principio: "Locus regit actum", habían buscado clasificarlas; si bien, por no separar con claridad las condiciones de existencia del acto, de su manifestación exterior, englobaron ambos elementos bajo la denominación común de formas o formalidades, dividiéndolas en cuatro clases: habilitantes, extrínsecas o probantes, viscerales o intrínsecas y de ejecución.

Las "formalidades habilitantes" son las que tornan capaces de hacer ciertos actos a algunas personas que por su estado serían incapaces de realizarlos; por ejemplo: la autorización del marido, necesaria para que una mujer casada pueda estar en juicio o contratar; la autorización del consejo de familia o del juez para que el tutor pueda vender los bienes inmuebles del pupilo o transigir en su nombre; la facultad concedida por el gobierno a un establecimiento, permitiéndole aceptar donaciones o legados, etc. Por ser modificaciones de la capacidad de las partes, dependen de su ley personal, sea del domicilio o de la nacionalidad.

Las formalidades extrínsecas o probantes o instrumentarias comprenden los requisitos materiales que deben ser observados en la realización del acto para asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes o para facilitar la prueba. Tales son: las escrituras, las firmas, la presencia del oficial público o de testigos, las tarjetas, tallas, etc. Se rigen por la regla "Locus regit actum".

Las formalidades intrínsecas o viscerales constituyen la esencia misma del acto, le dan el ser y sin ellas no puede existir. Son, en los contratos, el consentimiento de las partes; en la venta, la cosa, y el precio; en el mutuo, la tradición de la cosa, objeto del mismo. Dependen regularmente de la ley del lugar donde el acto se perfecciona.

Las formalidades de ejecución son aquellas que sin afectar la validez del acto, perfecto en sí mismo, se requieren para hacer posible su cumplimiento ante las autoridades públicas; por ejemplo, en los contratos y en los juicios, la copia revestida de la fórmula ejecutoria, sin la cual es menester seguir, en caso de inejecución, la vía ordinaria. Por concernir a la manera cómo se han de hacer efectivos en justicia los derechos emergentes del acto jurídico, pertenecen al derecho procesal.

Con excepción de las formas de publicidad, organizadas por el derecho moderno con el objeto de llevar a conocimiento de los terceros interesados los cambios en las cosas o en las personas que pueden afectarles (transcripción de los actos translativos de derechos reales inmobiliarios, inscripción en los registros públicos de la propiedad de los pri-

vilegios y de las hipotecas) y que dependen de la ley local, la terminología anterior se viene repitiendo por los autores desde el siglo XVIII, a pesar de sus evidentes inexactitudes.

Verdaderas formalidades, como la misma palabra lo indica, son las que se vinculan a la forma del acto, a su constatación y manifestación exterior. Los términos "formalidades viscerales o substanciales son antagónicos; y según Bevoise, "es necesario rechazar perentoriamente esa clasificación de formas intrínsecas y extrínsecas que no reposa sino en una confusión de palabras. Las formas intrínsecas no son, hablando con propiedad, verdaderas formas, sino elementos de fondo; sólo por un abuso de lenguaje se ha podido tratar como formalidades lo que constituye la esencia misma del acto, por ejemplo el consentimiento de las partes en los contratos, y sin lo cual sería inexistente".

El incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley, es objeto de diversas sanciones que van desde la nulidad y la limitación de los efectos del acto jurídico que se quiso celebrar, hasta la simple multa fiscal, ajena a su validez.

*Formas "ad probationem" y "ad solemnitatem". —
La regla "Locus regit actum", la "lex loci actus"
y la "lex fori" en la materia de la prueba.*

Habitualmente, las formas extrínsecas se dividen en solemnes o de solemnidad (*ad solemnitatem*) y probatorias (*ad probationem*). Las primeras, constituidas por ritos o ceremonias destinadas a infundir respeto, son exigidas bajo pena de nulidad y su incumplimiento lleva implícita la inexistencia del acto. Forma dat esse rei. Las segundas, constatan la realización del mismo, y, faltando, su única consecuencia es dificultar la prueba. En ausencia de contestación entre las partes, son innecesarias, pues no afectan su validez.

Las formas solemnes, por los requisitos que las acompañan, son también probatorias, pero éstas no podrían sustituirlas; siendo eficaces a la manifestación exterior del acto, no hacen a su existencia. Sin embargo, para Vico, cuando la ley exige una forma instrumental determinada, estableciendo que si faltan esas condiciones de prueba el acto se tendrá por no sucedido, las formas probatorias instrumentales se convierten en solemnes.

Estas últimas, desde el Derecho Romano, tienen su campo de aplicación especialmente en el régimen de la familia (matrimonio, reconocimiento de hijos naturales, nombramiento de tutor por los padres, con-

cciones matrimoniales, etc.), y en el de la sucesión (otorgamiento de testamentos, etc.), siendo menos requeridas en el de los bienes (donaciones, transacciones de derechos litigiosos), donde imperan las probatorias (compra-venta de inmuebles).

Al lado de estas clases de formas, hay una tercera caracterizada por la presencia de un oficial público debidamente autorizado, lo que confiere al acto dos efectos importantes: fecha cierta y autenticidad. Por esta razón se denominan auténticas. Su mejor representante es el instrumento público, que cuando concierne a contratos se llama comúnmente escritura. Si bien la intervención del oficial público es un requisito solemne, ambas formas no tienen el mismo alcance; lo muestra bien, en nuestro derecho, el testamento ológrafo que carece de autenticidad a pesar de las severas exigencias de la ley (artículo 3639).

El Código define la forma en el artículo 973, así concebido: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar". Del texto del artículo y de los términos usados en él se deduce que las formas ad solemnitatem están incluidas en el régimen de las mismas en el Código.

Algunos autores (Laurent, Duguit, Rolin), considerando que su existencia acarrea la nulidad del acto para el cual son exigidas y viendo en ellas una protección acordada por la ley, al nacional, contra las compras que un acto privado podría reservarle en el extranjero, las atribuyen el carácter de elementos de fondo, análogos a la capacidad o el consentimiento, y las gobiernan por las mismas leyes que éstos.

Para Calandrelli, la exclusión de las formas solemnes del concepto de formas o formalidades es inaceptable, pues no dejan de serlo porque las leyes, mediante una ficción legal, les asignen al efecto de anular, en su ausencia, los actos para los cuales las establecen. En realidad, no hacen parte del fondo de aquéllos, son independientes de su existencia y el acto, naturalmente, puede existir y producir todos sus efectos propios y jurídicos sin ellas.

¿Cuál es el régimen de las formas en el Derecho Internacional Privado de nuestros días?

Ahora, igual que en tiempo de los glosadores, varias leyes coinciden cuando se trata de determinar la validez formal de un acto jurídico: la ley del país donde tienen su asiento los jueces llamados a pronunciarse sobre él, *lex fori*; la personal de las partes; la del país de celebración,

lex loci actus y la del lugar donde están situados los bienes objeto del mismo, si de un acto concerniente a ellos se trata, lex rei sitae.

Una influencia legítima, basada en razones divinas, pertenece a todas esas leyes. Para el país a que pertenecen las partes, las formas representan una protección dispensada a sus nacionales en el extranjero; para el de situación de los bienes, un aspecto de la organización de la propiedad en el mismo y para el de celebración, un elemento de orden, del cual no puede desentenderse por completo. Indudablemente, si recordamos que las formas, y en especial las probatorias, son establecidas en cada Estado velando por una mejor administración de la justicia, facilitando la prueba, la que tiene un interés más directo y más cierto en su determinación es la *lex fori*.

Los principios fijan su competencia, pero como el fuero recién es conocido en el momento de trabarse el pleito y las partes ignoran, con anterioridad a ese momento, si habrá diferencias entre ellas, razones prácticas de comodidad y aun de necesidad, han hecho prevalecer, desde los orígenes de nuestra ciencia, la ley del lugar de celebración, concretada para las formas en la regla *Locus regit actum*.

La aplicación del principio contenido en la máxima de los actos auténticos no ofrece dudas. Dichos actos exigen la intervención de un juez, un notario o un oficial de registro civil y estos funcionarios deben conformarse a las leyes del Estado que les ha conferido esa investidura, desempeñando su ministerio dentro de las atribuciones otorgadas por ellas.

Por eso, aun conociendo las formas de autenticidad de un país, es imposible observarlas en el extranjero, pues ese carácter sólo puede concederle el oficial público competente, obrando dentro de los límites de su función y cumpliendo las condiciones formales prescritas en el lugar donde la ejerce.

Excluir estos actos del alcance de la máxima, es prohibir su realización en el exterior. Tal aconteció con la ley prusiana, en la cual el testamento auténtico debía hacerse por declaración ante el tribunal; si un prusiano quería disponer de sus bienes en Francia, no podía hacerlo, porque en esta nación los encargados de recibir las últimas disposiciones son los notarios. Comentando el ejemplo, Savigny crítica esa falta de flexibilidad legislativa que paraliza las relaciones internacionales.

La extensión de la regla *Locus regit actum* a los actos solemnes, tampoco es dudosa; de lo contrario, se rehusaría a los nacionales la facultad de realizar ciertos actos, los más importantes de la vida civil, lejos de su país. Cuando la ley extranjera permite hacerlos en forma privada o no exige ninguna solemnidad, por ejemplo, los matrimonios

solo consenso de la América del Norte, los actos así celebrados, ¿serán válidos en todos los demás países? Después de algunas vacilaciones, la necesidad internacional de facilitar a la persona el desenvolvimiento de sus actividades en todo el mundo, ha hecho aceptar una liberal aplicación de la regla; salvo que una disposición formal e inequívoca de la ley personal del interesado no le niegue esa facultad en cuyo caso deberá cumplir sus prescripciones.

Los actos privados también caen bajo su imperio, aunque a primera vista parezca innecesario, pues las partes, obrando solas, sin intervención de oficial público, pueden someterse a las condiciones formales de su ley personal, que se supone es la mejor conocida de ellas, o a la de cualquier otra, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y siempre que llenen los requisitos exigidos en el país donde el acto producirá sus efectos.

En la práctica, sin embargo, las razones de necesidad que justifican la adopción de la máxima respecto a los actos auténticos y solemnes, se repiten con los privados. Las partes, temiendo cometer ilegalidades, se dirigen casi siempre a las personas versadas en derecho o a los oficiales públicos para su redacción, y éstos observarán, forzosamente, las costumbres de forma del país donde ejercen sus funciones, vale decir, las del lugar de celebración.

Origen de la regla. — Examen de los textos del Derecho Romano.

Algunos autores, desconociendo la labor creadora de los glossadores, han pretendido encontrar el origen de la máxima en el derecho romano, y citan en apoyo de su opinión ciertos textos del Corpus Juris y del Corpus Juris Canonici, donde un análisis superficial podría revelar vestigios de su existencia y del conflicto de leyes por ella suscitado.

Savigny, que es contrario a esta interpretación, examina los más característicos.

Veamos:

"Ley 9. C., De testamentis (lib. VI, tit. 23) et quemadmodum testamentum ordinantur. Trata de los testamentos y de cómo se otorgan, y en él los emperadores le dicen a Patroclia, seguramente la heredera instituida: "Si por privilegio especial de tu patria no se dispensó la observancia de las formalidades del derecho, y los testigos no desempeñaron su oficio de testimonios en presencia del testador, el testamento no es válido por derecho alguno".

Ley 2. C., Quemadmodum testamentum aperiantur et inspiciantur et describantur (VI, 32). Se ocupa de cómo se abren, se inspeccionan

y se copian los testamentos. Un padre había testado en una ciudad que no era la de su domicilio; los emperadores le indican a Alejandro, el hijo: "Afirmando que las tablas del testamento te fueron dadas por tu padre para que fueran llevadas a tu patria, puedes llevarlas allí a fin de que sean instruidas (transcriptas) con arreglo a las leyes, a las costumbres de la localidad; pero de suerte que, no estando presentes los testigos, procures dirigirte primeramente al gobernador de la provincia, o hallándose en el tribunal, o por medio de instancia y haga, permitiéndoselo él, que comparezcan hombres honrados, en cuya presencia sean abiertos y sean de nuevo selladas por ellos".

Ley I, C., De emancipationibus liberorum (VIII, 49). Refiérese a la emancipación de los hijos, y en él los augustos le dicen a Herennio, el hijo cuya emancipación era contestada por haberse efectuado en una ciudad donde el padre era extranjero: "Si la ley del municipio en que tu padre te emancipó, dio potestad a los *decuriones* para que también pudiesen emancipar sus hijos los de otra ciudad, tiene toda su validez lo que se hizo por el padre".

Corpus Juris Canonici, I, 58, de sponsalibus (IV, 1). Un sajon casado con una mujer franca fundándose en que el matrimonio, por haberse celebrado conforme a los usos de los francos, no era válido, la repudió y desposó a otra. Un sínodo declara ese acto castigable, la nulidad del segundo matrimonio y la indisolubilidad del primero.

En ninguno de los textos enunciados ni en otros analizados por los autores ha podido hallarse el origen de la regla *Locus regit actum*. La razón es sencilla. El Derecho Romano tenía vigencia en toda la extensión del Imperio; no aceptaba derogaciones provenientes de leyes extranjeras hasta su incorporación al *edictum peregrinum* (*ius honorarium*) y los estatutos de las ciudades, cuyo poder creador de reglas obligatorias es atestado por Justiniano, eran también derecho interno. En ausencia de conflictos de leyes provenientes de soberanías diversas, la máxima no pudo haber nacido en el Derecho Romano.

Fundamento de la regla. — Examen de las diversas opiniones.

Ya los estatutarios del siglo XVII buscaron hallar el fundamento del principio que debe preeminencia a la *lex loci actus* sobre las otras, en materia de formas de los actos. En efecto, pocos postulados de nuestra ciencia han logrado difundirse tan de prisa e imponerse tan sólidamente; y si bien la necesidad y la utilidad son las más poderosas razones de su adopción, ellas solas no la justifican. Si quisiéramos sintetizar las

teorías que han buscado explicar su adopción, cronológicamente debiéramos comenzar por la de la:

1° — Sumisión forzada o voluntaria y momentánea del extranjero a la ley de celebración (Pablo Voet, Huber, Story, Merlin, Maad). "El fundamento es —dice Story— que toda persona que contrata en un país, se entiende que se somete a la ley del lugar, y presta en silencio su asentimiento a su acción sobre el contrato. Acaso sería más correcto decir que la ley del lugar del contrato, obra sobre él independientemente de la voluntad de las partes, en virtud de la soberanía general que posee cada nación para reglar a todas las personas, propiedades y transacciones dentro de su territorio. Y al admitir que la ley de un país extranjero rija con respecto a los contratos hechos en él, toda nación reconoce maramente, por un principio de cortesía, que existe en otras naciones el mismo derecho que pide y ejercita para sí".

El criterio de Story, evidencia su concepto y de los autores contemporáneos suyos, del fundamento de nuestra ciencia. El imperio de la máxima no es fruto de una simple cortesía internacional; la sumisión del extranjero a las formas locales explica la validez del acto dentro de los límites territoriales, pero no su propiedad de valer en todas partes.

2° — Merlin, vinculado a la teoría anterior, cree, además que la organización de las formas en cada Estado depende de la opinión que el legislador ha tenido de sus súbditos, de modo que las leyes relativas a la forma probante de los actos, están fundadas en razones locales y particulares a cada territorio. Y si los actos reciben el ser en el lugar en que son celebrados, es la ley de ese lugar la que debe afectarlos, modificarlos y reglamentar su forma.

Este razonamiento, antecedente en cierto modo de los que asignan carácter de orden público a las leyes sobre la forma, olvida una de las ventajas de la máxima: su accesibilidad a los extranjeros, que no quedaría justificada si sólo razones de moral local fundamentaran su adopción.

3° — Bar dice que es una regla de utilidad, basada en el consentimiento unánime y tradicional de las naciones; sin pensar que si ese acuerdo secular —como afirma Rolin— no respondiera a una necesidad, si no fuera conforme a la razón, no tendría el poder de crear un derecho.

4° — Fillet, desarrollando su sistema de la finalidad social de las leyes, piensa, apoyándose en Savigny y el autor anteriormente citado, que la regla *Locus regit actum* no es deducida de ninguna teoría científica, sino que es una excepción sugerida por la práctica, adoptada por

el derecho positivo y recomendada sin cesar por grandes razones de utilidad y comodidad”.

5° — Ella se justifica, para Weiss, por una razón teórica y otra de utilidad práctica. Desde luego, le parece racional declarar válido todo acto en el cual se han satisfecho las condiciones de forma de la ley local, pues ellas tienen por fin proteger a las partes contra todo fraude o presión; y variando necesariamente con la situación moral del país y el carácter de sus habitantes pertenece a la ley territorial, ante todo, apreciar las garantías de que el acto debe ser redado para que pueda presumirse su sinceridad. Cuando las formas que ella exige han sido observadas, la veracidad del mismo es probable, sino evidentemente, y explica su validez extraterritorial.

Por otra parte —agrega—, la regla *Locus regit actum* es de una utilidad, o más bien dicho, de una necesidad práctica incontestable, tanto para los actos auténticos como para los solemnes y los privados.

6° Buzzati considera las leyes sobre la forma de orden público. A su juicio, existe una íntima relación entre ellas y el desenvolvimiento moral, religioso, económico y político de cada pueblo o sea con su grado de civilización. Esta teoría conduce a la obligatoriedad de la máxima, hoy rechazada por numerosos autores; además, sus fines simplemente protectores de los intereses de las partes en el extranjero no justifican la asignación de ese carácter tan exclusivo, ni aun a las formas solemnes o auténticas.

7° — En concepto de Calandrelli, ninguno de esos fundamentos da suficiente razón del dominio y alcance de la regla *Locus regit actum*. “Hay en su fondo —dice—, ideas de necesidad, costumbre internacional, consentimiento general y soberanía territorial, que concurren a formar el complejo y sólido fundamento en que se apoya, pudiendo concluirse que, inspirada e impuesta por la necesidad y considerada por las naciones como una derivación de la soberanía territorial, ha logrado, por virtud de la comunidad de Derecho que a aquéllos vincula, la concesión recíproca de su aplicación en los diversos países”.

Carácter facultativo o imperativo. — La doctrina y la jurisprudencia antiguas y modernas. — Trabajo de la Conferencia de La Haya. — La regla y la intención fraudulenta de las partes.

“Cuando una persona realiza un acto jurídico fuera de su país o del lugar de su domicilio, ¿deberá someterse forzosamente a las formas

impuesta por la ley local o podrá, si lo prefiere o le es posible, usar las admitidas por su ley personal?

La respuesta depende del fundamento asignado a la máxima. Será ésta imperativa, y, por consiguiente, absolutamente obligatoria, para aquellos que la explican por una sumisión forzosa y temporaria del extranjero a la soberanía del Estado donde celebra sus actos, o para los que creen que las leyes sobre la forma representan en cada país un orden necesario cuyo respeto se impone a todos sus habitantes, sin distinción de nacionalidades. Participan de esa opinión los autores antiguos por unanimidad y de los más modernos Merlin, Story, Demolombe, Laurent, Vauille-Sommières y Buzatti, entre otros.

Considerando las razones de necesidad de utilidad y de protección que la justifican, un grupo considerable de doctrina contemporánea se inclina a limitar su vigencia a una simple facultad. Si constituye una derogación impuesta por el derecho positivo al principio tradicional de la personalidad de la ley, en beneficio del hombre que abandona su país, es natural otorgarle a éste un derecho de opción, pues los favores no se imponen.

La jurisprudencia también ha evolucionado con el tiempo y el concepto de nuestra ciencia, hacia el carácter facultativo de la máxima; si bien más lentamente que la doctrina.

En un principio, la libertad concedida a las partes en materia de formas, se limitaba a una elección entre la ley local y la personal. Algunos tratadistas, comenzando por Lalor, han insinuado la conveniencia de ampliar liberalmente ese poder de opción relativo a las leyes aplicables a la forma de los actos instrumentarios, realizados en el extranjero. Con excepción de los auténticos, sometidos necesariamente, por la intervención del oficial público, a la *lex loci actus*, propician reconocer la validez del acto privado en el cual se hayan observado, indistintamente, las prescripciones formales de la ley del tribunal llamado a entender, de la situación del bien, objeto del mismo, de la personal, sea de la nacionalidad o del domicilio o de la del lugar de celebración, pues todas tienen, por títulos diversos, condiciones para ello.

El *Proyecto de la Conferencia de La Haya*, de 1893, admite el carácter facultativo de la regla *Locus regit actum* sólo para los actos privados, y limita la opción a la ley nacional. Dice: "La forma de los actos se rige por la ley del lugar donde son hechos o celebrados. Sin embargo, los actos privados pueden serlo en las formas admitidas por las leyes nacionales idénticas de todas las partes".

En el mismo sentido el proyecto de revisión del Código Civil Belga (artículo 9°).

Cuando una persona abandona su país y se dirige al extranjero a celebrar un acto jurídico, únicamente con el fin de substraerse a las restricciones o exigencias de índole formal del primero, ciertos autores y legislaciones le refusan el beneficio de la máxima por aplicación del adagio: *Forma omnia servat*.

Otros creen que, en ausencia de un texto expreso de la ley personal declarándole nulo, el acto es válido; pues su autor no ha hecho sino ejercer la facultad legal conferida por la regla *Locus regit actum*. Con su adopción se persigue, precisamente, como dice Weiss, prevenir y resolver los conflictos relativos a la forma de los actos. "Sería substituir una dificultad por otra —agrega—, obligar a los tribunales que previenen, a escrutar las intenciones más secretas de las partes, para apreciar si ellas han ido a celebrar el acto en país extranjero, sólo en fraude de la ley nacional; y por otra parte, desde el momento que ésta no los declara incapaces de realizarlos allí, les permite, por eso mismo, recurrir a sus formas locales".

No estando la máxima justificada por la necesidad, en estos casos de evasión a las prescripciones formales de la ley nacional, Despagnet cree que sería más justo que decretar siempre la nulidad del acto celebrado de ese modo, aplicar las sanciones de esta última, como si el acto, en lugar de haberse realizado en el extranjero, se hubiere realizado en el país: si la inobservancia de las formas es castigada con nulidad, el acto será nulo; si sólo se trata de requisitos fiscales, se pagará la multa correspondiente y el acto conservará su validez.

Facultades diplomáticas y consulares respecto de la celebración de los actos. — Actos civiles en general y actos relativos al estado y capacidad civil de los nacionales. — Sistemas. — Impuesto de sello o timbre.

En la mayor parte de los países, las actas concernientes al estado civil de los extranjeros, es decir, los nacimientos, los matrimonios y las defunciones, lo mismo que los demás actos jurídicos, pueden ser válidamente redactados por las autoridades nacionales, en las formas locales; e bien, por los agentes diplomáticos y consulares de los países a los cuales pertenecen esas personas, siempre que las leyes de los mismos les atribuyan competencia para ello, y las de los países donde ejercen su representación, la reconozcan.

Están investidos de esa función con respecto a sus nacionales, los agentes diplomáticos y consulares de Francia (C. Civ., artículo 48);

Bélgica (C. Civ., artículo 48); Inglaterra; Alemania; España (C. Civ., artículos 100 y 325); Italia (C. Civ., artículo 368); Grecia, Hungría, Holanda, Suiza (C. Civ., artículo 41); Brasil y Uruguay. En los países donde esa facultad no está consagrada en los códigos, leyes especiales o decretos, la han reglamentado. Generalmente ella comprende no sólo la de anotar en los registros los nacimientos, matrimonios o defunciones de conacionales, sino, también, la de celebrar los segundos y recibir testamentos o cualquier otro acto jurídico. En una palabra, desempeñan funciones notariales y de oficiales de estado civil con respecto a los súbditos del Estado que representan.

Nuestra ley de "Organización del cuerpo consular", de 1905, se ocupa de esta materia, en los artículos 14 y 15.

Artículo 14: "Los funcionarios consulares registrarán los nacimientos, matrimonios, defunciones y reconocimientos de hijos naturales, cuando sean solicitados al efecto para su inscripción en los registros de la República, de acuerdo con las leyes de ésta".

Artículo 15: "Los funcionarios consulares, podrán autorizar todos los actos que según las leyes de la Nación y de las provincias pueden autorizar los escribanos públicos y de marina. Los actos por ellos celebrados tendrán valor jurídico ante los tribunales de la Nación y de las provincias".

El decreto reglamentario de la misma ley, determina la forma cómo se llevarán los registros y las anotaciones que deberán hacerse en ellos.

Artículo 102: "Los funcionarios consulares llevarán un registro de nacimientos de hijos de padres argentinos; de matrimonios en que ambos cónyuges o uno solo sea de nacionalidad argentina y de las defunciones de argentinos y extranjeros domiciliados en territorios de la Nación".

Artículo 103: "La inscripción, en los registros, de nacimientos, matrimonios y defunciones, se hará transcribiendo las partidas respectivas y agregando aquellas circunstancias de que no se hiciese mención en éstas y que fuesen exigidas por las leyes de la República. Para la inscripción del matrimonio, es indispensable que se haya efectuado de acuerdo a las leyes locales".

La jurisdicción y competencia de los agentes nacionales son menos amplias que las de los representantes de los Estados anteriormente mencionados, especialmente en los países orientales. Como oficiales de estado civil, deben limitarse a transcribir en los registros especiales, las actas de los nacimientos, defunciones, etc., en que intervengan argentinas o personas domiciliadas en la República, pues no tienen facultades para

laorarias por sí mismos, ni para celebrar matrimonios, los cuales deben efectuarse conforme a las leyes locales. Tratándose de actos jurídicos, ajenos al estado civil, y destinados a producir sus efectos en la República, sus poderes son análogos a los de los notarios.

No insistimos más sobre estos puntos, pues ellos ya han sido tratados al ocuparnos de las actas del estado civil y de la celebración del matrimonio.

Algunos autores fundamentan la competencia de los agentes diplomáticos y consulares, mediante la ficción de la extraterritorialidad diplomática, pero el sistema es casi universalmente rechazado. Creado con miras de protección a los representantes de las naciones extranjeras, el privilegio de la extraterritorialidad, ya muy discutible en esta aplicación, no debe exceder los límites de su propio fin. Es más simple explicar aquella, por los principios que justifican a la regla *Locus regit actum*. Consideraciones de necesidad práctica y de justicia, hacen admitir la validez de los actos celebrados en el extranjero en las formas locales; de modo que, cuando esas razones desaparecen, es natural que las partes vuelvan a observar las prescripciones de su ley personal.

El modo más seguro y más cómodo de permitirles ese uso facultativo de la máxima, es brindarles el concurso de oficiales públicos del país a que pertenecen o donde están domiciliadas, y ante los cuales podrán realizar todos sus actos, especialmente los auténticos, en las formas exigidas por su ley personal.

Impuesto de sello o timbre. — Ha suscitado en doctrina el problema de saber si la validez de un acto jurídico se encuentra supe-ditada al cumplimiento de los requisitos de sello o timbre, impuestos en ciertas legislaciones, con alcances diferentes. En la nuestra, la falta del sello correspondiente es penada con multa y suspensión de los efectos del acto, hasta su pago. La jurisprudencia inglesa, en cambio, considerándolo una solemnidad, es decir, una condición formal, declara nulo el acto en el cual no se han satisfecho las exigencias de sellado y pretende darle valor extraterritorial a esa sanción.

Gran parte de la doctrina continental europea entiende, a juicio de Vico, con exactitud, que la calificación jurídica que corresponde a la exigencia de timbre lo coloca fuera del derecho privado. El sello es una forma del impuesto y éste pertenece al derecho público. Tratándose de un requisito puramente fiscal, no pueden las leyes considerarlo así requisito de forma y castigar su infracción con la nulidad del acto.

Estamos en presencia de un caso de aplicación de la teoría de las calificaciones. El derecho de timbre ¿es una solemnidad? o es un requisito de orden fiscal? Contestando la pregunta fuera del Derecho Inter-

nacional Privado y de acuerdo con los principios jurídicos puros, aquel mismo autor cree que, aun cuando la jurisprudencia inglesa le asigne el carácter de elemento formal, el timbre es sólo un aspecto del régimen impositivo de cada país. En ese sentido, cualquiera que sea la sanción con que las legislaciones castiguen la falta de sello, ella no debe tener reconocimiento extraterritorial, si produce la nulidad del acto. Aparte de que el derecho de timbre, por su naturaleza, no afecta la validez del mismo, aunque la ley del lugar de celebración así lo disponga, sería constituir a un país en cobrador fiscal de otro.

Limitaciones a la aplicación de la regla.

Hayen para Despagnet, de dos órdenes de principios: una se ocupan por la aplicación de los preceptos del Derecho Internacional Público, y las otras son la consecuencia lógica de las ideas sobre las cuales reposa la máxima.

Pertenece al primer grupo de excepciones; 1º) Las facultades de oficiales de estado civil concedidas a ciertos funcionarios militares de los ejércitos en campaña, en virtud de haberse asimilado la situación de éstos, cuando entran en país extranjero, a una extraterritorialidad. En un principio se sostuvo que la competencia de esos funcionarios militares era exclusiva; ahora se tiende a dar preferencia a la regla *Locus regit actus*, limitando su actuación a los casos en que sea imposible recurrir a las autoridades locales. Por aplicación de una frase de Napoleón: "Donde está la bandera, está Francia", en este país se daba la primera interpretación al artículo 93 del Código, que autoriza a funcionarios militares, designados al efecto, para labrar las actas del estado civil relativas a los soldados y demás personas en campaña. En leyes posteriores, especialmente la del 11 de Diciembre de 1924, al decir que aquellas podrán ser redactadas por esas personas, se da prioridad a las leyes del lugar de celebración, se halle el ejército en el territorio de la nación o fuera de él.

2º) De la ficción de extraterritorialidad, reconocida a los embajadores y ministros diplomáticos en el país donde desempeñan su misión, se deduce que estas personas pueden realizar los actos jurídicos que les conciernen, en las formas prescritas por su ley nacional. Generalmente, esta evasión a la competencia de la máxima, es facultativa.

Entre las excepciones a su imperio, motivadas por otras razones, podrían recordarse:

1º) Las facultades diplomáticas y consulares relativas a la celebración de los actos del estado civil, ya estudiadas.

2º) Algunos países, por atribuirles carácter de orden público a los actos que interesan la organización de la propiedad y el crédito de los terceros excluyen la aplicación de la regla de las formalidades concernientes a los mismos e imponen la observancia de sus propias disposiciones. Así, la ley hipotecaria belga de 1851, exige la forma auténtica para las hipotecas constituidas en el extranjero sobre inmuebles situados en Bélgica, aun cuando la *lex loci actus* autorizara la forma privada. En Inglaterra y Estados Unidos, por disposición del *Statute of frauds*, todos los actos relativos a inmuebles situados en esos países o en otros, deben ser constatados por escrito auténtico, bajo pena de nulidad, y cualquiera sea la exigencia del lugar de celebración.

3º) A veces los legisladores imponen a sus nacionales la obligación de celebrar ciertos actos jurídicos en formas determinadas, si quieren asegurarse validez en el país al cual pertenecen. Podrían citarse: el artículo 992 del Código Civil neerlandés, que prohíbe a los holandeses testar en el extranjero si no es en forma auténtica, y el artículo 999 del Código Napoleón, que prohíbe a los franceses testar fuera de su país en la forma otorgada extranjera.

4º) Otras veces, la exclusión de la regla *Locus regit actum* es general y terminante con respecto a ciertos actos, como sucede en el Código Civil chileno, cuyo artículo 18, del título preliminar, dice: "En los casos en que las leyes chilenas exijeren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas". En el mismo sentido los códigos civiles uruguayo (artículo 6º), colombiano (artículo 22) y salvadoreño (artículo 18).

Legislación argentina. — Tratado de Montevideo.

En nuestro derecho, la regla *Locus regit actum* se halla consagrada en los artículos 12 y 950 del Código. El primero, hace regir las formas y solemnidades de los contratos e instrumentos públicos por las leyes del país donde se hubieren otorgado; el segundo, mucho más amplio por referirse a los actos jurídicos en general, dice que la validez o nulidad de los mismos, será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren. Vuelve a aplicarse la regla en los artículos 82 y 83, relativos a las actas probatorias del nacimiento de las personas; en el

artículo 2º de la Ley de Matrimonio Civil (artículo 159 del Código), que adopta con respecto a la forma de dicho acto la ley del lugar de celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen (*actos in fraudem legis*); en los artículos 1180 y 1181, concernientes a la forma de los contratos entre presentes y ausentes, respectivamente; en los artículos 3635 y 3638 que atañen a la forma de los testamentos otorgados en el extranjero, etc., etc.

Dentro de las disposiciones del Código ¿la regla *Locus regit actum* se aplica también a las formas solemnes?

Dada la definición de forma del artículo 973 (es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico) y la amplitud y claridad de los términos usados en los artículos 12 y 950, Calandrelli cree indudable que sí.

A fin de probar su criterio supone el caso de una donación remuneratoria hecha en forma privada en un país extranjero que no exige para su validez, como el nuestro (artículo 1810), la forma auténtica. Dicha donación puede ejecutarse accidentalmente en la República, por haber mudado, por ejemplo, su domicilio a ésta las partes contratantes, o puede resultar así de una estipulación expresa de las mismas. Ambos casos están contemplados en los artículos 1205 y 1209, respectivamente.

El primer supuesto no ofrece dificultades. En virtud de los artículos 1205 (Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados), 12 y 950, la donación sería válida, y el documento privado en que constara, una vez autenticado, constituiría prueba suficiente en nuestro país.

El segundo, es decir, cuando la donación por convenio expreso de las partes debe ejecutarse en la República, es de solución más difícil, pues, aparentemente entran en juego principios contradictorios. Los artículos 1810 y 1812 exigen para ese contrato escritura pública; el 976 dice que en los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba y el acto será nulo; y el 1209 determina que los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros. Entonces, si según estos artículos, el instrumento público es de rigor, la donación de nuestro caso, ¿será

nula? Calandrelli piensa que no; y dice que sin apelar a los artículos 1183, 1187 y 1188 —aplicables, a su juicio, a las donaciones, a pesar de la opinión contraria de la jurisprudencia— ella sería válida, de la misma manera que en el caso anterior, porque así como el artículo 1205 consagra implícitamente para el régimen de la forma el imperio de la máxima *Locus regit actum*, el artículo 1209 excluye la forma de la aplicación de la ley nacional no sólo a mérito del texto mismo de la disposición, sino en virtud de los artículos 12, 950, 973 y 1182. Frente a éstos, el alcance de los artículos 974 y 977 no puede ser sino de orden local; muy diferente, por cierto, del del artículo 18 del Código Civil chileno, por ejemplo, cuya extensión es claramente internacional. Si en virtud de esas disposiciones pudieran anularse en nuestro país los contratos celebrados en forma privada en el extranjero, y para los cuales el Código exige formas auténticas o solemnes, no sería exacto que en éste, las formas y solemnidades de los actos y contratos se rigen por las leyes y usos del lugar de celebración.

Cardeter de la regla Locus regit actum en el Código. Nuestros tratadistas disentían. Zeballos y Vico, la cree obligatoria; Calandrelli, facultativa.

Según este último, es suficiente observar las exigencias de la ley del lugar para que el acto sea considerado válido en nuestro país; de modo que "si en el acto solemne, en el acto auténtico o en el acto bajo firma privada (artículos 1020, 1021 y 1023), los contratantes hubieran adoptado una forma que, sin hallarse de acuerdo con las exigencias de la ley local, satisficiera, sin embargo, las preceptuadas por nuestro Código; si en el primer caso las partes hubieran convenido una donación ante escribano público, en lugar de hacerla en escritura privada; si en el segundo hubieran ocurrido ante el mismo escribano, en lugar de procurar la fe pública de un magistrado; si en el tercero hubieran hecho tantos originales como partes hubiese con interés distinto en el contrato en vez de redactar un solo original", "nuestros jueces no podrían desamparar tales contratos porque, en presencia de aquella validez alternativa según las leyes extranjera y argentina, ellos deberían aplicar el inciso 4º del artículo 14, según el cual, las leyes extranjeras no pueden aplicarse cuando las de este Código, en colisión con ellas, sean más favorables a la validez del acto".

En cambio para Vico, ese inciso del artículo 14, del cual surgiría el aspecto facultativo de la máxima en el Código, es de excepción y reviste carácter general. De excepción, porque consagrando el artículo 13 la aplicación de las leyes extranjeras en el país, en el 14 se han precisado los límites de esa aplicación, y el inciso 4º del mismo, así com-

prendido, no es sino una derogación a la extraterritorialidad de aquéllas. En general, porque ella no sólo se refiere a las formas y solemnidades de los actos jurídicos sino a la capacidad o incapacidad de las personas, cuando trae como consecuencia la nulidad de los actos, y a la ley que rige la sustancia de los mismos, con relación a su validez o nulidad.

"No podría decirse —a juicio del mismo autor— que el artículo 14, inc. 4º, da el derecho o la facultad de elegir entre la ley del lugar del acto y la ley argentina, porque sólo permite por excepción la aplicación de esta última, cuando la ley del lugar del acto declara nulo el celebrado en forma que ella no autoriza. Y si no se declarase nulo, la forma del acto, aunque fuese la de la ley argentina, estaría regida por la ley del lugar de la celebración (artículo 12) y no por esta última".

Derogaciones. Una de ellas sería la del artículo 1211 en cuya virtud, los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. La disposición es reproducida por el artículo 3129, según el cual, puede constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211.

La Suprema Corte (en un fallo del 10 de Septiembre de 1881), inspirándose en la nota al Art. 1211, donde el codificador no deja lugar a dudas sobre lo que entendió exigir al imponer instrumento público, para las transacciones celebradas en el exterior sobre bienes raíces situados en el país, ha reducido a su verdadero alcance el contenido de dicho artículo, al afirmar: "La validez de los actos otorgados en país extranjero no puede ser impugnada por falta de las formas o solemnidades exigidas por nuestras leyes pues son sólo las de aquel país las que rigen las mencionadas formas de los contratos e instrumentos públicos (artículo 12)".

En cambio, la derogación impuesta a la regla por el artículo 3636 es evidente. Dice: "El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescritas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenece, o según las que este Código designa como formas locales". Acepta, en cuanto a las formas del testamento otorgado fuera del país, la competencia de tres leyes: la del lugar de celebración, la personal de la nacionalidad y la nuestra, o sea la territorial. Es quizá la única vez que el Código, apartándose del

principio del domicilio, somete un acto jurídico a la ley nacional de la parte interesada en su validez. En este sentido, el artículo es no sólo una excepción a la máxima *Locus regit actum* sino también al régimen argentino en materia de leyes personales.

El Tratado de Montevideo consagra en materia de formas la ley del lugar de ejecución; si bien, para los actos auténticos, "forzosamente", admite la del lugar de celebración.

Artículo 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".

Artículo 39: "La forma de los instrumentos públicos se rige por la ley del lugar en que se otorgan.

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

La doctrina aceptada por el Tratado de Montevideo, después de una laboriosa disertación de Quintana evidenciando las dificultades que suscita la aplicación de la regla *Locus regit actum*, es equivocada. Muchísimos más inconvenientes de orden práctico y aun científico, provoca la ley adoptada, cuya determinación se hace a veces imposible.

En el Tratado de Derecho Internacional de 1940, el artículo correspondiente quedó redactado en la siguiente forma:

"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".

LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS ORGANIZACION Y PROCEDIMIENTO

Por JOSE MARIA RUDA
(*Profesor Asociado de Derecho Internacional Público*)

De los Organos principales de las Naciones Unidas establecidos en el artículo 7º de la Carta, la Asamblea General ha asumido el papel más importante en la vida de las Naciones Unidas, en virtud del desarrollo de la amplia facultad otorgada por el artículo 10, de discutir y hacer recomendaciones sobre "cualquier asunto o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los Organos creados por esta Carta". En este trabajo analizaremos, exclusivamente, cómo se organiza dicha Asamblea, el procedimiento para adoptar sus resoluciones y el valor jurídico de las mismas.

La Asamblea General es el órgano más democrático de la Organización, pues en ella están representados, todos los miembros de las Naciones Unidas, tal como se establece en el inciso 1 del artículo 9º de la Carta.

La segunda parte del mismo artículo 9º señala que "ningún Miembro podrá tener más de cinco Representantes en la Asamblea General". Esta representación plural, tiene por razón que la Asamblea General divide su trabajo en varias Comisiones, que se reúnen simultáneamente y sería imposible con un solo representante, estar presente en todas las Comisiones al mismo tiempo.

Los Estados pueden enviar de acuerdo al reglamento cinco representantes titulares y cinco suplentes. A los efectos de que Estados económicamente débiles puedan estar representados en las mismas condiciones que los más poderosos, las Naciones Unidas paga el viaje de los cinco representantes titulares, colocando así en pie de igualdad a todos los Estados en su representación.

La Asamblea es dirigida por un Presidente que dura doce meses, electo en votación secreta el primer día de reunión. Sus funciones, establecidas en el Reglamento de la Asamblea, consisten en abrir, dirigir

el debate, aplicar el Reglamento, conceder la palabra, someter los asuntos a votación y proclamar la decisión a que se haya llegado.

Las distintas zonas geográfico-políticas existentes en el mundo actual se suceden en la ocupación de la Presidencia de la Asamblea. El orden que se sigue, generalmente, es el siguiente: a un Presidente latinoamericano le sigue un asiático, luego un europeo occidental y después un africano. Hasta ahora, no ha existido nunca un Presidente de la Asamblea que represente a un país comunista, por la oposición sistemática y exitosa de las potencias occidentales a esta aspiración.

El Presidente es asistido en sus funciones por un Secretario de la Asamblea General, que se sienta a su izquierda y que es un funcionario internacional permanente. A la derecha del Presidente, tiene su lugar el Secretario General de las Naciones Unidas.

El Presidente es asistido en la dirección de la Asamblea por una Mesa, es decir, un pequeño comité que presenta recomendaciones a la Asamblea Plenaria, sobre cuestiones relativas al funcionamiento de la misma. Dicha Mesa está integrada por 13 Vicepresidentes y los Presidentes de las 7 Comisiones de la Asamblea; los 13 Vicepresidentes, de acuerdo a la Resolución 1192 (XIII), se distribuyen en la siguiente forma:

- a) 4 Cargos para Asia y África;
- b) 1 Cargo para Europa Oriental;
- c) 2 Cargos para América Latina;
- d) 2 Cargos para Europa Occidental y otros Estados;
- e) 5 Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad.

La región a que pertenezca el Presidente elegido tendrá un Vicepresidente menos. Uno de los Vicepresidentes de los apartados a) o d) o el Presidente de la Asamblea General o uno de los Presidentes de las Comisiones principales, pertenecerá a un país de la llamada Comunidad Británica de Naciones.

La Mesa tiene por función principal hacer recomendaciones con referencia a los temas propuestos en el Programa Provisional de la Asamblea y respecto de su inclusión en el Programa definitivo, denegación del pedido de inclusión, o inclusión en el Programa del próximo año. Esta función lleva consigo a menudo implícitas decisiones sobre temas políticos importantes; por ejemplo, constituir el tema en discusión, no es lo mismo que un tema se llame "Agresión del estado A contra el estado B", que "Cuestión entre el estado A y el estado B". Además, en la Mesa se discute, el problema de las prioridades en Plenario, que puede ser indicio de la importancia política del asunto.

La Mesa fija la fecha de clausura del periodo de Sesiones, ayuda al Presidente en la coordinación de los trabajos de las Comisiones y en la dirección general de las tareas que le competen.

La Asamblea General designa, además, un Comité de Verificación de Poderes, compuesto de 9 miembros que examina y presenta informes a la Asamblea Plenaria sobre la validez de las credenciales de los delegados enviados por los gobiernos. Este problema de los poderes ha asumido particular importancia en relación con las credenciales de los representantes de China y Hungría, en razón de las situaciones políticas conocidas existentes en ambos países.

La Asamblea organiza su trabajo por medio de un "Programa", esto es, una colección de temas sobre los cuales va a discutir durante el periodo de sesiones en cuestión. Dos meses antes de la apertura de la Asamblea el Secretario General circula un programa provisional para ser considerado por los gobiernos. Dicho programa provisional contiene una serie de temas que, de acuerdo al reglamento de la Asamblea, deben ser incluidos en el Programa de cada año. Estos temas son: la Memoria del Secretario General, los Informes del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social, del Consejo de Administración Fiduciaria, de la Corte Internacional de Justicia y de los Organismos subsidiarios y especializados, los temas ordenados por la Asamblea anterior, los propuestos por otros órganos, los propuestos, hasta ese momento, por los Miembros, el Presupuesto e Informe de Cuentas, los temas que el Secretario General estime necesario someter, los propuestos por Estados no miembros de acuerdo a la facultad que les confiere el artículo 35, inciso 2 de la Carta, y el llamado "Debate General". El número de temas ha ido creciendo con los años, a medida que aumenta el número de miembros y la interdependencia de los Estados se incrementa. Actualmente el número alcanza a alrededor de 100 temas anualmente.

Desearnos destacar la importancia de la Memoria Anual del Secretario General, especialmente de la Introducción a la misma. En ella el Secretario General efectúa un balance de las condiciones políticas del mundo y señala las pautas que a su entender se deben seguir en cuanto a las grandes líneas de las relaciones internacionales. Las introducciones a las Memorias de Dag Hammarskjöld, son sumamente interesantes por la agudeza en la apreciación de las situaciones existentes.

Debemos señalar que el "Debate General", que hemos mencionado más arriba, consiste en una serie de discursos pronunciados por los Jefes de las respectivas Delegaciones, en los que cada país expresa su opinión, en forma de consideraciones amplias, sobre la situación internacional existente; este Debate General da oportunidad a los países pequeños

de someter al foro internacional problemas que, de otra manera, serían muy difíciles de llevar a conocimiento de la opinión pública. El debate general termina sin ningún resultado concreto, es decir, sin la adopción de una resolución por parte de la Asamblea; solamente tiene un valor informativo.

Cada uno de los temas es recomendado para su adopción en el Programa por la Mesa, a la Sesión plenaria y ésta lo incorpora al temario definitivo.

La Asamblea divide su trabajo entre distintas Comisiones en las que están representados todos los Miembros, y en ellas tienen lugar normalmente los debates más importantes e interesantes. En realidad, salvo casos excepcionales, las sesiones plenarias solamente ratifican lo establecido por las Comisiones.

Las Comisiones de la Asamblea General son siete. Primitivamente se establecieron seis, a saber:

- a) Comisión Política y de Seguridad (incluida la reglamentación de armamentos) (Primera Comisión);
- b) Comisión de Asuntos Económicos y Financieros (Segunda Comisión);
- c) Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales (Tercera Comisión);
- d) Comisión de Administración Fiduciaria (incluidos los territorios no autónomos) (Cuarta Comisión);
- e) Comisión de Asuntos Administrativos y de Presupuesto (Quinta Comisión);
- f) Comisión Jurídica (Sexta Comisión).

Posteriormente, en razón de la gran cantidad de asuntos políticos que trata anualmente la Asamblea, se creó una Comisión Política Especial, para dividir el trabajo de la Primera Comisión.

En las Comisiones los temas son discutidos detalladamente. Pueden discutirse separadamente o agrupándose. Comienza la discusión con un debate general en que los Estados dan a conocer puntos de vista amplios sobre lo que se trata. Concluido el debate general, comienza el particular sobre los proyectos de resolución que han sido presentados. En tales debates existe gran libertad para el tratamiento de los temas y el tiempo que los representantes pueden utilizar en sus intervenciones, aunque la mayoría, de acuerdo con el Reglamento, pueden imponer limitaciones, en cuanto a la extensión de los discursos de los delegados y el número

de representantes que intervienen en el debate, pero esto sucede excepcionalmente.

El Presidente de la Comisión, que ha sido elegido al comienzo de las sesiones, dirige los debates y puede llamar al orden al orador en caso en que se aleje del tema en cuestión o que su lenguaje no sea apropiado, lo que también sucede excepcionalmente.

El Presidente no tiene derecho a voto, aunque el país a que él pertenece ocupa su banca igual que cualquier Miembro, interviniendo en el debate por medio de otro representante, si lo desea, y votando.

El Presidente de la Comisión es asistido por un Vicepresidente y un Relator que son delegados de Estados miembros. Además, se sientan en la Mesa de cada Comisión un Secretario de la misma y un Representante del Secretario General, que son funcionarios internacionales.

Los debates de las Sesiones Plenarias son publicados in extenso, en actas taquigráficas y los de las Comisiones en actas resumidas, con excepción de la Comisión Política.

A pesar de que los idiomas oficiales de la organización son el chino, el ruso, el español, el inglés y el francés, los idiomas de trabajo de la Asamblea son los tres últimos. Los delegados pueden hacer uso de la palabra en cualquiera de los idiomas oficiales, pero solamente hay obligación por parte de la Secretaría, de producir la documentación en los idiomas de trabajo.

De acuerdo al artículo 18 de la Carta cada Estado tiene un voto en la Asamblea General, tanto en las Comisiones como en Sesión Plenaria, donde se toma la decisión final.

El artículo 18, inciso 2 y 3 de la Carta establece lo siguiente:

"1. Cada Miembro de la Asamblea General tendrá un voto.

2. Las decisiones de la Asamblea General en cuestiones importantes se tomarán por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. Estas cuestiones comprenderán: las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la elección de los miembros del Consejo Económico y Social, la elección de los miembros del Consejo de Administración Fiduciaria de conformidad con el inciso c), párrafo 1, del Artículo 86, la admisión de nuevos Miembros a las Naciones Unidas, la suspensión de los derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de Miembros, las cuestiones relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y las cuestiones presupuestarias.

3. Las decisiones sobre otras cuestiones, incluso la determinación de categorías, adicionales de cuestiones que deban resolverse por mayoría de dos tercios, se tomarán por la mayoría de los miembros presentes y votantes".

En consecuencia, la Asamblea distingue, a los efectos de la votación, entre "cuestiones importantes", para las cuales se necesita dos tercios de los miembros presentes y votantes y "otras cuestiones", para las cuales basta la mayoría, es decir, la mitad más uno de los miembros presentes y votantes.

El artículo 18 ha establecido una enumeración de las "cuestiones importantes", que no presenta carácter exhaustivo, ya que el inciso 3 establece la posibilidad de que la Asamblea determine categorías adicionales de cuestiones que deban resolverse por la mayoría de dos tercios.

La excepción a la necesidad de las dos terceras partes de los miembros "presentes y votantes" está dada en los artículos 100 y 109 de la Carta, referente a las reformas a la misma, caso en que se solicita para la adopción de dicha reforma, en lo que a la Asamblea General se refiere, las dos terceras partes de sus Miembros, estén o no presentes; esta excepción, se explica en razón de que se está modificando un tratado de la importancia de la Carta de las Naciones Unidas.

Los representantes pueden votar en tres formas: por la afirmativa, por la negativa o en abstención. El voto en abstención no se cuenta para el cómputo de los miembros presentes y votantes. Es decir, para adoptar una resolución se suman los votos afirmativos, más los votos negativos y los primeros tienen que llegar, por lo menos, a dos tercios de la suma total de ambos, en los casos que sea ésta la mayoría requerida.

En los últimos tiempos, se ha establecido una nueva práctica en la Asamblea, por la cual los representantes presentes en sus bancas, manifiestan que no participan en la votación ("no voting"). Hasta ahora no se ha desarrollado una interpretación constante sobre este nuevo tipo de voto, no contemplado en el Reglamento, aunque existe la tendencia de computarlo como abstención.

En las Comisiones la decisión de recomendar a la Asamblea la adopción de una determinada resolución, se adopta por mayoría simple; así, pues, puede darse el caso de que una resolución sea adoptada por la Comisión y sea rechazada en el Plenario por no obtener dos tercios de voto. Esto ha sucedido en varias votaciones referentes al problema de Argelia y a la consideración de la política de "apartheid" en África del Sur.

Los Miembros de las Naciones Unidas que estén en mora en el pago de sus cuotas a la Organización durante dos años, pierden su derecho de voto. El artículo 19 de la Carta establece:

"El Miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gastos de la Organización, no tendrá voto en la Asamblea General cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos. La Asamblea General podrá, sin embargo, permitir que dicho Miembro vote si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho Miembro".

La pérdida del voto se produce automáticamente, sin necesidad de una resolución de la Asamblea quitando dicho derecho al Estado Miembro que está atrasado en el pago de sus cuotas. Hasta ahora, nunca se ha presentado esta circunstancia, aunque existe el grave problema de que, en virtud de la negativa de los países comunistas, Francia y otros, de pagar los gastos de la llamada "Operación Congo" y de la fuerza de emergencia en Suez y Gaza, dichas potencias, si persisten en su negativa, pueden perder el derecho de voto dentro de dos años.

La única circunstancia en la cual la Asamblea tiene facultad para impedir que un Miembro pierda la facultad del voto es cuando aprecia que la situación financiera deficitaria se debe a "circunstancias ajenas a su voluntad".

La Asamblea General se reúne anualmente en sesiones ordinarias que, de acuerdo al Reglamento, comienzan el tercer martes de septiembre y se prolongan, generalmente, hasta fines de diciembre. Dada la enorme cantidad de temas incluidos en su programa en los últimos años, la Asamblea ha continuado deliberando en los meses de enero y febrero sobre temas vinculados a los regímenes coloniales y de administración fiduciaria.

La Asamblea también puede reunirse en sesiones extraordinarias convocadas por el Secretario General, según el art. 20 de la Carta, "cada vez que las circunstancias lo exijan" a solicitud del Consejo de Seguridad o de la mayoría de los miembros de Naciones Unidas. Esta facultad de reunirse en sesiones extraordinarias ha facilitado en amplio grado la flexibilidad política de la Asamblea General, sobre todo en relación con la aplicación de la resolución "Naciones Unidas para la Paz", que ha establecido un mecanismo novedoso, en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

La Asamblea ha dictado su propio Reglamento, de acuerdo al artículo 21 de la Carta, que es objeto de constante renovación de acuerdo a las experiencias obtenidas con el propósito de facilitar el debate y al mismo tiempo encauzarlo dentro de límites que permitan no extender las sesiones en forma exagerada.

La Asamblea podrá además establecer los organismos subsidiarios necesarios para el desempeño de sus funciones, de conformidad al artículo 22 de la Carta. Esta facultad ha sido extensamente utilizada por la Asamblea General que ha creado algunos organismos subsidiarios que han realizado una labor muy significativa, como la Comisión de Derecho Internacional, el Comité Científico para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas, el Comité para el Estudio del Uso Pacífico del Espacio Ultraterrestre, la Comisión de Desarme, etc. La Asamblea ha empleado esta atribución del art. 22, dentro del mecanismo para la solución pacífica de las controversias internacionales, para establecer comités de investigación, que han tenido particular importancia política en los casos de Palestina, Corea y los Balcanes.

Estableció, además, en 1948, una Comisión Interina con la oposición del grupo soviético, que funcionaba durante el receso de la Asamblea, con ciertas facultades políticas, que fracasó en la práctica y ha caído en desuso.

La Asamblea se expresa por medio de resoluciones.

De acuerdo a los artículos 10 a 14 de la Carta la Asamblea puede dirigir sus recomendaciones a los Miembros de la U. N., a los No-Miembros, ya sea, en ambos casos, particular o colectivamente, al Secretario General, al Consejo de Seguridad, al Consejo de Administración Fiduciaria, al Consejo Económico y Social, a las Comisiones y Comités que crea, a los organismos especializados y aún lo ha hecho a individuos o grupos de individuos. También ha adoptado resoluciones declarativas como la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Toma además resoluciones que no tienen destinatario pero que cumplen con las funciones específicas establecidas en diversas partes de la Carta, como la elección de un Miembro, aprobación de un acuerdo, establecimiento de un órgano subsidiario, aprobación del presupuesto, etc.

La Asamblea no es un parlamento y sus resoluciones no son ley, no son obligatorias para los Estados Miembros, salvo en los casos que analizamos a continuación, son meras recomendaciones.

Hay ciertos casos, sin embargo, en que la Carta claramente especifica que se puede tomar una decisión. Estos son fundamentalmente circunstancias que hacen el orden interno de la Organización, a saber cuando:

- a) Establece órganos subsidiarios (art. 22);
- b) Aprueba acuerdos con los organismos especializados o sobre administración fiduciaria (art. 63 y 85);
- c) Elige ciertos miembros de los Consejos (art. 23, 61 y 86);
- d) Adopta sus reglas de procedimiento (art. 21);
- e) Fide o autoriza solicitar opiniones consultivas (art. 96);
- f) Inicia enmiendas a la Carta (art. 108);
- g) Admite nuevos Miembros (art. 4);
- h) Suspende a los Miembros (art. 5);
- i) Expulsa a los Miembros (art. 6);
- j) Nombea al Secretario General (art. 97);
- k) Establece las condiciones cómo un No-Miembro puede llegar a ser parte en el Estatuto de la Corte (art. 93);
- l) Elige jueces de la Corte Internacional (art. 8 del Estatuto de la Corte);
- m) Aprueba el presupuesto (art. 17) y fija las apropiaciones que cada uno de los Estados debe pagar.

De todos estos actos de la Asamblea General derivan efectos jurídicos. Si bien es posible que un Estado, por ejemplo, se pueda negar a formar parte de una Comisión, los otros, si se incorpora a ella (lo que siempre ocurre), deben reconocerle su "status" como parte de dicho organismo.

El caso más claro de obligación jurídica típica es el presupuesto, pues la falta de cumplimiento de la obligación de sufragar a los gastos de dicho presupuesto, aprobado por la Asamblea, lleva consigo aparejada en forma de sanción la pérdida de su derecho de voto en tal órgano. Es decir, aquí se crean obligaciones sancionables en caso de incumplimiento.

Otra categoría de resoluciones claramente obligatorias son aquellas destinadas a ciertos órganos de Naciones Unidas como el Consejo Económico y Social (art. 60 y 66), el Consejo de Administración Fiduciaria (art. 87), al Secretario General (art. 98 y 101). Por la naturaleza de sus funciones las resoluciones son meramente recomendatorias en los casos del Consejo de Seguridad y de la Corte.

Han existido también casos en que un acuerdo entre Estados prevé que la Resolución que adopte la Asamblea será obligatoria entre las partes. Así sucedió en cuanto al Tratado de Paz con Italia que estableció

que lo que la Asamblea resolviera sobre el destino de las colonias italianas sería obligatorio.

Repetimos que la regla general es que las resoluciones de la Asamblea no son obligatorias para los Estados, pero puede ocurrir que su no cumplimiento constituya, de por sí, una amenaza a la paz, intervenga el Consejo de Seguridad y ponga en movimiento el mecanismo previsto en el Capítulo VII de la Carta para el mantenimiento de la paz y seguridad por medio de la adopción de medidas colectivas eficaces.

PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL

(Art. 21 de la Ley 14.237)

Por CARLOS J. COLOMBO
(Profesor Adjunto de Derecho Procesal)

I. *Poderes de investigación del juez. Función y límites.* — Es tan indiscutible que el juez ha de tener el gobierno del proceso como que no es omnisciente ni ha de ser omnipotente; lo primero porque es él quien administra justicia, con lo que todo está dicho; lo otro, porque si la ley ha establecido formas y estructurado tipos de proceso sobre la base de que cada parte debe demostrar (probande) la verdad de lo que sostiene, ello se debe no sólo a que nada mejor que el contrapuesto interés para evidenciar la verdad sino, también, porque ese sistema es el que ofrece mayor adecuación a la garantía de seguridad jurídica. La polémica en torno a esta cuestión más de una vez ha sido magnificada y es de lamentar que en ella se hayan agotado esfuerzos que hubieran sido más provechosos si contralidos a la determinación del exacto equilibrio entre los dos extremos posibles, juez inerte o juez dictador, sin conformarse con concluir que lo preferible es un término medio, el llamado juez director del proceso. Lo que de veras es pertinente es concretar qué poderes debe tener para gobernar sin prevenciones y con rectitud. Tampoco satisface que se lo presente como director y al mismo tiempo, concretamente, se le niegue toda atribución o, a la inversa, se le conceda una excesiva ingerencia en aspectos que, aún con bien intencionado propósito, pueden comprometer su imparcialidad. Justo es recordar que el Código no configuró un Juez inerte, convidado de piedra: le concedió prudentes facultades, casi siempre ejercidas sabiamente.

II. *Relación entre el art. 57 del C. Pr. y el art. 21 de la Ley 14.237.* — El primero de los preceptos citados establece las tradicionales "medidas para mejor proveer" cuya función consiste en dotar al juez del poder necesario para que pueda disipar las dudas que suscitar la prueba producida, en el momento de sentenciar. Instrumento indispensable, en algunos países con alguna frecuencia fue dematuralizado con la finalidad

de interrumpir el plazo para dictar sentencia. Costare calificó a ese acto de "corruptela". (Curso sobre la ley de abreviación de los juicios, 162).

Por el art. 21 de la Ley 14.237, en cualquier estado de juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso. En el período inmediatamente subsiguiente a la puesta en vigencia de dicho precepto: 1) Algunas sentencias expresaron que, desde ese momento, los jueces estaban dotados de facultades "omnímodas y discrecionales", como "comandantes" del proceso. 2) En ese mismo período, no se advirtió que el poder de esclarecer los hechos está condicionado por otros principios que contiene el mismo artículo. Particularmente, se descuidó el que impone mantener la igualdad de los litigantes.

Tampoco se tuvo en cuenta —como con acierto hicieron después las sentencias— que el mentado artículo no es el único vigente; debe ser correlacionado con otras disposiciones que fijan la orientación de nuestro sistema. Demás está decir que por sobre cualquier ley procesal y por encima de cualquier ardimiento doctrinal, fundado o no, está la Constitución Nacional y dentro de ella la inviolabilidad de la defensa en juicio, claramente comprometida si se omite el contradictorio o se restituyen, en la práctica, los plazos procesales para una de las partes, sin posibilidad de debida audiencia de la otra. Además, la disyuntiva: o se hace retrogradar el procedimiento abriendo un nuevo plazo de prueba, con lo que el desorden que no quiere el art. 52 será total, o se viola la igualdad.

III. Coincidencias con el proyecto Chiavenda. — La sanción del art. 21 tuvo como resultado establecer en nuestra ley dos textos: uno, ese, casi idéntico al programado por ilustre procesalista con el N° 29 y otro, el 57 del C. Pr. sustancialmente coincidente con el art. 30 del mencionado proyecto italiano.

En el art. 21 de nuestra ley aparentemente se omitió una restricción que explícitamente contiene el art. 29 de Chiavenda, cuyo texto es: "El proceso es instruido bajo la autoridad y la dirección del juez. Este, dejando a salvo los límites expresamente establecidos por la presente ley, debe establecer cuanto es necesario para aclarar la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión conforme a justicia; debe mantener la igualdad de las partes y velar porque la instrucción de la causa

sea lo más rápida y económica posible". Fundamental la limitación chiovendiana: "dejando a salvo los límites expresamente establecidos por la presente ley".

Ahora bien, la indicada limitación, en nuestro sistema, resulta de las disposiciones de la ley y de la estructura de los procesos arraigada en normas constitucionales, aunque el art. 21 no lo establezca expresamente.

El pensamiento chiovendiano, reiterado en sus obras, quedó condensado en la Exposición de Motivos del Proyecto, donde luego de abogar por el refuerzo de los poderes del órgano jurisdiccional, expresó: "Ahora bien, el ejercicio de estos poderes no es posible más que en el proceso oral; puesto que solamente éste permite el contacto continuo e inmediato del juez con las partes y con sus representantes". "Con esto no se pretende abandonar, ni podrá nunca ser abandonado, el principio de que en las causas civiles el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por las partes". *Ensayos*, II, 265 y 292. Si Chioventa estaba equivocado y el aumento de poderes es también factible en un proceso en el que no exista inmediación o sea sólo tenue, es cuestión que exigiría larga digresión. Lo importante es que palidece la fuerza de la argumentación que se apoya en tan reconocida autoridad si al mismo tiempo la contradice.

La coincidencia antes apuntada se produce también entre los arts. 30 del proyecto de Chioventa y nuestro art. 57. Y así vemos que en lo que se refiere a la instrucción, lo que el juez italiano podría hacer, concretamente, es ordenar la comparencia personal de las partes para intentar la amigable composición o para interrogarlas, ordenar la producción e inspección de documentos, pericias e inspecciones oculares y proveer a la elección de peritos cuando éstos no sean propuestos de común acuerdo en las causas en que se admite la facultad de transigir.

IV. Diferencia real entre los modos de llegar a la verdad material. — El refuerzo de los poderes de la jurisdicción ha sido postulado como medio indispensable para que la sentencia consagre la verdad material u objetiva y no se conforme con la *formal* o *subjetiva* suministrada por las partes. En sí misma la idea es exacta, pero como el proceso civil no es un sumario policial, la verdadera cuestión consiste en determinar hasta qué punto puede ser puesta en ejecución, sobre todo en los juicios contenciosos en los que la relación substancial no tiene directas incidentias de orden público.

Por lo demás, el eventual ámbito de aplicación de la prueba de oficio, en la práctica, está circunscripto porque la necesidad de producirla de ese modo sólo se engendra cuando las partes dejan de cumplir

los deberes o cargas que el proceso les impone, por una actuación irregular que puede ser bilateral e ilícita, o unilateral e inadecuada. Lo primero cuando por obra de un concierto, se oculta o desfigura la verdad; ya se trate de proceso fraudulento o aparente, la hipótesis, más de una vez irrumperá en la zona penal, v. gr., art. 534. La solución justa, no siempre podría lograrse con sólo el ejercicio de facultades acordadas al juez civil que carece de los medios técnicos indispensables para descifrar enigmas probatorios de esa índole. Pero lo normal es que las partes lejos de ajustar la prueba a un común designio de coincidir en una verdad distinta de la real, agoten su esfuerzo por volcar su particular enfoque y contrprobarlo, con lo que la tarea del juez más que la de integrar prueba será la de seleccionar entre la producida con abundancia y valorarla con arreglo a las directivas que le traza la ley. Que la faena judicial se ve recargada más por la necesidad de contener desbordantes afanes probatorios que por la de complementarlos, está probado por el art. 108 y por la prohibición que establecía el art. 25 de la misma ley 14.237.

La irregularidad por defectuosa actuación de una sola parte, debida a falta de iniciativa o a inercia, tiene solución por aplicación de los principios que rigen la carga de la prueba, normas éstas que también resuelven el caso que se plantea cuando ninguna de las partes produce prueba suficiente o se celebrara el curioso acuerdo que autoriza el art. 107, existiendo hechos controvertidos.

Aún suponiendo una realidad distinta, que habitualmente o con frecuencia el juez experimentara la necesidad de indagar más allá de lo probado por las partes, lo que llama la atención es como en determinado momento pudo haber asumido una tan considerable magnitud el problema del aumento de los poderes del juzgador no obstante el hecho de que si se compara el art. 37 del C. Fr. con el 21 de la Ley 14.237, en lo que hace al contenido de la atribución, la casi exclusiva y, en todo caso, la más importante diferencia sería ésta: si el juez puede o no producir de oficio prueba testimonial no ofrecida oportunamente por los litigantes. En efecto, ya por obra del art. 37 y algunos otros concordantes (131, 210, 213, etc.) podía acumular los demás medios probatorios.

Siendo ello así, no existe controversia acerca de que el juez pueda investigar de oficio; la ley no lo ha erigido en simple distribuidor automática de la justicia; lo que corresponde es limitar aquella a su real entidad: si sólo puede adquirirse la declaración testimonial por iniciativa de parte, o si también puede serlo por iniciativa de la judicatura. Y se pueden elegir varios caminos; o no mencionar la prueba testimonial, como el proyecto de Chiovenda; o establecer como algunos códigos, que

el juez podrá oír al tercero, al que las partes o testigos hayan hecho referencia como conocedor de hechos o circunstancias que influyan en la decisión de la causa. Una posición extrema facultaría al juzgador a llamar a declarar a cualquiera, aún al no mencionado.

Un criterio puramente intuitivo conduciría a concluir que quienes han sido citados por los testigos debieran ser llamados; sin embargo, hay otros principios de orden técnico que imponen limitaciones: economía procesal y, principalmente, la carga de la prueba; la de urgir la prueba (art. 118); las normas de los arts. 111 y 181, que podrían ser eludidas elípticamente, ofreciendo indirectamente prueba después de vencido el plazo por medio de un testigo complaciente, o aumentar el número de testigos posibles, más allá de la cantidad permitida por la ley. Es decir, incide un elemento no suficientemente aclarado, la correlación entre el aumento de los poderes de investigación del Estado por vía del juez y los principios de lealtad y buena fe: ¿cuál ha de prevalecer, si se produce un conflicto entre alguno de esos principios?

Es sabido que los esquemas son, a menudo, superados por la realidad reflejada en los casos judiciales. Un nuevo ejemplo lo da, justamente, el presupuesto aparentemente inflexible de que no sería lícito ocultar un hecho en un juicio o no querer probarlo. Sin embargo, como el proceso no es un fin en sí mismo, hay situaciones en las que si se quisiera hacer prevalecer a todo trance la indagación de oficio, el proceso se pondría en contraposición con la finalidad que persigue la institución de derecho sustancial que en él se actúa, o con las modalidades que asume la controversia. Ilustra esta conclusión la especie resuelta por la C. Civ., F. 10-VIII-961; J. A. 962-I-301; juicio de divorcio: El Agente Fiscal solicitó se citara a declarar a "una persona que ha sido señalada por alguno de los testigos como figura protagónica de uno de los hechos más graves que se imputa a una de las partes". El juzgado no admitió el pedido porque: a) Desde el punto de vista técnico, la prueba peticionada se refería a una causal no invocada, adulterio. (Plenario, C. Civ., 28-XII-953; "No es posible decretar el divorcio en base a la prueba de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvenición ni invocados como hechos nuevos". La Ley, 74-521; J. A. 959-I-560, nota 1). b) "La exageración del concepto publicístico del proceso puede llevar al aniquilamiento del individuo y a la entrosización de normas que repugnan al ordenamiento jurídico vigente, debiendo, por eso, ser cautos los magistrados en cuanto se refiere a la ampliación indiscriminada de sus facultades". El Fiscal de Cámara sostuvo: "Considero contrario al interés público, que no es otro que el de la ley, que se propague la articulación de los hechos que

no han sido alegados por los protagonistas del pleito; menos justificado aún resulta que un representante del ministerio público sea quien pida medidas de prueba dirigidas, nitidamente, a favorecer el progreso de la acción o, en el mejor de los supuestos, a erigir un obstáculo, quizá insalvable, para el eventual rescencimiento de los esposos". Agregó: "La sociedad misma de cuya representación está investido el ministerio público, no reclama que a la luz del acáudado se diluciden cuestiones que el presunto afectado por los hechos ha preferido silenciar, seguramente en homenaje a muy respetables escrúpulos de discreción o para que quede a salvo el buen nombre de la actora como madre". (El tribunal de alzada declaró desistida la petición).

La misma Sala, 14-III-963; D. J. 5-IV-963, consignó otra norma de alcance similar: "Está en pugna con los fundamentos y el respeto a las buenas costumbres que informa la legislación nacional y en particular el derecho de familia que el testimonio de la persona a quien se atribuyen relaciones con uno de los cónyuges, pueda servir de prueba para acreditar causales de divorcio en contra del otro cónyuge".

Por tanto, ni el poder o facultad de comprobación de oficio, ni ningún otro tienen entidad abstracta; su contenido y su real ámbito de aplicación están subordinados a la índole de la contienda judicial que se ventila.

Ya intuí que el slogan "aumento de los poderes del juez" desubica el problema a que alude. La genuina cuestión consiste en establecer si es admisible que el Estado, al emitir la ley procesal puede incurrir en la contradicción de extraerle al justiciable facultades que, simultáneamente, por la ley de fondo reserva al señorío individual, máxime en un sistema como el nuestro en el que la ley procesal es local y la substancial, nacional.

En este aspecto, contraponer eventuales facultades del juzgador a la posición de las partes significa detenerse en la superficie sin penetrar en el núcleo. Son los poderes del Estado los que han de ser valorados, no los del juez, de la misma manera que no podría confundirse la situación del mandante con las del mandatario, por más que éste lo represente o ejecute su voluntad.

Esa indebida asimilación del titular del poder (el Estado) y de quien pone en ejecución la función que le es inherente (el Juez) convertiría a este asunto en un tema tabú, porque personalizándolo en la figura del juez, podría quedar flotando la impresión de que se recela de éste. Pero que la gratuita suspicacia no existe lo demuestra el hecho de que son nuestros jueces, ellos mismos, los que a menudo reiteran explícitamente una suerte de autolimitación, máxima manifestación de

prudencia y reconfortante factor de formación cívica, tanto porque la disminución de los desbordamientos de poder es garantía de afianzamiento de la seguridad jurídica como porque según ya lo pusiera de resalto Colmo, la administración de justicia "es el crédito moral de un país" (*La Justicia*, 102).

En esta materia que es, pues, exclusivamente institucional, no debe existir un enfoque unilateral, limitado al proceso civil: éste debe ser correlacionado con el penal. No parece admisible, en efecto, que el primero deba gobernarse por principios que ni siquiera rigen cuando se trata de comprobar delitos, en los que el substrato de orden público viene ya invariablemente conformado por la ley sustancial.

El art. 493 C. Proc. Penales, autoriza medidas para mejor proveer. La C. N., en lo Penal, en fallo de 22-IV-957; L. L. 89-260; 957-III-433, en un proceso por defraudación, estableció esta doctrina concretada en uno de los votos: "A mi juicio, en esta causa se ha subvertido el procedimiento. El juez con el muy loable propósito de esclarecer la verdad se ha substituido a la parte acusadora, realizando —fuera de la oportunidad legal debida que no aprovechó el acusador— toda una prueba de cargo que fue sugerida, precisamente, por la argumentación de la defensa, la cual redunda así en definitiva, en el absurdo de obtener un resultado contrario al interés defendido. Yo entiendo que la facultad conferida a los jueces de disponer medidas para mejor proveer, tiene el límite razonable de que estas medidas no importen o sustituyan a la prueba que debió rendirse en la oportuna estación del juicio. Si la parte acusada en vista de las probanzas producidas de oficio, para contradecirlas o enervarlas, propusiera —como correspondería a su derecho— nuevas medidas probatorias, el procedimiento retrocedería indudablemente, fuera de todo cauce legal, a la realización de un nuevo período de prueba que alteraría el orden y la disciplina rituaría que son imprescindibles para la conveniente administración de justicia". (Y se absolvió al imputado que en 1.ª Instancia había sido condenado sobre la base de la prueba producida por iniciativa del juez). V. 10-III-942. L. L. 26-72. C. N. Esp. 5-VII-957; L. L. 90-66.

V. *La carga de pedir y la función de juzgar*. — Es que hace ya muchos años, y con referencia al proceso penal, dijo Jofré: "En un buen sistema procesal las facultades del juez no deben estar confundidas con las del acusador". *Manual*, II, 76, 2), a.

Los más conspicuos cultores de la tendencia publicística se han expresado de modo concluyente. Con referencia al proceso civil, enseñó Carnelutti, *Instituciones*, 123, que debe separarse la función de juzgar

de la función de pedir; que por su profunda diversidad conviene que dicho cometido sea cumplido por personas distintas. En la *Relazione Grandé*, el desarrollo de la idea se amplía: "El aumento desmedido de los poderes de iniciativa del jugador puede inducirle a tomar posiciones antes de haber jugado, trocándose de juez sereno en defensor apasionado de una tesis elegida con anticipación". Se reitera, más adelante, el concepto: "Se encomienda al ministerio público, en la forma más plena y eficaz, la función de integrar la tarea del juez mediante el ejercicio de esas facultades activas, que no se podrían conferir directamente al juez sin desnaturalizar su función, que se funda en la necesaria distancia psicológica entre el actuar y el juzgar, entre el planteamiento de la cuestión que debe decidirse y su decisión". Tan dominante es el temor de que se incurra en confusión que, por tercera vez, se manifiesta: "Se ha respetado igualmente en el campo de las pruebas esta conveniencia psicológica de no perturbar la serenidad del juez confiriéndole poderes de iniciativa que son más apropiados a la función de parte o del defensor; para su deducción se ha preferido ampliar, también en el proceso de carácter inquisitivo, los poderes del ministerio público y no los del juez". Véase: Redenti, "*Diritto processuale civile*", t. I, p. 196; Marco Tullio Zanacchi, "*Diritto processuale civile*". I, p. 330, núm. 8 y p. 350, núm. 34; Nicola Jaeger, "*Diritto processuale civile*, 327; Virgilio Andriotti, *Commento al Codice di Procedura Civile*, II, p. 168.

Desde luego, no basta que el fiscal pida una medida para que el juez tenga que decretarla: L. L. 30-753; 31-528; 65-552; J. A. 943-III-141; 957-III-5.

VI. *Coincidencia del art. 57 C. Pr. y del art. 21 de la Ley 14.237.* —

El conflicto entre los dos preceptos es sólo aparente. No creo que el segundo de los citados consuma al primero con la eventual consecuencia de que *lex conueniens derogat legi conuenientius*. En efecto, entre el principio del art. 21 y la enumeración del 57, a primera vista, podrían señalarse dos diferencias: a) *Oportunidad*, en que la facultad ha de ejercerse; por el 57, tradicionalmente, en el período inmediatamente anterior a la sentencia cuando las partes ya han producido toda su prueba; por el 21, en cualquier estado del juicio. b) *Contenido* de la facultad: el art. 57 menciona medios probatorios; el 21, indica, en términos generales, "medidas necesarias". Sin embargo, normalmente, las diferencias son aparentes. Sólo por excepción podrá anticiparse el magistrado al ofrecimiento y producción de la prueba por las partes, porque: a) La escasa inmediación no le permitirá una completa información del estado de todas las juicios (y no es aceptable que se ocupe con preferencia

de uno desinteresándose de la suerte de los demás); b) No se advierte de dónde extraería la fuente de inspiración legítima; c) El objeto de la concesión de estos poderes al juez es habilitarlo a una mejor decisión disipando las dudas suscitadas por la prueba imperfecta o incompleta; *antes de que las partes hayan terminado de producir la prueba respectivamente ofrecida no hay duda del juez, hay un conocimiento incompleto, lo que es distinto.* La duda aparece al final y es en ese momento cuando debe ser despejada. Se ha declarado que las medidas para mejor proveer son procedentes sólo después que ha cesado la actividad de las partes; de otro modo, se violarían los arts. 213 y 214, reabriendo la discusión. Com., A. 20-XII-960. L. L. 103-777. B, 19-IV-961. L. L. 104-771.

El contenido de la facultad, ha de ser referido a los medios probatorios de que el juez pueda disponer. En última instancia serán los que siempre mencionó el art. 57, salvo que se quisiera concluir que ahora puede ordenar de oficio declaraciones testimoniales de personas distintas a las propuestas por las partes. Ya hemos visto que en este único punto reside la diferencia real.

En resolución: Si se coordinan las facultades del art. 21 con la orientación de nuestras leyes sustanciales y procesales (y no se lo interpreta como único texto aislado) y, principalmente, con las cláusulas de contenido procesal consagradas en la Constitución Nacional, resultan estas consecuencias: 1) El plus acordado por el art. 21 es de aplicación en casos especialísimos. Así lo ha entendido la jurisprudencia. Si bien, durante un tiempo, estuvo en las modas citar el art. 21 en cuanta ocasión se dictara una medida de prueba (y aún las que no lo son), lo cierto es que en la casi totalidad de los casos la mención era superflua porque la facultad ejercida correspondía a alguna de las concedidas por el art. 57. Las hipótesis de aplicación auténtica del indicado precepto han sido escasas. 2) Tanto el art. 21, como cualquier otro que se refiera a la prueba de oficio, tienen siempre como límites: a) De carácter general los hechos controvertidos, la inviolabilidad de la defensa en juicio; las disposiciones de la ley sustancial que regulan la controversia o el objeto del litigio; la imparcialidad del juez; la igualdad de las partes; los principios de lealtad, probidad y buena fe, y de economía procesal. Precisa concretar qué ha de entenderse por igualdad, tratándose de la facultad de investigación de oficio. El concepto de la C. S. de que la igualdad es violada cuando la norma legal o la decisión judicial establecen distinciones irrazonables o inspiradas en fines de legítima persecución o en provecho de personas o grupos de personas —(F. 234-463; 237-344; 249-506; 250-410; D. J. 29-XI-962, etc.)— ha de ser especificado con referencia directa a las situaciones procesales. Desde luego,

no ha de confundirse desigualdad con la circunstancia de que el resultado de la prueba actuada de oficio en definitiva favorezca la pretensión de una de las partes; de otro modo, nunca podría dictarse una medida para mejor proveer. La igualdad que interesa valorar es la que se ha de observar en el momento en que se ordena la medida, que debe estar ordenada a eliminar una duda, si es que el conjunto de las probanzas la engendra; no ha de ser un medio que aporte prueba nueva para contrarrestar la existente, en conexión exclusivamente con la ofrecida por una de las partes, sino la indispensable para lograr la fuerza persuasiva final, que no pueda obtenerse sólo con la aportada. Si se aparta de esa dirección, será procedente o no el recurso extraordinario, pero no podría sostenerse que no queda violada la igualdad. Cfr. C. S. F. 242-138; 245-116; 249-203; 4-VII-962, D. J. 18-VIII-962: no parecen conciliar términos tan absolutos con la orientación de otros fallos en materia de sentencia arbitraria). b) *De carácter particular, la prueba de testigos.*

En el C. Pr. Italiano, los principios rectores son en el art. 115 y el 255. Por el primero, con el epígrafe "Disponibilidad de las pruebas" (por las partes), se prescribe: "*Salvo los casos previstos por la ley, el Juez debe fundar la decisión en las pruebas producidas por las partes o por el ministerio público*". Como explica Santa, *Diritto processuale civile*, 151, quedan allí compendadas dos reglas tradicionales: *iudex recundum allegata et probata partium iudicare debet* y *actore non probante reus absoluitur*; la norma es consecuencia del carácter contradictorio del juicio y del principio dispositivo que lo rige. Partiendo de esas bases, un *terzo legal expreso*, el art. 257 estatuye que si alguno de los testigos hace referencia a otras personas, en virtud del conocimiento de los hechos, el juez instructor puede disponer de oficio que dichas personas sea llamadas a declarar. V. Sergio Costa, *Manuale*, 222.

Según la C. de Casación, 11-V-954, N° 1482 (fallo citado por Rocca, U., *Trattato*, III, 158), esa facultad puede ejercerse cuando un testigo afirma conocer los hechos *de relato* y cuando indica que otros los conocen y constituye una excepción al principio del art. 244 por el que los testigos deben ser mencionados *ab initio*.

Aún en ese sistema, queda firme que el juez "no debe dedicarse a buscar testigos" no sólo porque carece del formidable conjunto de medios técnicos idóneos que resultarían indispensables sino porque aunque se tuviera "una inferencia de los organismos públicos (policía judicial) en la vida privada de los particulares, en definitiva, resultaría molesta, engorrosa y perturbadora". Redenti, *Diritto processuale civile*, I, 190.

VII. *Jurisprudencia.* — A) *Constitucionalidad.* La facultad judicial de investigación de oficio concretada en las medidas para mejor proveer es compatible con las garantías constitucionales. (V. C. S. 23-II-959; F. 243-81; 234-769).

B) *Facultad.* La medida es facultativa del juzgador, Civ., F., 12-III-963; J. A. 23-IV-963, Paz, II, 16-VII-962; L. L. 26-II-963, a cuya prudencia queda librada, Civ. E. C. 51-764, 14-XI-958; L. L. 97-243; 75-649; dentro de los límites legales, Civ. A., 19-VIII-959, L. L. 97-243; S. C. B. A., 22-XII-959; A. S. 959-IV-484. Debe disponerse sólo si es indispensable, C. S. 13-X-958; F. 242-35. Es el juez quien debe decidir si han quedado satisfechos los fines a que tiende, Civ. E. 26-XII-962; E. D. 1-IV-963. El solo hecho de que una parte la haya indicado no impide que el juez la ordene, Civ. B., 6-V-960; L. L. 100-778, si es en sí misma precedente.

C) *Ampliación.* 1) Las facultades de los jueces para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos no pueden exceder los límites impuestos por otras reglas que no han sido derogadas por la reforma o que han sido incorporadas por ella; por ejemplo, la aportación de los hechos, que sigue siendo una carga de las partes; la necesidad de mantener la igualdad de los litigantes; la observancia de las garantías procesales; los deberes de lealtad, probidad y buena fe. Aún después de la reforma el principio dispositivo sigue informando todo el sistema. Civ. D., 11-XII-958. C. 44-609 y L. L. 94-1.

No ha de quedar alterada la igualdad ni las limitaciones impuestas por la ley a determinados medios de prueba. C. S. J. A. 948-III-427. L. L. 76-114, C. Paz, S. Fe, 15-IX-959; J. 16-117.

2) No procede que, con medidas para mejor proveer, el juez trate de suplir la total falta de prueba de una de las partes; de otra manera, por su propia iniciativa tramitaría nuevamente el pleito, lo que de ninguna manera puede aceptarse sin desconocer los principios básicos que rigen el proceso civil. Civ. D., 11-II-959. L. L. 94-110. La facultad no autoriza a volver sobre actos definitivamente concluidos. Civ., A., 30-IX-958. L. L. 30-XI-958.

En términos generales, la medida judicial no puede suplir el error, la omisión, ni la inactividad de la parte; no importa la restitución de plazos procesales. Civ. A., 30-IX-958; L. L. 30-XI-958; C., 18-IV-958; J. A. 959-IV-300; 20-XI-958; D. J. 12-XII-958; 20-XI-959; C. 50-452; V. J. A. 960-III-49; L. L. 97-35; D., 2-XII-958; J. A. 959-I-453; E. 7-X-958. L. L. 887-S, 23-III-959; 24-VIII-959; L. L. 99-819; F. 21-VIII-962. L. L. 14-XII-962, 12-III-963; J. A. 23-IV-963; Com., A,

22-V-959; L. L. 98-703; 1-VI-956; L. L. 84-246; B. 12-XI-958; L. L. 12-VII-959; 1975-S; 20-XI-959; L. L. 1-VIII-960; Paz, III, 30-IV-959; L. L. 96-271. Si no hubo negligencia: Civ. A., 4-X-960. L. L. 103-781. Civ. E., 10-VI-960; J. A. 962-III-5.

3) La finalidad es sólo aclarar dudas que suscite el estudio de la causa al dictar sentencia, Com. A., 22-V-958. L. L. 3-V-960.

4) La facultad del art. 21, 14.237, de prevenir y sancionar todo acto contrario a la lealtad, probidad y buena fe no justifica que con el pretexto de probar el presunto dolo procesal de una de las partes, se admitan pruebas ofrecidas por quien imputa el dolo, que fueron declaradas caducas por su negligencia. Civ. E., 10-VI-960. D. J. 1-VII-960.

5) Deben referirse a hechos controvertidos e introducidos en la debida oportunidad; Civ. A., 6-V-957; J. A. 957-III-257.

D) *Contradictoria*. 1) Las pruebas dispuestas para mejor proveer sólo se diferencian por el origen pero no en cuanto a su producción y valoración. Las partes no tienen por qué ser privadas del derecho de enterarse del dictamen pericial y pedir que comparezcan los peritos a dar explicaciones. C. Pr., 177. Trab., I, 8-V-959. L. L. 96-144. Se anuló la sentencia por no haberse otorgado esa posibilidad a la parte. Comp. Jofré, *Manual*, I, 197. 2) Es nula la sentencia que se funda en medidas para mejor proveer de las que no se ha dado oportuno conocimiento a las partes. Trab., IV, 21-VI-960. D. J. 14-VIII-960, Paz, IV, 19-IV-960. L. L. 101-1004. 3) No debe quedar violada la garantía de la audiencia en juicio, Com. B, 20-XI-959. L. L. 1-VIII-960. Civ. D, 6-VIII-959; L. L. 98-686. 2. Dictadas después del llamamiento de autos, no requieren audiencia previa a las partes, Com. B, 8-VIII-962; E. D. 16-1-963; L. L. 10-720; Trab. I, 8-V-959; L. L. 95-273.

Se ha establecido que no corresponde que las partes aleguen sobre las pruebas producidas para mejor proveer. Civ. A. 29-IX-960. L. L. 102-905. La doctrina es exacta si la medida es una de las enumeradas por el art. 57.

E) *Impugnada*. 1) Las medidas ordenadas para esclarecer de oficio los hechos controvertidos son, en principio, irrecurribles. Com., I, L. 13-239; J. A. VI-759; VIII-209 y 376; Civ., E, 30-X-959; L. L. 97-55; y C. 48-862; 59-270; C, 6-V-958; C. 42-784; 16-VIII-957; L. L. 89-411; S. C. Ba. As. 22-XII-959; A. S. 959-IV-484. 2) Pero hay apelación si con ellas se suple prueba no ofrecida o no producida, Civ., D, 11-XII-958; D. J. 17-I-959; A, 12-V-960; L. L. 100-773; 24-V-959; L. L. 17-III-960, o se quebranta la igualdad, L. L. 97-55; 89-411; V. Com., B, 19-XI-958; D. J. 28-IX-958. 3) Si la medida ha sido consentida no

puede ser impugnada al producirse, sin perjuicio de que oportunamente se valore su eficacia. Com., C, 6-XI-962; E. D. 6-II-963.

F) *Medidas especiales.* 1) Designación de un escribano para que establezca cuáles son los requisitos a llenar para escriturar el inmueble objeto del juicio y si con los elementos acumulados las partes pueden cumplir las obligaciones a que se refiere la sentencia. Civ., D., 8-VIII-962. L. L. 28-II-963. 2) Designación de un perito para determinar si es conveniente la división de un campo en unidades explotables independientemente. Civ., D, 10-V-961. L. L. 105-960. 3) Devolver los autos a primera instancia para que se autentique un certificado de trabajo, en el trámite de otorgamiento de ciudadanía. Fed. Paraná, 11-VII-960. L. L. 102-266. 4) Investigación de oficio de normas de una ley extranjera. Civ., D, 6-IV-960. L. L. 99-612. 5) Suspensión de procedimiento definitivo hasta que se dicte sentencia en otro proceso. Civ. A. 12-V-960. L. L. 100-773. 24-V-959. L. L. 17-III-960. 6) Designación de perito a los fines de que verifique el estado de un edificio cuya entrega se dispone. C. S. 10-IV-959. L. L. 11-II-960. F. 244-448. 7) Pedido de remisión de una querrela. Civ., A, 31-XII-959, L. L. 99-799. 8) Pedido de remisión, ad effectum videndi, de una causa conca. Par, III, 30-III-959. L. L. 96-271.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO, H., *Facultades del juez para ordenar de oficio diligencias de prueba en el proceso civil*. Rev. D. Fr., 964, la P. S. Tratado, 2ª ed., II, 248.
- ARAYA, E. N. J. A. 947-IV-960.
- ARRAL, L., *Finalidades perseguidas mediante el art. 21 de la ley 14.237*. J. A. 554-II-41.
- AYARACARAY, G. A., *Explicación de la reforma procesal*, 89.
- BARRON DE ANSELMI, D., *Diligencias para mejor probar*. L. L. 84-786.
- BERSBERG, ANSA M., *El art. 21 de la Ley 14.237 y sus primeras aplicaciones*. L. L. 76-298; 76-860.
- CLAVELL BORDA, J., *Anotaciones al reciente proyecto de reforma procesal*. L. L. 83-887.
- COMBA, OSORIO y FAYÁ, *La reforma procesal civil*, 89.
- COYURE, *Teoría de las diligencias para mejor probar*.
- DABEN, J., *Algunas observaciones a la reforma del C. Pr.* L. L. 79-858; 75-297.
- DE JERÓNIMO LAMAR, R. L., *El proyecto de C. Pr. Civ. del P. E.*, L. L. 34-695.
- FONNATTE, E. R., *Dev. Proce.* 964-63.
- FALACCO, L. E., *Ensayo crítico de la reforma procesal civil*. L. L. 85-842.
- FERRI, A. E., *Medidas para mejor probar*. L. L. 27-586.
- SERRA MILANZO, S., *Facultades del juez para ordenar de oficio diligencias de prueba*. Rev. D. Fr. 954-1-5 y 184; *Los poderes del juez en orden a la prueba*. Id., 954-II-4 y 35 L. L. 83-869.
- SERRATELLA PÉLA, O. E., *Lo institucional y lo reglamentario en la reforma procesal civil*. L. L. 82-599.

MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER Y DEFENSA EN JUICIO

Por ATILIO ANIBAL ALTERINI
(Profesor Adjunto de Derecho Civil, 1.^a Parte)

b) Medidas para mejor proveer. — El artículo 21 de la Ley 14.237. — a) El principio dispositivo; b) La comprobación de la verdad; c) Régimen de las medidas para mejor proveer (1): Forma de ordenarlas; 2: Medidas admitidas; 3: Frenos a la excesiva de prueba y la negligencia; 4: Apelabilidad; 5: La posición del juez).

II) La denominada "trilateralidad".

III) La facultad esclarecedora del juez y la defensa en juicio.

*"En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, e prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso"*¹.

I) MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER. — EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 14.237.

El artículo 21 de la Ley 14.237, de reformas al Código de Procedimiento de la Capital Federal, confiere al magistrado poderes de dos géneros distintos: instructorios y de conducción del proceso². La facultad esclarecedora, de índole instructoria, es ejercitada fundamentalmente por vía de las medidas para mejor proveer; y la de conducción, implica a su vez la defensa de los principios de igualdad, moralidad y economía.

Nos ocuparemos de un aspecto de aquella facultad de "esclarecer la verdad de los hechos controvertidos" —con prescindencia de los po-

¹ Artículo 21 de la ley 14.237 en su texto actual según lo dispuesto por el art. 21 del D. L. 23.996/94.

² PALACIO, LINO ENRIQUE: "Teoría y Práctica de la reforma procesal civil". Buenos Aires, 1958, págs. 94 y 96.

deros de conducción— vinculándola con una de las garantías que emanan del art. 18 de la Constitución Nacional: la inviolabilidad de la defensa en juicio.

a) *El principio dispositivo.*

La existencia de derechos subjetivos implica la posibilidad de ejercerlos o de hacer deserción de ellos, y en el orden procesal, la de llamar o no al Estado en el ejercicio de su poder jurisdiccional; y aún luego de haberlo llamado, la de someter ciertos puntos a su decisión, o dar por ciertos hechos que no se controverten, pudiendo asimismo desistir, transar o abandonar el juicio: disponer en suma del proceso, brindándole origen e impulso, proponiendo los temas objeto de la litis, aportando finalmente el material tendiente a acreditar los hechos controvertidos.

En primer lugar, con palabras de Carnelutti², el pleito debe acercarse al juez para que éste juzgue, sin que pueda pensarse que el juez vaya a ir de por sí en busca del litigio. Significada, pues, esta posibilidad de promover o no la acción, una vez planteada, cabe a su titular "desenvolverla a su voluntad, dándole los desarrollos que de cualquier modo considere conformes a su interés"³, inferencia de lo cual es la facultad de proponer los medios probatorios con los cuales se demostrará la verdad de lo sostenido, y se hará viable la pretensión deducida, debiendo asimismo —una vez propuestos— aportarlos a los autos.

¿Cede el principio dispositivo, que con las bases expuestas informa el régimen del Código de Procedimiento, frente a la norma del artículo 21 de la Ley 14.237, que autoriza al juez a adoptar por su cuenta medidas tendientes a esclarecer los hechos controvertidos? Tal el problema que de inmediato plantea la reforma parcial del Código, y cuya solución parece obvia si se adopta el método de analizar el archipiélago por el archipiélago todo, y no el de caracterizarlo por sólo una de sus islas. Un código es un conjunto armónico ("sistema") de normas, orientadas por un principio que flota en ellas, configurando una suerte de espíritu que lo individualiza; el nuestro, esencialmente dispositivo no puede ver afectado su sistema por un artículo que si bien concede facultades al juzgador, lo hace dentro de límites que no desvirtúan ese principio orientador de la ley adjetiva en vigencia⁴.

² Citado por BASTROCHI FERRAZ, ABRAHAM, su nota en La Ley 21, pág. 3 (sec. dec.).

³ *Ibidem*, pág. 1.

⁴ GENTILE, ENRIQUE: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1962, pág. 188, expresa: "Por principio dispositivo la iniciativa de las pruebas corresponde a las partes. El juez no conoce, normalmente, otros hechos que

El juez siempre ha tenido poderes instructorios mayores o menores, pero que son de la incumbencia de su función decisoria; y los ha tenido ya con anterioridad a la reforma, a través del artículo 57 del Código de Procedimiento, que si bien más limitado que el artículo 21 en análisis, se los confería en buena medida. Podía el tribunal exigir posiciones a las partes, y aún interrogarlas libremente (art. 131); ordenar se trajeran a la vista documentos o autos; disponer pericias; y según el artículo 210 realizar inspecciones oculares. No le atribuía el artículo 57 la facultad de citar testigos* por su cuenta, pero si comparecían a la audiencia podía interrogarlos de oficio (arts. 192 y 131). Es decir que la diferencia más perceptible que de principio presenta el régimen actual con el del Código de procedimiento es que pueden citarse testigos como medida de mejor proveer, y que éstas pueden ordenarse en cualquier estado de la causa, mientras el artículo 215 del Código sólo las autorizaba luego de su conclusión para definitiva.

Diferencias como las expuestas, aún si se considera que el artículo 21 de la reforma es típicamente inquisitivo, no autorizan a sostener que el sistema procesal ha dejado de ser esencialmente dispositivo. Claro está que en todo caso, la índole de las acciones deducidas importa el ajuste de las facultades del juez a la especie del derecho en debate, puesto que en los juicios en que el orden público está tanto o más inte-

aqueños que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes. El precepto enuncia, entonces, que el juez no conoce más hechos que aquellos que surgen del expediente: *quod non est in actis non est in iudicio*. Este principio tiene limitaciones aún en los códigos más acorramentados dispositivos. Y en la nota 33, agrega: "La excepción más importante la constituyen las medidas para mejor proveer".

CHOVENOS, GUSTAVO: "Instituciones de Derecho Procesal Civil (trad. E. Gómez Ochaveja)", Madrid, 1934, como III, pág. 88, dice: "El predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, este es, en la fijación de la verdad de los hechos, se funda también en parte, lo mismo que ocurre con la selección de los hechos que hayan de ser establecidos, en la casualidad de los pleitos civiles y de los intereses que, habitualmente, se ventilan en ellos; nadie es mejor juez que la propia parte acerca de las pruebas de que puede disponer, acerca de sus intereses individuales. Sin embargo, no cabe desconocer que el comportamiento pasivo del juez en la formación de las pruebas puede parecer menos justificado aquí que en la selección de los hechos; pues que una vez determinados los hechos que hayan de ser establecidos, el modo de hacerlo no puede depender de la voluntad de las partes, pues no hay más que una verdad". Luego, agrega: "Por lo que se comprende que en las leyes modernas, particularmente aquellas que han adoptado más ampliamente la oralidad del proceso, vaya señalándose una reacción contra el principio dispositivo, en favor de la iniciativa del juez".

* BENEDETTI, ALVARO M.: "Comentarios al Código de Procedimiento, Buenos Aires, 1941, nota al art. 57.

† BARRERAS, ANTONIO M.: "El artículo 21 de la ley 14.257 y sus primeras aplicaciones. — Los poderes de instrucción del juez", en LA LEY, como 76, pág. 302.

resado que los titulares de los derechos subjetivos (v. gr., divorcio, filiación, nulidad de matrimonio) el juez no siempre está obligado a tener por ciertos los hechos reconocidos por las partes, y así como ejemplo no será factible el divorcio por mutuo consenso¹; pero eso no hace a la naturaleza del Código procesal sino que tiene afinencia —como se dijo— con la particularidad del derecho sustantivo del litigio.

b) *La comprobación de la verdad.*

Verdad judicial —lo probado en la litis— y verdad real —el acontecer humano—² son dos supuestos distintos cuyo aunamiento implica la concreción de la justicia en su sentido supremo. Empero, muchas veces aquélla no concide con ésta, y el fallo recae con un contenido formal exacto pero con un falso encuadre en la realidad; es que, en esencia, "no hay posibilidad sino dentro de las fórmulas académicas de que existe un sistema legislativo donde impere la verdad material pura"³. De ahí que la facultad esclarecedora del juez encuentre vallas insalvables para la comprobación de la efectividad de aquellos hechos que, admitidos por ambas partes, adquieren certeza formal; con la lógica ampliación que deriva de la especial naturaleza de aquellos asuntos que, por tratarse de cuestiones vinculadas de modo directo con el orden público, autorizan la inquisición para estudiar la realidad del acontecer fáctico.

El artículo 21 de la ley 14.257 faculta a adoptar determinadas medidas, con miras a "esclarecer la verdad de los hechos controvertidos"⁴. Debe, en consecuencia, tratarse de hechos objeto de discusión; y deben ser esclarecidos, no investigados.

¹ ALBINA, HUGO: "Facultades del juez para ordenar de oficio medidas de prueba en el proceso civil", en *Revista de Derecho Procesal*, año 1954, 1ª parte, pág. 8.

² DÍAZ DE GUZMÁN, ENRIQUE: "Abogados y Jueces", Buenos Aires, 1939, págs. 29 a 34.

³ AYERBARRAEN, CARLOS ALBERTO: "Reforma procesal", Buenos Aires, 1937, pág. 78. Acepta enseguida: "¡Dios nos libre de semejante régimen! ¡No tendríamos ni la seguridad de nuestro propio origen!". Dice WAZZO (citado por GONZALEZ, ROBERTO, en *La Ley*, tomo 72, pág. 885): "La comprobación de la verdad no es el fin del proceso civil y no puede serlo. Ella es un resultado deseado, pero no asegurado".

⁴ SOTO, ALBERTO G.: "Reformas al Código de Procedimiento en la Civil y Comercial de la Capital Federal", *Just. Arg.*, 1954-I sec. doc., pág. 1, dice: "El juez puede —y debe— adoptar las medidas conducentes a esclarecer la verdad, pero de los 'hechos controvertidos', y manteniendo inalterada la igualdad de las partes. Además, por lo tanto, a estas, configurar el "thema decidendum", en la medida en que no está involucrado el orden público y la orden público y la regla moral de acuerdo con lo dispuesto por las leyes sustanciales". En sentido semejante, ANAYA, op. cit. loc. cit., págs. 37/38.

Los hechos controvertidos son aquellos sobre cuya efectividad discrepan las partes y así se excluyen —porque lo exige la naturaleza misma del sistema dispositivo— todos los que admiten como ciertos. El magistrado por regla general no puede entrar a investigar las circunstancias acerca de las cuales las partes —expresa o tácitamente— concuerdan que se han producido efectivamente.

Por otro lado, el juez debe tender a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, pero no a investigarlos libremente. Si las pruebas allegadas a los autos le presentan algún punto de duda, puede salvarlo con la adopción de las medidas para mejor proveer, pero sin perder de vista que la actividad probatoria sigue siendo una carga para las partes que sostienen la controversia y que deben ellas, en principio, proporcionarle los elementos con que se lleguen a acreditar los extremos que basan sus posiciones respectivas¹¹.

c.) Régimen de las medidas para mejor proveer.

1) Forma de ordenarlas.

El auto que las dispone no ha menester de ser fundado, encabizándose en la práctica con la fórmula ritual "para mejor proveer"¹². Antes de la reforma debían decretarse tras el llamamiento de "autos"¹³ pero actualmente pueden serlo en cualquier estado de la causa; va de suyo que también pueden ordenarse para sentenciar un incidente.

Se ha resuelto¹⁴ que en principio deben decretarse en una sola oportunidad —se entiende, para dictar cada sentencia, interlocutoria o definitiva— pero pueden serlo en más si las dictan distintos jueces.

¹¹ RIVEROLET (citado por BENNETTO, op. et loc. cit., págs. 665), expresa que "es indudable que existe una notable diferencia de sistemas según se establece que el juez pueda tan solo salvar alguna duda, como consecuencia del examen y estudio de la prueba aportada por las partes, o que, por el contrario, se imponga al mismo el "deber" de buscar y allegar la prueba, dejando a las partes simplemente la posibilidad de una actividad probatoria de merecimiento y no como "carga" para la defensa de sus intereses".

¹² FERRIS MIZANZO, SANTIAGO: "Revista de Derecho Procesal", año 1944, 2º parte, pág. 135, critica en su nota titulada: "Medidas para mejor proveer", la costumbre judicial de cubrir con la denominación de tales medidas que no son de naturaleza probatoria.

¹³ Sin embargo, la Cám. Civ. 1ª admitió alguna vez (L. L. 10-494) que se ordenaran en cualquier estado de la causa. AVAMACANAY (op. cit., pág. 85), dice que deberían dictarse "en un momento determinado y en una sola resolución".

¹⁴ Cám. Civ. "D", L. L. 78-257. De cualquier manera, si la duda no se aclara, podría dictarse una nueva medida; el límite de las oportunidades debe marcarse la prudencia.

Las partes no pueden pedirlos, o más estrictamente, su pedido no obliga al magistrado "quien al ordenarlos ejerce una facultad que le compete ("podría disponer" dice la ley)" y tal es lógico pues si estima que su criterio está suficientemente ilustrado debe pronunciarse sin más, no siendo menester aclararlo con ayuda de dichas diligencias.

Se ha interpretado que el juez puede revocar el auto por el cual las ordenó, pues siendo facultativo el decretarla, debe concedérselo el dejarlas sin efecto". Empero, es de principio que la facultad del tribunal para rever sus decisiones termina en cuanto el auto queda firme, por lo cual sólo podría revocarlo, de oficio o a pedido de parte, antes de que vencieran los términos legales para recurrir de la medida.

Las medidas para mejor proveer, si se dictan antes del llamamiento de autos para definitiva, quedan notificadas por nota por cuanto el actual artículo 33 del Código de Procedimiento no dispone lo contrario"; en cambio, según lo establece su inciso 4º, debería ser personalmente o por cédula si se decretan tras el llamamiento de autos".

2) Medidas admitidas.

"El juez no puede formar su convicción según el conocimiento personal que hubiere adquirido de los hechos del litigio, fuera de los medios de prueba o de instrucción admitidos por la ley y administrados o puestos en ejecución según las reglas que ella prescribe" 14. Por ello no puede

14 Las partes pueden indicar medidas sin exigirlas (Cám. Civ. 3º, J. A. 7-179). y ni aún el ministro fiscal puede hacerlo si su intervención no está fijada por motivos de orden público.

15 Sin embargo, la Cám. Civ. "D" ha estimado que se trata de un "deber" el ordenarlos (L. L. 93-90 (282-8). Para la C.S.J. (Fallos, 218: 590 (ver L.L. 89-82)). "La renuncia conciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia", y la facultad para decretar medidas para mejor proveer "no puede ser renunciada en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino simplemente la ilustración ritual de la aplicación del derecho". En idéntico sentido, Cám. Civ. "B", G.P. 133-83.

16 Serrín Martínez: Op. et loc. cit., pág. 133 y jurisprudencia que cita en nota 22. Para Passer, Anuario L. ("Medidas para mejor proveer", La Ley, 27-396, nota 133) el auto que las deja sin efecto no causa agravio.

17 El inciso 2º del art. 33 ordena la notificación personal o por cédula de "la providencia que ordena la absolución de posiciones": se refiere a la citación al ajuicio, más no a la orden de producir la prueba.

18 Antes de la reforma ése era punto de doctrina muy controvertida. Digiéndose a admitir la notificación por nota de las medidas que —por su régimen anterior— se debían dictar tras el llamamiento de autos (J.A. 2-348: 19-822; 34-1106; L.L. 3-1902). Para la orientación actual de la jurisprudencia, véase el capítulo III.

19 Passer: Op. et loc. cit., quien en notas 123 y 124 menciona doctrinas y jurisprudencia extranjeras.

fundar su sentencia en hechos que no surjan de los autos, ni procurar elementos de prueba que no le sean indicados en un modo u otro por las mismas constancias del expediente"; bien entendido que esa limitación reconoce un doble género de excepciones: cuando la cuestión afecta al orden público o si se advierte un propósito colusivo". Tampoco le es autorizado ordenar diligencias prohibidas por la ley" o que impliquen ejercer violencia física o moral sobre las personas".

3) Frente a la carencia de prueba y la negligencia.

En el delicado problema de si cabe decretar medidas para mejor proveer ante la inactividad de las partes o si procede cuando no se han propuesto pruebas, o se las ha desistido, corresponde formular varias distinciones.

En el caso de que la parte demandada comparezca a estar a derecho, pero sin constatar el traslado que se le ha corrido, no caben las medidas pues no hay "hechos controvertidos" toda vez que la parte al no negarlos los ha aceptado tácitamente (arg. art. 100 inciso 1º del C. Procedimiento); pero si la parte es rebelde el juez puede decretarlas (art. 435), pues los hechos no han sido admitidos —si expresa ni tácitamente— y la actora obtendrá lo pedido, pero sólo siendo justo (art. 434), por lo cual cabe elucidar el grado en que la pretensión deducida resulta arreglada a derecho".

Se ha sostenido que no caben las medidas para mejor proveer si las partes no ofrecieron prueba" y que el juez no podría "llenar todo el vacío probatorio"; admítase que no pueda cubrir todo un vacío, pero sí parece posible que pueda colmar algún claro que le sea necesario para

¹⁰ La Cám. Civ. "C" (con voto de Bazzano que concurrirá con la solución. L.L.78-290) ordenó la declaración de castigo de una parte negligente a su respecto la de un testigo de la otra que lo desistió a consecuencia de ello; y también la inutilidad de un diario íntimo que fue mercionado sin exhibirlo como prueba. El artículo 237 del C. Proc. italiano autoriza la citación de oficio de quienes son mencionados por un castigo.

¹¹ ALINA: Op. et loc. cit., págs. 33-40. También para las dos notas que siguen.
¹² Ver Fallos 229-622. Passav. op. et loc. cit., pág. 570, critica el fallo de la Cám. Civ. 2ª que se fundó en cartas mistivas que para mejor proveer se citó a reconocer a terceros, a pesar de la prohibición del art. 1426 del C. Civil.

¹³ El mismo tribunal decidió (J. A. 23-607) que la medida que ordenaba análisis de surcos y obtención de impresiones digitales y fotografías era violatoria de la Constitución Nacional, art. 17.

¹⁴ Serró Martínez: Cit., pág. 136. La Cám. Civ. "D" (L.L. 54-111) resolvió que no corresponde suplir la falta total de pruebas de una parte, máxime si la contraria, ante el desistimiento de aquella desistió la suya propia.

¹⁵ Aut. cit., pág. 136.

completar los elementos de información brindados por la demanda y su respuesta.

Para el supuesto de ofrecimiento de prueba que resulta desestimado, a pesar de la opinión contraria¹² cabe formular algún dístico. Si la medida se desestimó por versar sobre un hecho no articulado, o manifiestamente inconducente, o por ser inútil, desde que la situación no ha podido variar con el desarrollo del pleito, no cabrá disponerla para mejor proveer; pero sí podrá ordenarse, por ejemplo, en el caso de haberla desechado por un ofrecimiento extemporáneo si es que no le alcanza alguna de las circunstancias mencionadas precedentemente.

En el supuesto de haberse ofrecido prueba que luego fue desistida, nada obsta a que el juez ordene máxime si al hacerlo se defiende un principio de lealtad o de buena fe procesal¹³. La parte pudo, es verdad, considerar una prueba ofrecida como inconveniente o inútil; pero si le es inconveniente y ayuda a resolver la cuestión debe ser aportada, y si no resulta tan inútil como pareció, corresponde ordenarla. El juez informará su criterio al disponer la medida en el caso, de las mismas constancias de los autos, y no más allá, pues en ellos se la había ofrecido.

Con idéntica razón puede el tribunal ordenar para mejor proveer medidas que completen o integren las pruebas producidas, como por ejemplo someter puntos de pericia ampliatorios al experto.

Queda por resolver el problema de si pueden ordenarse como diligencias para mejor proveer aquéllas en que recayó inactividad de partes que al exteriorizar su incuria hizo precedente la declaración de negligencia. Dificultad extrema del instituto en examen ha movido a doctrinarios y tribunales a pronunciarse a favor¹⁴ o en contra¹⁵ de esa

¹² *Ibidem*, con cita de jurisprudencia en pág. 129, nota 25.

¹³ Es común —aunque no siempre demuestre agudeza de criterio— que una parte confíe en la producción de una prueba por la contraria y ésta la desista. Véase el fallo citado en la nota 22.

¹⁴ AVARREARAN: *Op. cit.*, pág. 68; aunque en su obra posterior, "El principio de la inmutabilidad en el proceso", pág. 213, dice que "la caducidad de la prueba impide el esclarecimiento de oficio". BARRON DE ANGELIS, *DAVILA*: Nota en La Ley 84-800; SERRA MIZANZO: *Op. cit.*, pág. 129; TERESAUREUX DE CASAL, ARMANDO: *Jur. Arg.*, III-241 (dice que son inútiles "precisamente cuando las partes han sido bien diligentes en la producción de sus probanzas"). *Cán. Civ. 1º*, J. A. 25-911, respecto de la pericial; en J. A. 34-654 acerca de la remisión de expediente administrativo. *Cán. Paz Sala 1º*, en G. P. 23-249; Sala IV, G. P. 79-277.

¹⁵ *DAVILA*, JULIO: Nota en La Ley 75-301; *COVATTA*, EUGENIO J.: "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Montevideo, 1932, pág. 122; *ALFARO*, HUGO: "Tratado", 1ª edición, tomo I, pág. 192. *Cán. Civ. 1º*, L.L. 26-521, 21-301; *Cán. Civ. "A"*, L.L. 84-246; "C", *Doc. Jud.* 1258-II-278; "D", L.L. 84-37; "E", L.L. 77-28; "F", L.L. 96-126 (2129-3); *Cán. Com.*, "A", L.L. 98-703; "B", L.L. 95-126 (1935-6). *Sup. Corte Ba. An.* L.L. 75-225. *C. N. Paz*, Sala II, G. P. 58-28; Sala IV, G. P. 39-149.

posibilidad. Ahí, quien en su "Tratado" no admitió que se purgara la negligencia, posteriormente " formuló una diferencia entre la parte que no ofrece prueba alguna y la que es declarada negligente. En el primer caso —a su juicio— no cabrían las medidas para mejor proveer; en el segundo sí, porque habría lo que llama un "principio de prueba". En concordancia sostiene que la resolución dando por decaído el derecho de producir pruebas "no impide al juez suplir la negligencia de las partes, desde que hay aquí un comienzo de actividad que puede haber quedado frustrado por causas que no le son imputables, las que deben ser valoradas por el juez y siempre que con ellas no se sanee la posición del litigante a quien favorezca o que la negligencia no traduzca el propósito de abandonar la instancia".

4) Apelabilidad.

Es otra cuestión solamente discutida que entronca en su esquema con la verdadera índole de las medidas para mejor proveer. En principio —se sostiene— son irrecurribles; pero se abre la posibilidad de revisarlas teniendo en mira que constituyen una facultad pero no son de uso discrecional del juez."

Ahora bien: serán apelables, sin más, las medidas que con la apariencia de "mejor proveer" no son tales. " Las auténticas diligencias para mejor proveer, esto es las de naturaleza probatoria, no son apelables; salvo que lleven en sí un vicio que las invalide, sea por haberse ordenado una medida prohibida por la ley o por conculcar la defensa en juicio o por adolecer de defecto semejante. " Pero en todo caso, aún si no se abrió el recurso, el Superior —al conocer en los autos— puede, si lo estima ajustado a derecho, dejar de lado la medida ordenada y producida en la instancia inferior."

5) La posición del juez.

Síntese como principio al analizar qué posición adopta —o debe adoptar— el magistrado al ordenar las medidas para mejor proveer,

" FARRÉ: Op. cit. loc. cit., anotaciones 128 y 129-131 principalmente.

" Cám. Civ., Sala "B", L.R. 70-609.

" SERRA MINERVA: Cit., págs. 141-142. COURVOISIER: "Teoría de las diligencias..." cit., Nº 85 y 92.

" Propugnan la inapelabilidad, JORDI, MANSUEL: "Manual", 5ª ed., tomo I, pág. 192; FERRER, RAMIRO J.: "Código de Procedimiento de la Provincia de Mendoza", 1-168.

" Sin embargo la Cám. Com. "B" decidió que una vez concedida y practicada una medida para mejor proveer es improcedente el reclamo fundado en que el juez carece de facultad para decretarla (G. P. 132-134).

que es neutral ante las partes; si así no lo fuera, con medidas de esta índole o sin ellas, el fallo no resultaría justo ni legal.

Establecido ese presupuesto se requiere del Tribunal una actitud de equidistancia, que debe ser objetiva y no subjetiva para algunos, "subjetiva y no objetiva para otros," pero que en su ideal debe serlo tanto en uno como en otro sentido: no saber a quién se va a favorecer, y procurar no favorecer a ninguna parte. Si alguna de ellas sale vencedora por obra de la medida, que quede la certeza de que lo es por obra de la razón que le asistió y se acreditó con ella."

II) LA DENOMINADA "TRILATERALIDAD"

Definiéndola se ha dicho que ella implica el "hecho de intercurrir la relación procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional" ". Frente al sujeto pretensor y al sujeto pretendido, se ubica el poder jurisdiccional que se aboca al conocimiento del pleito y decide la controversia suscitada. Y ellos no actúan separadamente, independientemente, sino que lo hacen —bien que su actividad sea la resultante de intereses y móviles distintos— de manera armónica. Las partes pretenderán la afirmación de sus posiciones respectivas; el juez, según la acreditación que de ellas se haya formulado, fallará el litigio, condenará al vencido o desestimaré el reclamo, y hará que el perdedor repare los perjuicios ocasionados al haber obligado al contrario a litigar, mediante el pago de las costas derivadas de su actuación en juicio.

La petición de una parte motiva un traslado; la decisión del juez no queda firme hasta que transcurra el término para recurrirla; las pruebas se contralorean en su producción; la confesión o la declaración de un testigo debe producirse en audiencia a la que debe citarse a las partes; el resultado de informes o pericias se hace saber; el diligencia-

" La obra que citamos en la nota (8), pág. 58. Ver la cita de una confesión suya que hace Bramberg en L.L. 18-204, en la que sostiene que a pesar de la negligencia ha existido actividad parcial o comienzo de actividad que no llegó a concretarse.

" Sverch Milazzo, pág. 131: "No ha de tener preocupaciones por la equidistancia subjetiva, que siempre existirá, sino por el desequilibrio objetivo que pueda producirse no obstante aquella".

" Cóm. 1.^a Civ. y Com. Córdoba, citada por Bramberg: "El juez tiene potestad para dictar medidas a fin de mejorar procesos, siempre que proceda con equidistancia, que no es tanto la equidistancia objetiva en los actos, como la equidistancia subjetiva en la intención del funcionario".

" Ha dicho la Cóm. Civ. "D" que si es cierto que el resultado de una medida puede perjudicar a una parte, no lo es menos que al interés de la justicia no le resulta perjudicial conocer la verdad (L.L. 90-341).

" AYZARACANAV: "El principio de la imparcialidad..."; pág. 126, citando a DELLA ROCCA.

miento de medidas por vía de exhorto conlleva la facultad de intervenir asimismo ante el juez exhortado. Producida la prueba, las partes alegan sobre su mérito; sobre la eficacia de la propia y la ineptitud de la producida en sentido contrario; recaída sentencia y devuelta su jurisdicción al Tribunal de Alzada por la vía del recurso, se expresan los agravios que la decisión del inferior ha motivado.

Todo ello indica que en el proceso rige el principio de contradicción, íntimamente conectado con la defensa en juicio que garantiza la Constitución Nacional⁴¹, que autoriza a oponerse a la ejecución del acto. Y el de contralor, que confiere derecho a verificar su regularidad.

III) LA FACULTAD ESCLARECEDORA DEL JUEZ Y LA DEFENSA EN JUICIO.

Todo lo dicho acerca del funcionamiento de las medidas para mejor proveer, indica con claridad que ellas constituyen medidas de prueba no distintas en su esencia a las producidas por la propia iniciativa de las partes.

La defensa en juicio supone la posibilidad de afirmar y de probar⁴², garantiza la audiencia de la parte, el ejercicio de sus facultades contradictoria y de contralor. Y siendo las medidas probatorias ordenadas para mejor proveer sólo una especie dentro del género de las pruebas, su producción está sujeta a las mismas reglas que ordenan la producción común de ellas.

Los principios generales exigen que las actuaciones de prueba se practiquen en audiencia pública bajo pena de nulidad⁴³ que las recibe el juez —o el secretario en casos expresamente delimitados— de la jurisdicción o el exhortado⁴⁴; que medie citación de partes⁴⁵. La producción de pruebas está sujeta así al contralor de los demás participantes del proceso y aún de la opinión pública como sostiene Albina; y por ser medidas probatorias, las de mejor proveer también deben estarlo en su producción.

Además las medidas para mejor proveer llevan implícita la posibilidad de contrarreplicar la actividad esclarecedora del juez, puesto que la contraprueba es de la esencia de la defensa en juicio.⁴⁶ Esta

⁴¹ ALBINA: "Tratado", tomo I, pág. 265.

⁴² C. S. J. en J. A. 1950-I-233.

⁴³ ALBINA, como I, pág. 214.

⁴⁴ Cons. actual art. 188 "in fine" del C. Procedimiento.

⁴⁵ ALBINA, I-215.

⁴⁶ AYARAGARAY: "El principio...", pág. 179 y nota 34: "Reforma Procesal", pág. 82, 330, etc.

afirmación sin embargo no es pacífica. Sentía Meléndez "controvirtiendo la opinión de Peredy" —quien exige el control de ellas por las partes— afirma que "las medidas para mejor proveer no corresponden a la esfera de las partes sino a la esfera del juez, careciendo de base científica la opinión de Peredy".

En algunos fallos¹⁰ se le ha atribuido a Jofré una opinión semejante. Sin embargo, la lectura del "Manual" de este proemialista indica que la opinión en todo caso sería de su anotador y actualizador Isaac Halperín y que sin embargo no es clara en el indicado sentido¹¹.

Además los Tribunales se han expresado varias veces en sentido que implica una lesión de la garantía de la defensa en juicio. Antes de la ley de reforma habían sostenido: que el auto que designa perito puede atacarse alegando falta de control de la pericia¹²; que no es necesaria la notificación a las partes de las medidas para mejor proveer¹³; que no es menester la previa audiencia y que su omisión no motiva nulidad por cuanto ella no está prevista¹⁴. A lo que debe agregarse la afirmación de que no violan la defensa por no emanar de las partes sino del juez¹⁵ y estar bajo el control de éste¹⁶. También resolvió un tribunal que el auto que ordena las medidas no debe ser notificado por cuanto es atribución personal y facultativa del juez, extraña a las partes¹⁷.

Ultimamente se ha decidido¹⁸ que las medidas para mejor proveer no requieren audiencia de partes desde que como no son apelables la omisión de su notificación no puede acarrear nulidad. El principio

¹⁰ Op. cit., pág. 132.

¹¹ FERRER, ALBERTO: "Comentarios al Código de Procedimientos en lo civil y comercial de la Provincia de Santa Fe", Bs. As., 1912, tomo I, pág. 391.

¹² Cám. Trib. Sala I, L.L. 96-273 y voto del Dr. Ratti en L.L. 96-145.

¹³ En la pág. 197 del tomo I afirma que "se disponen sin audiencia de partes", no fundamentando su aserto en otra consideración que el fallo de la Cám. Com. en L.L. 10-729, que cita en su nota 14. Pero si aún parece la verdadera opinión de HAUENSTEIN la que parece traducir sus palabras, puesto que dice en el mismo tomo (citando en nota 14 a la C. S. J. en J. A. 49-493) que "las partes pueden solicitar su ampliación al momento de notificarse de ellas".

¹⁴ Cám. Com. L.L. 8-759, J. A. 44-905.

¹⁵ Cám. Civ. 1ª, J. A. 34-1106.

¹⁶ Cám. Com. L.L. 10-729.

¹⁷ Cám. Com. L.L. 8-759.

¹⁸ Sup. Corte Bs. As., J. A. 26-1395.

¹⁹ Cám. Nac. Paz, G. P. 73-277.

²⁰ Cám. Com. "B", J. A. 1929-1-575. El mismo Tribunal, en E. D. N° 3-1963, pág. 394, con cita de otros precedentes. Se basó en la incurriridad. Cám. Com. "C", E. D. N° 3-1963, pág. 606, invocando antecedentes. En otra oportunidad la Sala "B" dijo que la apreciación de la procedencia o improcedencia de las medidas para mejor proveer, así como las objeciones que surran al procedimiento

tratado es peligroso: la inapelabilidad —cuestión harto discutible— no significa que la medida a producir sea incontrolable; y otro argumento invocado, el de que su orden no está comprendida entre las providencias que deben ser notificadas aún si se la hubiera dictado después del llamamiento de autos, está en colisión con el art. 33, inc. 4º del C. Procedimiento en su redacción vigente. Otra vez se resolvió que si no se establece el agravio que ha ocasionado la omisión de notificar la pericia ordenada para mejor proveer no procede la nulidad pues ésta no puede ser alegada por el simple hecho del contralor de la prueba". La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires decidió " que los tribunales del Trabajo no están obligados a correr vista a las partes de una pericia dictada para mejor proveer.

Para el criterio contrario, que conceptuamos acertado, tuvo acogida en otras ocasiones. Antiguamente, en fallo ya citado" se expresó que la omisión de la notificación del auto que ordena la pericia para mejor proveer autorizaría a impugnar la diligencia y desconocerle valor probatorio, aunque no a sostener la nulidad de la sentencia, bien que el criterio seguido no aparezca claro de la decisión; sin embargo no se conceptuó necesaria la notificación ordenada del auto que fijó la medida, por ser —se dijo— inapelable, criterio con el que disintió el doctor Zambrano. La Cámara Federal de Mendoza" también había resuelto que es nula la pericia realizada sin notificar a las partes ni consentirse la designación del perito.

Una recorrida por los repertorios de jurisprudencia muestra otras decisiones concordantes en época reciente. La Cámara Nacional en lo Civil resolvió que debe notificarse por cédula la medida dictada después del llamamiento de autos, no sólo porque lo suspende, sino porque resanada la producción de la prueba, lo que deben conocer las partes"; y que no hay preclusión respecto de las medidas para mejor proveer de las que no se tuvo conocimiento, si fueron decretadas tras la notificación por nota del llamamiento de autos". La Cámara Nacional del

seguido para su realización deben ser sometidos al Tribunal de Alzada según los recursos que correspondan y no mediante una recusación con causa (J. A. 1961-V-281).

•• Doc. Jud., 1957-II-158, Cas. Com. "A".

•• Rep. L.L. XVI-629.

•• Cám. Com., L.L. 6-769.

•• L.L. 26-190. Muy inexacto es destacar, en el caso, que siendo recusables los peritos, su designación debe ser consentida por las partes, no pena de afectar la liber delicta en juicio.

•• Sala "B", L.L. Rep. XX-997 (1923-5).

•• Sala "D", L.L. 96-686 (1927-2).

Trabajo estimó que "una pericia dispuesta como medida para mejor proveer no se diferencia de las solicitadas por las partes sino en cuanto a su origen, ya que por su naturaleza e importancia como elemento de juicio llamado a orientar el juzgamiento y acaso fundarlo, son potencialmente idénticas para el resultado final del pleito" *; y en otra oportunidad, que una vez consentido el auto que ordenó una pericia para mejor proveer, el hecho de no haberse dado vista de la misma posando en seguida los autos a sentencia haría caer una nulidad **. La Cámara Nacional de Paz ** anuló la sentencia dictada sin haber notificado previamente el auto que hizo saber la pericia ordenada para mejor proveer, tras encontrarse el expediente en estado de dictar sentencia.

Como última opinión, a agregarse a las ya citadas, cabe mencionar la de Abina ** para quien la diligencia debe practicarse con intervención de las partes, y no debe ser cumplimentada mientras el auto —notificado— quede firme.

Las medidas para mejor proveer no escapan a las reglas generales que rigen la prueba, y han de armonizarse con los principios que orientan el Código de Procedimiento. Por ello deben decretarse con notificación —personal o por cédula, o por nota, según corresponda al estado de la causa— y las partes pueden ejercer su control y ofrecer la contraprueba. Aún les cabe exigir que ésta se decrete, y deberá hacerse en cuanto se justifique el agravio que la omisión causaría y la posibilidad de devirtur la probanza requerida de oficio. La inviolabilidad de la defensa en juicio y la consiguiente vigencia de la Constitución Nacional, lo exigen imperativamente.

* Sala I, L.L. 36-143.

** Sala III, L.L. 97-644, aún cuando no se trató la nulidad por no haber sido sostenida.

** Sala IV, G. P. 1960-IV folio 18-639.

** "Tratado", tomo I, pág. 446. En orden de ideas semejante, es destacable que la C. S. J. (L.L. 38-114) resolvió que no tienen otros límites que los fijados por la ley a determinados medios de prueba y el principio de la igualdad de las partes en el proceso: en este mismo sentido C. N. Paz, Sala V, G. P. 137-209 y G. P. 1337).

En un caso particular la C. S. J. decidió que la intimación practicada a una de las partes y dispuesta como medida para mejor proveer en términos imprecisos y ambiguos que impedían al destinatario interpretar razonablemente su alcance, debe considerarse como lesiva al derecho de defensa en juicio, máxime si la respuesta debía versar sobre un hecho no alegado ni probado, teniendo a la vista una circunstancia posterior a la traba de la lita (J. A. 1962-II-617).

REGIMEN DE LOS ACTOS JURIDICOS ENTRE VIVOS
OTORGADOS CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACION
DE DEMENCIA: ARTS. 473 Y 474 DEL CODIGO CIVIL

Por MIGUEL SANCHEZ DE BUSTAMANTE
(Profesor Titular de Derecho Civil, Parte General)

Y

ALBERTO MANUEL VILLALON

I

De acuerdo a lo establecido por el artículo 140 del Código Civil, "ninguna persona será habida por demente para los efectos que en este código se determinan, sino que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente"; es decir, que toda persona es tenida por capaz hasta el momento de la declaración de la insania.

La ley ha establecido un régimen tuitivo para los que han sido declarados dementes, al efecto de protegerlos contra su falta de capacidad para autoconducirse. Es en virtud de ello que se los equipara a los menores, y se les da un curador, impidiéndoles que ejerciten sus derechos por sí mismos.

Pero la demencia declarada produce sus efectos, en principio, solamente después de la sentencia judicial. Sin embargo, se origina en un hecho siempre preexistente, a veces en mucho tiempo a la misma, y que ya actuaba sobre la voluntad, impidiendo al sujeto una normal actuación en relación a la sociedad que lo rodea.

Ello plantea un interesante problema, puesto que se crea antes de la declaración una zona de penumbra y de duda, que cubre los actos en que intervino el demente de facto, y que se hace particularmente densa, en la época inmediatamente anterior a la misma.

En el presente trabajo vamos a analizar los alcances de la sentencia, con respecto a los actos entre vivos, anteriores a la misma.

En torno de ellos encontramos diversos intereses, que deben ser objeto de una cuidadosa consideración. En primer lugar tenemos que

si el alienado ha actuado en un estado de evidente inferioridad, llegando quizás a perjudicar gravemente su patrimonio, la ley no puede negarle su protección, por el sólo hecho de que nadie se haya ocupado antes de lograr la declaración de su incapacidad, o que la sentencia no haya llegado a tiempo para impedir que el insano, de acuerdo al principio del artículo 140, los ejecutara sin inconvenientes. Pero debe tenerse en cuenta también el interés de la sociedad, y de los terceros, que requieren la máxima seguridad y firmeza en los actos jurídicos, ya que los derechos de los que contratan de buena fe con quien se demuestra después que era un insano, deben ser respetados para la seguridad del tráfico jurídico.

II

Las normas legales aplicables son los artículos 473 y 474 del Código Civil, que se encuentran en el capítulo de la curatela. El primero de ellos dice: "Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados"; y el segundo dispone. "Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser, que esta resulte de los mismos actos, o queu se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad".

El codificador señala en sus notas, entre las fuentes del artículo 473, el 503 del Código Civil francés y del 474 el 504 del mismo código. Pero como ya lo señalaba Segovia, las verdaderas fuentes son, del primero, el artículo 289 segunda parte del proyecto de Código Civil español de 1851 que dice "....Los anteriores podrán ser anulados cuando la causa de la interdicción existía notoriamente en la época de su otorgamiento", y del segundo el 290 del mismo proyecto, que disponía: "Después que una persona ha fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos por causa de demencia o locura, a menos que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de intentada la demanda de incapacidad". Este artículo se diferencia del 504 del Cód. Francés, en que se aclara que se refiere a los actos entre vivos.

Es de hacer notar, que en general no se han presentado problemas de interpretación que deban ser resueltos por la exacta determinación de las fuentes, por lo cual la misma es solamente de un interés doctrinario.

III

Los artículos mencionados, se refieren a dos supuestos que deben ser considerados separadamente para su mejor comprensión, ya que proporcionan soluciones un tanto diferentes.

A

En el primer caso, que es el contemplado por el artículo 473, puede obtenerse la anulación de los actos entre vivos, anteriores a la declaración de locura, siempre que se presenten las siguientes condiciones: a) una interdicción declarada judicialmente; b) la existencia pública de la causa de interdicción, es decir de la demencia, en la época en que los actos fueron ejecutados.

El cumplimiento del requisito a) es exigido por una razón muy lógica: la demencia de las personas es algo que puede y debe constatarse judicialmente, comprobación que debe ser previa a toda posible tentativa de anulación de un acto del insano. Lo contrario llevaría al contrasentido de anular un acto para protegerlo, y al mismo tiempo dejarlo en condiciones de continuar dañando sus propios intereses, en ocasiones futuras similares. Además, el texto del artículo es lo suficiente claro en este sentido, para permitir cualquier otra interpretación. Por ello, la declaración de insania previa, es indispensable para aplicar el artículo 473. En caso contrario la situación se rige por lo dispuesto, por los artículos 921 y 1045, que contemplan hipótesis diferentes.

El segundo requisito, desgraciadamente no es tan concreto, y puede dar lugar a varias interpretaciones. Es el término "públicamente", que en la aplicación práctica del artículo, ha originado algunas dificultades. Existen en la doctrina y en la jurisprudencia definiciones que se han hecho clásicas sobre él; un buen ejemplo de ellas, lo constituyen los conceptos de Machado: "La palabra públicamente, debe entenderse por una cosa notoria y de todos conocida... La notoriedad se refiere a cosas que están en conocimiento de todos los que viven en un lugar; pero no podría aplicarse a las personas de paso" (1).

Pero debemos tener en cuenta, que asignar a esta parte del artículo la misma interpretación que se le daba en el siglo pasado resulta anacrónico. Es necesario considerar que las condiciones sociales y demográficas han cambiado profundamente, las ciudades de la República, ya no son en mayor o menor grado, aldeas donde todos se conocen y tratan diariamente.

¹ SORO ALANZO G.: Tratado de derecho Civil. T. I., parte general. Volumen 3. pág. 294.

En la actualidad suele efectuarse una distinción, entre el medio en que se vive en el aspecto familiar y social, y aquel otro en que se actúa económicamente. Cuando más grande es esta separación, también es mayor la posibilidad de que estado de alienación de una persona llegue a ser advertido por sus familiares y amigos, pero no por los terceros que contratan con el insano, teniendo una relación en algunos casos muy breve con él. Ello ha conducido a la jurisprudencia a una muy severa apreciación de la publicidad de la demencia.

Una manera de simplificar en cierta forma el problema, es teniendo en cuenta que el requisito tiende a resolver el ya mencionado choque entre los intereses del insano y de los terceros de buena fe, cuando han actuado con una prudencia razonable. Ello explica que sea aplicable aún en el caso de no ser notoria la demencia, cuando la otra persona la conocía, como lo ha resuelto en forma casi unánime la jurisprudencia.

La apreciación de los hechos que pueden servir para calificar de notoria la insania, siempre debe quedar en los casos concretos al arbitrio del juez, ya que no se pueden fijar principios generales rígidos. Pero deberá tenerse en cuenta que estos artículos son una excepción a los principios generales que tienden a dar firmeza a los actos jurídicos.

Por otra parte, el artículo considera suficiente que la demencia existiera públicamente en la época del acto, sin requerir que se pruebe su existencia en el momento preciso del mismo, con lo que encontramos un nuevo campo de apreciación librado a la prudencia del tribunal.

Cuando se reúnan los requisitos mencionados, los actos entre vivos, atacados en vida del insano, son anulables.

Hacemos notar que carece de importancia que dichos actos sean anteriores o posteriores a la demanda de interdicción, ya que la misma carece de publicidad en el sentido del artículo 473. La situación no sería la misma en el caso del artículo 148, cuando se hubiere nombrado un curador provisorio a los bienes, ya que la serie de medidas que importa esta designación: inhibición general de bienes del denunciado, notificación a los bancos y entidades en que tiene valores, y la indisponibilidad (art. 76 D.L. 23.398/56), crean una fuerte presunción en contra de la buena fe de los que contratan con el insano de facto.

B

El segundo caso, el del artículo 474, se presenta cuando se ataca un acto después de la muerte del presunto insano. El mismo no contempla el supuesto de la impugnación de un acto entre vivos, anterior a la declaración de la demencia de una persona, que luego de la misma ha fallecido: en esta hipótesis la norma aplicable sería la del artículo 473.

La ley ve con suma desconfianza, las tardías acciones de los herederos, que con posterioridad al fallecimiento del causante impugnan actos realizados por éste, alegando su insanias, la que por otra parte no se preocupan de probar en vida del mismo.

Resulta prácticamente imposible hacer un diagnóstico psiquiátrico retroactivo, cuando no se tiene al paciente para su examen, lo que obliga a un procedimiento basado en una prueba indirecta y poco digna de confianza.

Por otra parte, considerando que de prosperar tal acción afecta los derechos de los terceros de buena fe, se comprende la remisión a su admisión.

El artículo 474 sólo permite intentarla en dos casos, que revisten el carácter de excepción al principio según el cual, luego de fallecido el autor de un acto, sin haber sido declarado demente, el mismo no puede impugnarse por causa de incapacidad. Estos casos son: A) si la demencia resulta del mismo acto; B) si este se ha consumado después de interpuesta la demanda de interdicción.

A) El primer caso no debe interpretarse literalmente. Lo que en él se pide para la procedencia de la acción, no es que la demencia quede demostrada por el solo acto. Debe considerarse suficiente que éste, por sus cláusulas ridículas, disparatadas, extravagantes, redacción incoherente o las excesivas ventajas para la otra parte, haga sospechar la insanias. Es decir, consideramos que en ningún caso correspondería limitar la investigación al solo aspecto formal, sino que deberán tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Es difícil, sino imposible, pensar que únicamente el acto jurídico debe proporcionar los datos necesarios para decidir con acierto en una cuestión tan delicada, por la cual será menester recurrir a otras pruebas, salvo hipótesis muy excepcionales.

Por lógica deberá existir en el mismo elemento para hacer dudar seriamente de la normalidad de su otorgante, y que no puedan ser atribuidos razonablemente a otras causas.

Pero siempre la prueba en su conjunto, ha de ser inequívoca y concluyente, sobre todo en esta excepción al principio general, como con acierto lo ha interpretado la jurisprudencia.

B) La segunda excepción que admite este artículo, se presenta con respecto a los actos realizados por el demente, después de interpuesta la demanda de interdicción.

En este caso no puede imputarse a los herederos negligencia, por cuanto ellos han cumplido en su oportunidad con el deber de solicitar

la declaración de incapacidad, no siendo lógico que se vean perjudicados por la muerte del insano antes de la sentencia.

El artículo contempla esa eventualidad, y da a los interesados la posibilidad de demandar la nulidad de los actos a que nos estamos refiriendo, si se llenan algunas condiciones.

El pedido de interdicción a que hace referencia esta parte del artículo, debe ser previo al acto que se ataca, reunir requisitos que señalen su seriedad, y ser legalmente interpuesto; además de no haber sido rechazado, o declarada la perención de instancia.

En todos los casos sería indispensable que se probara la existencia de la demencia, y el hecho de que ésta revestía características tales que hubieran dado lugar a la interdicción en caso de vivir el insano.

En esta parte el artículo 474, da una solución que en cierta forma es contradictoria con la del 473. En efecto, en él no se exige que la demencia fuera pública. Es decir, que los herederos vienen a ser beneficiados por la muerte del insano de facto, antes de la sentencia, respecto de los actos consumados después de interpuesta la demanda de incapacidad, en tanto que los terceros son perjudicados.

Que no se exija la notoriedad en el primer caso del artículo 474 es lógico, ya que la otra parte no puede alegar buena fe si del mismo acto surge la demencia; pero que no sea requerida en el segundo es una incongruencia, difícil de aceptar como una solución justa en lo que respecta a los terceros que ignoraran la iniciación del juicio y no tuviesen conocimiento personal de la insanidad mental.

Spota¹ propone combinar el artículo 473 con el 474, y teniendo en cuenta el espíritu de los artículos 147, 148 y 471, hacer depender la protección de los herederos del incapaz, con respecto a los actos que éste celebró durante el juicio de imania, de la prueba que se dé del conocimiento que el tercero tuvo de la existencia de dicho juicio. Para los inmuebles serviría la anotación de la litis, la inhibición general de disponer, y otras medidas cautelares que se adopten. Con respecto a los demás bienes la notificación coram populus, mediante edictos sería suficiente en general.

Por nuestra parte, consideramos que no se pueden dar soluciones de tipo uniforme, y que en cada caso deben examinarse las circunstancias del acto. Pero siempre se tratará de proteger la buena fe del tercero, que aún actuando con una razonable prudencia no advirtió la demencia del causante.

También se presenta una situación interesante, cuando nos encontramos frente a un acto concluido antes de la interposición de la demanda de imania, por un demente de facto, público y notorio, y que

fallece antes de la sentencia que lo hubiera declarado incapaz. En este caso la ley es clara, aún cuando en algún caso aislado pueda conducir a una solución no del todo justa; dichos actos no son nunca atacables si son formalmente perfectos, y si de ellos no surge ni siquiera indicio de demencia.

Entre nosotros se ha sostenido por parte de Llerena, que el artículo 474 no comprende a las donaciones, basándose en la doctrina francesa. Pero se ha señalado que la verdadera fuente del artículo, no es el 504 del Código Francés, sino el 290 del proyecto de Código Civil Español, no existiendo por otra parte en nuestra legislación, un precepto similar al del artículo 901, que es el que en Francia equipara las donaciones a las sucesiones. Esta asimilación no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello consideramos que la doctrina y la jurisprudencia contraria a la exclusión de las donaciones del régimen del artículo 474, es la acertada.

IV

Régimen de los Actos entre Vivos Otorgados con Anterioridad a la Declaración de Demencia en los Proyectos de Reforma

El Anteproyecto de Biblioni trata la materia, en el artículo 879, del Título XXXIV "De la curatela", Capítulo I, "De la curatela de los incapaces", que dice en su segunda parte:

"Los anteriores a la declaración podrán ser anulados si la causa de la interdicción existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados".

Y en el 880 del mismo capítulo, que dispone:

"Los actos entre vivos de una persona que ha fallecido sin haberse declarado su incapacidad no podrán ser impugnados por causa de ella, a no ser que resulte de los mismos actos, o que se hayan efectuado después de interpuesta la demanda para declarar la incapacidad".

Como vemos, es el mismo régimen de los artículos 473 y 474 del Código Civil.

Salvo ligeras diferencias de redacción es también la solución adoptada por el Proyecto de 1936, en cuyo Libro I, Sección I, Título III, "De la interdicción", encontramos el artículo 56:

"Los actos posteriores a la sentencia, quedarán sujetos a las reglas del Título V "De la nulidad de los actos jurídicos". Los anteriores a ella podrán ser anulados siempre que la causa de la interdicción hubiere existido públicamente cuando se realizaron".

Y el 57:

"Los actos entre vivos de una persona fallecida sin haberse declarado su interdicción, sólo podrán impugnarse cuando la incapacidad resultare de los mismos o si aquellos se hubieran efectuado pendiente el juicio de insania".

Es de hacer notar que en este proyecto se da a los artículos una ubicación más lógica, que la asignada en el Título de la curatela.

En cuanto al Anteproyecto de 1954, el artículo 92 del Libro Primero, Parte general, del Título IV - De las personas sujetas a interdicción o inhabilitación, Capítulo I - De la interdicción, reñe en su texto los dos casos a que nos hemos estado refiriendo, al disponer:

"Los actos celebrados por el interdicto, después de la declaración de interdicción provisional o definitiva, serán nulos.

Los actos celebrados por el interdicto con anterioridad a esa fecha, podrán anularse probándose que la causa de interdicción consignada por el juez de la insania existía notoriamente a la época de su realización.

No mediando sentencia de interdicción, la impugnación de los actos efectuados en estado de insania, insuficiencia o debilidad mental, requerirá la prueba de la carencia de discernimiento del agente en el momento del acto.

No podrán impugnarse por razón de insanidad, insuficiencia o debilidad mental del agente, los actos entre vivos de una persona fallecida salvo que la falla resulte del acto mismo, o que la muerte hubiera acontecido después de haberse solicitado la interdicción del agente".

Este Anteproyecto tiene la particularidad de contemplar el caso en que no existe sentencia de interdicción, supuesto en el cual exige una prueba mucho más severa que en los otros casos. Incorpora, así, al artículo 92, el supuesto de insania que contemplan los artículos 921 y 1045 del Código Civil, y se decide por la doctrina según la cual en esa hipótesis, debe acreditarse la falta de salud mental en el "momento" de realizar el acto.

V

El artículo 473 en la jurisprudencia

Tratándose de un demente declarado, la ley crea retroactivamente un "período sospechoso", en atención a que la insania comprobada en el juicio, ha debido, lógicamente venir de un tiempo atrás, anterior no sólo a la sentencia, sino también a la iniciación del juicio⁴.

Para la anulación del acto celebrado por el demente en el "período sospechoso" es necesario acreditar: A) Que la demencia existía en la época en que el acto fue realizado, es decir, la demostración de que lo estaba, en el tiempo en el que se encuentre comprendido el momento en el que se celebró; B) Que la demencia existía "públicamente", que era notoria en el lugar, o sabida por la generalidad de los que lo trataban, por ser claras las manifestaciones de su mal para cualquier observador, o conocida por la otra parte, ya que en tales condiciones debe imputarse imprudencia o mala fe de quien contrata con él¹.

La notoriedad de la insania anterior a su declaración judicial, es el conocimiento por la generalidad de las personas del lugar, cuando se vive en una pequeña aldea, y de las personas que han tenido trato diario con el incapaz, si se trata de una gran ciudad².

La prueba de los peritos médicos, puede no ser suficiente para dar por acreditado que la demencia existía notoria y públicamente a la fecha del acto impugnado³.

Tampoco garantiza la notoriedad la existencia del juicio, que pese a su carácter público, puede ser ignorado por la generalidad de los vecinos de la jurisdicción.⁴

En algunos casos la notoriedad resulta de la misma forma en que se exterioriza la alienación mental, como si se tratara de un "delirio sistematizado de origen alcohólico"⁵.

O de un demente, ebrio consuetudinario, con varias internaciones, conocido como "loco de barrio"⁶.

La prueba de la publicidad de la alienación mental puede hacerse por testigos, cuya apreciación queda librada al arbitrio judicial⁷.

¹ Srta. Azarero G.: "Limitaciones de la capacidad de una persona mientras está sometida al juicio de insania", nota en "J. A.", 1933-1-149.

² Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, diciembre 17-946, J. A. 1943-1-38.

³ Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, diciembre 17-946, J. A. 1947-1-52;

Cámara Comercial de la Capital, agosto 3-947, L.L. 43-921; Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala III, noviembre 16-944; L.L. 37-356.

⁴ Cámara Comercial de la Capital, marzo 23-944, L.L. 34-358; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala B, diciembre 31-952, L.L. 69-596.

⁵ Cámara Civil 1ª de la Capital, diciembre 30-940, L.L. 26-517; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, Sala B, diciembre 31-952, L.L. 69-596; Suprema Corte de Tucumán, julio 3-949, L.L. 22-396; Cámara Civil 2ª de la Capital, octubre 24-947, J. A. 1943-IV-488.

⁶ Cámara Civil 1ª de la Capital, febrero 16-945, L.L. 33-562; Cámara Civil 1ª de la Capital, diciembre 30-941, L.L. 22-317.

⁷ Cámara Civil 2ª, diciembre 24-1934, J. A. 68-875.

⁸ Cámara Civil 2ª, junio 4-923, G. F. 45-328.

⁹ Suprema Corte de Tucumán, julio 3-948, L.L. 22-396.

Pero como de acuerdo al artículo 140 del Código, la capacidad se presume, la demostración de la incapacidad exige una prueba clara, concordante, y sobre cuya eficacia no pudieran haber dudas*.

Debiendo anularse el acto jurídico, aunque la demencia no haya tenido caracteres de pública notoriedad, si tenía conocimiento de ella la persona que contrató con el insano, o debía conocer su estado en razón de su estrecho parentesco con el mismo**.

Aún cuando se ha dicho que es indiferente la buena o mala fe de la otra parte*.

VI

El artículo 474 en la jurisprudencia

Es principio general que después del fallecimiento de una persona, los actos entre vivos que hubiera celebrado, sólo pueden ser impugnados por causa de incapacidad: a) si del acto mismo resulta su estado de demencia; b) si fue practicado con posterioridad a la deducción de la demanda de insania*.

El artículo 474 del Cód. Civil únicamente es aplicable cuando se trata de actos de una persona no declarada demente durante su vida*.

Estando las donaciones comprendidas dentro de esta norma*.

No procediendo la anulación de un acto jurídico con posterioridad al fallecimiento del otorgante, alegando carencia de discernimiento del mismo, o falta de causa, sino en el caso de las excepciones expresadas en el artículo 474*.

La prohibición, después de la muerte del incapaz de impugnar sus actos, es una sanción contra los sucesores que oportunamente nada hicieron para que se declarara la interdicción, y se le designara un representante a fin que cuidara de su persona y de sus bienes*.

* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala B, abril 1-1954, L.L. 74-184; Cámara de Apelación de Rosario (en pleno), junio 1-1942, L.L. 27-222; Superior Tribunal de San Luis, septiembre 4-1937, L.L. 4-757.

** Cámara Civil 2ª de la Capital, abril 5-1945, L.L. 38-311.

* Cámara Comercial de la Capital, agosto 21-1950, J. A. 63-447.

* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala C, septiembre 7-1961, L.L. 164-722; Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, diciembre 28-1953, J. A. 1954-11-55.

* Suprema Corte de Buenos Aires, marzo 14-1957, L.L. 88-622.

* Cámara Civil 2ª de la Capital, diciembre 28-1952, J. A. 48-578.

* Suprema Corte de Tucumán, noviembre 7-1947, L.L. 52-412; Cámara Civil 2ª de la Capital, junio 13-1938, L.L. 13-131.

* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, Buenos Aires, mayo 14-1951, G. F. 202-265.

La ley exceptúa de esa prohibición los casos en que la incapacidad resulte de los mismos actos realizados por el incapaz, pero dada la necesidad de mantener el orden y la seguridad en las relaciones jurídicas esta excepción debe interpretarse con criterio restrictivo*.

Para llegar a la anulación del acto entre vivos, celebrado por el demente no interdicto, no es necesario que del mismo resulte plena prueba de la incapacidad de quien lo llevó a cabo, bastando al efecto que de él surja "prima facie" que no se encontraba en un estado mental normal, pudiéndose en tal caso examinar las demás pruebas sobre la demencia de aquél*.

Siendo admisible toda clase de pruebas, inclusive la testimonial*.

Pero en todos los casos será una cuestión de hecho sometida al criterio judicial la de saber en qué medida el contenido del acto es extravagante al extremo de denotar por sí sólo la demencia de su autor*.

BIBLIOGRAFIA

- BORRA, GUILLERMO: Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. T. I. Bs. As., 1939.
- BURRO, ENRIQUE E.: Código Civil Anotado. Tomo II, Bs. As., 1945.
- GARCÍA GÓMEZ, FLORENCIO: Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, Madrid, 1832.
- LIAMBLAS, JORGE JOAQUÍN: Tratado de Derecho Civil, Parte General. Tomo I. Bs. As., 1961.
- LIZARRA, BALDIZOSO: Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino. Tomo II, Bs. As., 1939.
- MACHADO JOSÉ OLIVARDO: Exposición y Comentario del Código Civil Argentino. Tomo II, Bs. As., 1903.
- MOLINA, ALBERTO J.: Incapacidad Civil de los Insanos Mentales. Tomo II, Bs. As., 1948.
- ORDAZ, ALFREDO: Derecho Civil Argentino. Personas Individuales, Bs. As., 1948.
- SEGOVIA, LEANDRO: El Código Civil de la República Argentina, Tomo I, Bs. As., 1881.

* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, Buenos Aires, mayo 14-251, G. F. 203-205.

* Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, diciembre 28-255, J. A. 1925-11-22; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala E, octubre 28-261, L.L. 105-103; Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala I, diciembre 28-255, L.L. 82-216.

* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, Buenos Aires, mayo 14-251, G. F. 203-205; Contra: Cámara Civil I, de la Capital, noviembre 13-248, L.L. 43-237.

* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala E, octubre 28-261, L.L. 105-103.

- SALAS, ERNESTO AGUIR: Código Civil y Leyes Complementarias Anexas, Tomo I, Bs. As., 1933.
- SALINAS, RAFAELINO M.: Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Bs. As., 1930.
- SEVEN, ALBERTO G.: Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Parte General, Volumen 2º, VÍDELA ESCOBAR, FERRAZCO: "Acción Jurídica del demente no interdicho", nota en J. A. T. 33, pág. 485.

REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA

GACETA DEL FORO

REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA

PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE CODIGO CIVIL

- BARRION, JUAN ANTONIO: Anteproyecto de Reforma del Código Civil, Tomo I, Bs. As., 1930.
- Comisión Reformadora del Código Civil: Reforma del Código Civil, Tomo II, Bs. As., 1934.
- Anteproyecto de Código Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, Libro Primero, Parte General, Bs. As., 1934.

LA LIBERTAD SINDICAL Y LA LEY 14.455

Por MIGUEL ANGEL MARIANI

S U M A R I O

1. - El tema. - 2. - La libertad sindical, democráticamente considerada. Unidad y pluralidad sindical. - 3. - Orígenes sindical de la reforma constitucional de 1957. - 4. - La ley reglamentaria N° 14.455 es inconstitucional. - 5. - Repetida a sus prescripciones.

1) Plantear con precisión los problemas es la mejor manera de resolverlos. Fijemos entonces los límites y las proposiciones que integran el objeto de esta disertación, evitando rodeos inútiles, a fin de exponer con claridad nuestro pensamiento. Me propongo concretamente, demostrar que la libertad sindical que garantizan la Constitución Nacional y convenios internacionales, y que constituye la espina dorsal del sindicalismo democrático, no se compadece con la ley reglamentaria N° 14.455 sobre régimen legal de las asociaciones profesionales de trabajadores.

Una primera cuestión se nos presenta de inmediato. ¿Qué es, en qué consiste la libertad sindical? Y unida inesorablemente a ella una segunda, a saber: la libertad sindical dentro de un régimen jurídico democrático y la libertad sindical dentro de un régimen jurídico totalitario, pues en unos y otros se habla de la existencia de la libertad sindical.

En los regímenes totalitarios de todos los tiempos, se pregona la existencia y desarrollo del sindicalismo, como una planta que nace y crece en libertad, y bien sabemos que no es así. La historia reciente y la realidad contemporánea de algunos países, nos demuestran que dentro de esas estructuras jurídicas, es un sarcasmo hablar de sindicalismo libremente organizado y autónomo en su quehacer. Bajo o dentro de esas estructuras se desconoce la regla de oro que podemos trunclar diciendo que *el sindicato se hizo para el obrero y no el obrero para el sindicato* y que el viejo Goethe condensó bellamente en este sencillo

pero profundo pensamiento: *En fin de cuentas, la personalidad es la única que cuenta.*

Dentro de un régimen jurídico democrático pueden existir y a menudo existen, aunque resulte paradójico, absurdo, o simplemente inabito socialitario, regulaciones con apariencia democrática, pero de contenido totalitario. Son las desviaciones naturales —no pocas veces queridas conscientemente por intereses o minorías usufructuarías del poder político— que tienen la virtud de obligar a los glóbulos de la libertad a ponerse en pie de lucha para destruir esos avances y evitar contagios peligrosos.

En esta última faena todos tenemos algo que hacer, por insignificante que parezca.

Yo trataré de cumplir con la cuota que me corresponde y con un propósito objetivo y por supuesto estrictamente jurídico.

2) ¿Cómo entendamos entonces nosotros a la libertad sindical, desde un punto de vista auténticamente democrático?

En su acepción general, la libertad sindical es entendida como una de las manifestaciones de la libertad de asociación, consagrada en todas las constituciones democráticas del mundo, la cual configura, al mismo tiempo, uno de los derechos fundamentales del hombre. Este derecho puede ser colectivo o individual, según que se refiera a la facultad de poder organizar libremente, tanto los trabajadores como los empleadores, sus respectivas asociaciones profesionales, sin necesidad de autorización previa, como a la potestad individual de ingresar a un sindicato o de retirarse de él, con idéntica libertad en cualquier momento.

La libertad sindical, como derecho de grupo, fue afirmada por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) y ratificada por la Declaración de Filadelfia (1944). Las Conferencias de los Estados de América miembros de la O.I.T. reunidas en Santiago y La Habana, han insistido sobre la necesidad de garantizar aquel derecho, como lo hicieron la 3ª Conferencia Interamericana celebrada en México (1946) y la IX Conferencia Interamericana de Bogotá (1948). En junio de 1948, la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en San Francisco, emitió una carta de la libertad sindical que tiene análoga significación permanente que el famoso Convenio sobre la jornada máxima de trabajo, adoptado en Washington en 1919. Su finalidad era consolidar una garantía internacional de derechos ya adquiridos, pero no siempre respetados. Por ello, en la reunión del mismo organismo llevada a cabo en Montevideo en 1948, con carácter regional, frente a varias denuncias de violación de derechos sindicales, los representantes

de los gobiernos, empleadores y trabajadores de la mayoría de los países de América, dirigieron un llamado a todos los gobiernos para que el Convenio de San Francisco fuese ratificado a la brevedad posible. Por último las Naciones Unidas, en la solemne Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948, consignaron que "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses", así como que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo".

Es incuestionable que los derechos sindicales son esenciales no sólo al sentimiento de dignidad humana del trabajador, sino que entrañan también la base de todo un mecanismo de relaciones profesionales en la industria: convenios colectivos laborales, comisiones paritarias, entidades de consulta y a veces inclusive, inspección y cogestión, a través de los comités mixtos de empresa. Hoy no se discute que un sistema apropiado de relaciones profesionales, caracterizado por negociaciones entre trabajadores libremente organizados y empleadores, es el más apto para establecer requisitos fundamentales para la vida del trabajador: su salario y las condiciones de su trabajo. Al mismo tiempo, eliminaría numerosos conflictos. Evitaría muchas huelgas y lock outs y facilitaría la implantación de nuevos métodos técnicos. La libertad de asociación, el derecho de reunirse en sindicatos y el de negociar colectivamente, significan garantías de progreso de los trabajadores y de elevación mecánica de la producción.

En el aspecto individual, el principio de la libertad sindical significa que el individuo es libre de asociarse con otros individuos de la misma profesión o de profesiones conexas para organizarse en sindicato, con la única limitación de no proponerse fines contrarios al Estado, a la Constitución, a las leyes y a las buenas costumbres. También es libre de adherirse al sindicato de su preferencia, o de no afiliarse a ninguno. Este derecho tiene, pues, un significado positivo y otro negativo. El alcance negativo de la libertad sindical fue consignado explícitamente en el proyecto de Constitución Francesa de abril de 1946 (art. 30) y decía: "Cada uno adhiere al sindicato de su preferencia o no adhiere a ninguno", proyecto que, habiendo sido desestimado por un referéndum popular, fue sustituido por el preámbulo de la Constitución aprobada en octubre de ese mismo año, en el que figura simplemente esta declaración: "toda persona puede defender sus derechos y sus intereses por la acción sindical en su aspecto negativo: el individuo es libre de no asociarse a ningún sindicato y no puede ser compelido a formar parte de una

organización sindical determinada. Todo compromiso en ese sentido es nulo, por el contrario al espíritu de su declaración constitucional¹.

Todo sistema, régimen o regulación, que de un modo directo o indirecto se funde en la existencia de una sola asociación profesional, es *retrogrado*.

La libertad sindical —dice un autor especializado y reconocidamente cauto en sus expresiones, Devall², importa necesariamente el pluralismo sindical.

En la dialéctica rigurosa de esta libertad, según Gallart Folch³, es *inevitable* reconocer la posibilidad social y consiguientemente la legitimidad jurídica de que en un mismo ámbito profesional existan varios sindicatos, diferenciados entre sí, bien por las tácticas a emplear en los conflictos de intereses con los empresarios, bien por la divergencia de sus orientaciones ideológicas, bien, finalmente, porque en el esquema de la organización profesional concreta se producen superposiciones de límites entre algunas especialidades de trabajo. Esta pluralidad sindical no se da siempre en el libre desarrollo del sindicalismo y mucho menos debe el Poder Público suscitaria maliciosamente, pero cuando aparece en forma espontánea, es *inevitable* reconocerla jurídicamente, pues sería opuesto a la libertad sindical que la legislación paritica, directa o indirectamente la proscribiera.

Es inadmisibile que invocando las dificultades técnicas que en la negociación colectiva de condiciones de trabajo supone el reconocimiento de la pluralidad sindical, o cediendo a imposiciones monopolistas siempre latentes en los núcleos sindicales mayoritarios, se tomara por el atajo de imponer, por vía legal o administrativa, una forzada unidad que, sacrificando el principio de libre determinación de cada trabajador, privarla al movimiento obrero de su espontaneidad que es su aporte más positivo a la vida pública contemporánea. Además los que, enamorados de una normalización geométrica de la variedad sindical, quisieran imponer una preordenación de los cuadros asociativos sometiendo administrativamente a un modelo estructural prefijado, desconocen aquella facultad constituyente.

La unidad sindical puede lograrse sin apartarse de los principios de la libertad sindical, o por la natural extinción de una o varias de las organizaciones concurrentes o por el entendimiento directo y posterior fusión de las organizaciones en competencia. Es el caso ejemplar de los

¹ DEBALL, MARCO: "El nuevo régimen de las Asociaciones Profesionales de Trabajadores", D. T. 1926, p. 361.

² GALLART FOLCH: "El Sindicalismo", p. 173.

Estados Unidos. Tal entendimiento o tal fusión, pueden ser más fácilmente logrados cuando las entidades sindicales que aspiran a la unidad son exclusivamente profesionales o tienen en materia de reformismo social un criterio abierto y amplio, la aceptación del cual no representa violencia moral alguna para las convicciones ideológicas de todos y cada uno de los trabajadores de la profesión. Es pues, la superación de la diversidad sindical, un problema de orientación obrera, que debe ser resuelto libremente en el plano interindustrial, no un objetivo para la actividad legislativa o administrativa del estado, pues los que lo planteen en este último terreno, se salen, consciente o inconscientemente, del área de la libertad sindical, negando, en el orden profesional, el derecho a la divergencia propia de toda solución liberal y democrática.

Si las normas que regulan la constitución y funcionamiento del movimiento sindical, permiten la existencia de pluralidad de asociaciones con el goce de los mismos derechos y obligaciones, sin privilegios para unas o exclusiones para otras, podrá decirse que el sistema es de signo genuinamente democrático. Pero si, por el contrario, únicamente se autoriza, realmente, no en un sentido puramente formal, la existencia de una sola asociación, negándose a las restantes —dentro de la categoría profesional— sus verdaderos atributos, es decir el poder normativo y el poder tributario, que es lo que caracteriza y define la llamada personalidad gremial, entonces es evidente que se trata de un régimen totalitario.

Como ya se habrá advertido, con esta cuestión se relaciona íntimamente el problema de la unidad o pluralidad sindical.

No obstante representar un atentado para la libertad de agremiación —ha escrito Díaz Doim⁴— la adopción del sistema del sindicato único no sería demasiado grave, si las asociaciones profesionales se limitasen a actuar en el plano estrictamente económico; pero es el caso que, con demasiada frecuencia, la política irrumpe en ellas y, entonces, el afiliado, en discrepancia con la orientación de los dirigentes, no tiene más remedio que aceptarla en contra de su voluntad. ¿Se puede admitir, ciertamente, dentro de un régimen liberal, que se obligue a nadie, compulsivamente, a militar en una organización en pugna políticamente con sus convicciones individuales?

Me parece evidente que el problema de la unidad o pluralidad sindical, debe dejarse librado a la exclusiva voluntad de los asociados, siendo éstos los que han de pronunciarse al respecto. La cuestión de si los obreros deben formar un frente único —lo que en otros términos se

⁴ Díaz Doim "Unidad o pluralidad sindical". D. J. A. 4 julio 1933.

forma una sólo central sindical— corresponde que la resuelvan los propios interesados, los trabajadores, llegando a ello por libre determinación, sin necesidad de que la unidad se les imponga desde arriba, por el gobierno, sin consultarles e incluso obligándoles a aceptarla contra su voluntad.

Interesa recordar que la concepción del sindicato único, o dicho en otros términos, el principio de unicidad de representación sindical, es un invento más del fascismo, logrado a la postre luego de las tristemente célebres "expediciones de castigo". La Carta del Lavoro publicada en 1927 y convertida más tarde en ley por disposición legislativa de diciembre de 1928, establecía "el reconocimiento legal de un sólo gremio de empleadores y uno sólo de trabajadores por cada categoría" y en el art. 3º se sentaba el principio de la unicidad de representación, en los siguientes términos que ruego no lo olviden: "La organización sindical es libre, pero sólo el sindicato legalmente reconocido y controlado por el Estado, tiene derecho a representar a la clase para la que ha sido constituido".

El germen maligno de la "Carta del Lavoro", sirvió de modelo a los demás regímenes corporativos y fascistas, desde la Alemania nazi hasta la España franquista, con el sindicalismo vertical-plasmado en el "Fuego del Trabajo", y la Argentina de años pasados, mientras rigió el sistema estructurado por el Decreto 23.852/43.

Felizmente la "Carta del Lavoro" murió con el régimen hitleriano y hoy, en la hermosa tierra de Calamandrei, la Constitución del 27 de diciembre de 1957, en su art. 39 proclama: "La organización sindical es libre. A los sindicatos no se les puede imponer otra obligación que su registro en las oficinas locales o centrales, según las disposiciones de la ley. Es condición para el registro que los sindicatos sancionen un ordenamiento interno de base democrática. Los sindicatos registrados poseen personería jurídica. Representador unitariamente en proporción a sus inscriptos, pueden estipular contrato colectivo de trabajo con eficacia obligatoria para todos los pertenecientes a las categorías a que se refiere el contrato".

Estos principios de genuina raigambre democrática, han permitido la exteriorización vigorosa y el crecimiento espontáneo de cuatro centrales sindicales de distinta orientación política, a saber: la Confederación Sindical Italiana, la Unione Italiana del Lavoratori, la Confederazione Italiana Generale del Lavoro y la C.I.S.N.A.L.

3) Ahora bien; en nuestro país, con motivo de la reforma constitucional de 1957 quedaron incorporados los llamados "derechos socia-

les" entre los que se cuenta el derecho a "la organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial". Siguiendo muy de cerca el modelo italiano, la nuestra no sólo ha garantizado la libertad y el derecho sindical, sino que lo ha condicionado únicamente a que tenga base democrática, sin más exigencia formal que la simple inscripción en un registro especial. Se ha apartado así, intencionalmente, de aquellas constituciones que, garantizando la libertad sindical, la condicionan sin embargo, a la regulación. No se ha querido abrir una brecha para la interferencia legislativa del Estado en la formación y funcionamiento de los sindicatos.

¿Cuál es el alcance del artículo constitucional cuando dice "organización sindical libre?", se pregunta Aja Espil*.

Según el art. 2 de la Convención N° 87 sobre la libertad sindical, aprobada por la Conferencia Internacional de San Francisco de 1948, ya recordada, *libertad sindical es el derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir, sin ninguna clase de autorización previa, organizaciones para la defensa de sus intereses y aspiraciones en el orden profesional, así como la de afiliarse con íntegra libertad de elección a las existentes. Vale decir, que lo que quiere la libertad sindical es que el trabajador tenga no sólo libertad de elección, sino también la posibilidad de elección entre asociaciones profesionales con distintas orientaciones ideológicas.*

Es por ello que un sindicalismo libre exige que todas las asociaciones profesionales que respondan a un mínimo de requisitos *gozan de los mismos derechos y pueden invocar, en igualdad de condiciones, la representación gremial.* Aunque la pluralidad sindical pueda acarrear desventajas para los obreros, lo que por otra parte no siempre sucede, serán siempre menores que las de una forzada unidad sindical.

Nuestros constituyentes de 1957 se apartaron deliberadamente tanto del derecho a la unidad sindical, como de la regulación por la ley de lo relativo a la personería gremial del sindicato. Los integrantes de la Comisión de Asuntos Sociales de la convención reformadora de 1957 sostuvieron que "La ley fundamental no da normas para sindicatos; queda ello librado a la voluntad de los trabajadores. Podrán éstos federarse o confederarse; constituir o no, pero voluntaria, libremente, una central única y monolítica".

Repito "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial", reza el art. 14 nuevo de

* Aja Espil, J.: "La Ley de Asociaciones Profesionales frente a la Constitución Nacional", D. J. A. 14 septiembre 1958.

la Constitución Nacional. La única exigencia compatible con el principio de la libertad sindical, es la condición formal que tiende a dar publicidad al acto de erección sindical.

Santoro Passarelli³, sostiene que el registro es un acto declarativo de conocimiento existencial y formal. El efecto jurídico de la personería deriva automáticamente del mero hecho de la inscripción y no de la voluntad del legislador. Conforme a nuestra Constitución, el nacimiento del sindicato no depende de autorización previa alguna, sino de la simple inscripción en un registro especial. Se ha querido así, sustraer de la esfera estatal todo juicio de valor, siempre peligroso, sobre el nacimiento de la organización sindical. La inscripción significa el funcionamiento automático del sindicato, o lo que es lo mismo, como con certeza lo puntualiza Aja Espil⁴, de la *Asociación Profesional como persona jurídica y con representación gremial*. Y de la posible negativa por parte del Poder administrador debe surgir el republicano recurso ante el Poder Judicial.

4) La reforma Constitucional, en la parte que venimos considerando, ha puesto un dique al poder administrador a fin de que éste no perjudice, directa o indirectamente, el sindicato único, símbolo de una estructura jurídica antidemocrática.

Y sin embargo, ese dique ha sido roto por la ley 14.455.

El ya recordado art. 14 nuevo, asegura enfáticamente, al trabajador entre otros derechos el de ORGANIZACIÓN SINDICAL LIBRE Y DEMOCRÁTICA, RECONOCIDA POR LA SIMPLE INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO ESPECIAL y garantiza a los gremios: CONCERTAR CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO.

Ahora bien, el art. 2 de la Ley 14.455⁵, repite la garantía constitucional al expresar que "los trabajadores tienen el derecho de constituir, libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones profesionales, sindicatos o uniones, y asimismo, el de afiliarse a esas organizaciones. El derecho de afiliarse comprende el de no afiliarse y desafiliarse".

La norma parcialmente transcrita no merece reproche, pero tal derecho queda devirtuado:

a) Con el distingo, manifiestamente inconstitucional, entre asociaciones profesionales con solo personería jurídica y asociaciones profesionales con personería gremial (arts. 15 y 16);

³ SANTORO PASSARELLI: "Experiencia e prospettive giuridiche del rapporto fra la sindacati e lo Stato". Riv. di Diritto Lavoro, 1958, pp. 1 y ss.

⁴ Opus y locus cit.

⁵ Sancionada el 8 de agosto de 1958 y publicada en el Boletín Oficial el 24 de septiembre de 1958.

b) Con la discriminación del poder normativo y financiero que se otorga en exclusividad sólo a los sindicatos con personería gremial (arts. 16 y 33);

c) Con la discriminación odiosa respecto de la exención de toda carga o gravamen en el orden federal, creados o a crearse, sea por impuestos, tasas o contribuciones de mejoras, inclusive de los impuestos por actuación administrativa o judicial y del impuesto a los réditos, sólo en favor de los sindicatos con personería gremial (art. 32);

d) Con la restricción que comporta la necesidad de poder negociar colectivamente únicamente por medio de las asociaciones profesionales con personería gremial (art. 39, inc. d);

e) Con la discriminación respecto de la denominada garantía de estabilidad sindical, mal llamada fuero sindical, que se acuerda únicamente a los trabajadores que ejerzan la representación de una asociación profesional que goce de personería gremial (art. 41, inc. b);

f) Con el privilegio o la desigualdad que significa consagrar que las denuncias de prácticas desleales podrán formularse por cualquier intermedio ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o ante las asociaciones profesionales con personería gremial (art. 52);

g) Con el privilegio en favor de los sindicatos con personería gremial de tener a los empleadores obligados a actuar como agentes de retención, de los importes que en concepto de cuotas o contribuciones, deban abonar los trabajadores (todos, no sólo los afiliados), art. 33);

h) En cuanto sólo permite otorgar en principio personería gremial cuando el Ministerio de Trabajo lo decida a un sindicato de cada actividad (art. 18, 19, 20 y 22);

i) El peligroso juicio de valor subjetivo que comporta la disposición del art. 20.

En resumen, los privilegios que se conceden con generosidad a las asociaciones profesionales supuestamente más representativas, crea una irritante desigualdad y esos privilegios llevan a un sindicato único con plenas facultades, manteniendo, *empere*, como un derecho lírico o platónico el de la libre asociación profesional.

5) La Ley 14.455 que reglamenta la vida de la familia sindical obrera, tiene pues hijos matrimoniales y extramatrimoniales o dicho de otro modo, empleando expresiones barridas de nuestro derecho básico de familia y sucesiones, hijos legítimos por un lado y por otro, naturales, adulterinos o incestuosos.

Estos vicios no se purgan con el tímido y retaceado recurso judicial que instituye el art. 37, por más pretoriano que pueda resultar el criterio interpretativo.

El sindicato único prohibido desde arriba con su cortejo de concesiones y beneficios. La libre y espontánea voluntad sindical embretada por una ley de compromiso. Y si esto último parece una afirmación grave, ahí está el contenido de uno de sus artículos transitorios, el 56, que dice: "Las asociaciones profesionales que al entrar en vigencia la presente ley revistieran el carácter de inscriptas y que, con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley 9270/36 gozaban de personería gremial o se hallaban inscriptas, **READQUIRIRAN AUTOMATICAMENTE ESA CALIDAD A PARTIR DE LA FECHA EN QUE ENTRE EN VIGOR ESTA LEY**".

Es decir, que en septiembre de 1955 no pasó nada y que todo el gremio dirigente sindical que imperó hasta entonces, era un cuento de hadas.

Dice Aja Espil y con plena razón*, que una asociación sin las prerrogativas que acuerda el derecho sindical, no es sindicato y los arts. 16 y 33 de la Ley 14.455, limitan aquéllas para la asociación profesional más representativa. Las demás asociaciones no gozan de tales derechos y no son sindicatos, por más que el art. 15, inc. 7) les acuerda la potestad de usar la palabra sindicato o unión.

Y agrega: sólo un grupo social goza del derecho sindical consagrado constitucionalmente; los demás no.

La exigencia de la mera inscripción que estaba en el pensamiento de los convencionales de 1957, aparece desconocida y palmariamente derrotada.

Afirmo con el mismo autor, que por loable que haya sido el propósito de la ley al perseguir la representación unitaria de los intereses gremiales, no ha podido conciliar esa unidad sindical forzada con el principio constitucional de "la organización sindical libre y democrática".

También queda transgredido el principio de la igualdad, puesto que reconociendo la ley ciertas prerrogativas a una sola asociación o negociadora a otras, que han llamado iguales condiciones: salvo el número ocasional de sus integrantes, se cae dentro de la doctrina clásica de la Corte Suprema que prohíbe se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos (sean individuos o grupos sociales) de lo que se acuerda a otros en igualdad de circunstancias, creando distinciones arbitrarias, injustas u hostiles.

* Opus y locus cit.

Y esto es justamente lo que queríamos demostrar: la libertad sindical, que proclama la Constitución vigente, en su doble punto de vista, es decir del grupo y del individuo, y que también establece el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por la Ley 14.932), se encuentra vulnerado por la Ley 14.433.

La Federación Internacional de los Obreros del Transporte y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres presentó en el año 1950, ante el Comité de Libertad Sindical, la queja relativa a la distinción entre asociaciones profesionales con personería gremial y sin ella. Dicho Comité, "teniendo en cuenta la circunstancia de que la condición privilegiada acordada a las asociaciones con personalidad gremial puede influir indirectamente sobre la libertad de los trabajadores para afiliarse a la organización de su propia elección, recomendó al gobierno argentino la supresión de la distinción entre asociaciones con personalidad gremial y sin ella. La disposición final adoptada expresa: "En conclusión, el Comité recomienda al Consejo de Administración que: 1°) Llame la atención del gobierno argentino sobre la conveniencia de reexaminar los problemas resultantes de la distinción actualmente hecha entre asociaciones con personalidad gremial y otras organizaciones sindicales; 2°) Llame la atención del gobierno argentino sobre la conveniencia de adoptar, si fuera necesario, medidas adecuadas para asegurar, por un lado, a los trabajadores y a los empresarios, el libre ejercicio de su derecho sindical y por el otro, para proteger a sus organizaciones contra eventuales presiones de organizaciones rivales o de terceros".

En una declaración formulada por Ascuá en agosto de 1958, se expresa entre otras cosas: "La Constitución ha querido que el trabajador tenga el supremo derecho de adherirse al sindicato que elija libremente; pero la ley se lo impide en los hechos, porque si se adhiere al que no es el más numeroso, o sea al que carece de personalidad gremial, se incorpora a un sindicato prácticamente inútil, al que la ley apenas si le reconoce la sombra de un derecho. La ley busca la unificación sindical ordenada por el estado, o sea el sistema corporativo, en que los sindicatos son manejados por el gobierno con criterio político y, sin duda, lo logrará, porque muy esclarecidos y abnegados tendrán que ser los trabajadores que se resignaran a pertenecer a un sindicato que en realidad no les serviría para nada. La Constitución no crea ningún obstáculo a la unidad sindical —que sin duda es lo deseable y lo más eficiente para la defensa de los intereses de los trabajadores— pero no la impone por indirecta coerción, violando los fueros de la persona humana y abriendo el camino para convertir a los sindicatos en instru-

mentos positivos del Estado, sino que despeje las vías para que sea lograda por la voluntad libre de los trabajadores, único modo de que tenga plena independencia y no respondan nada más que a sí mismos. La ley de asociaciones profesionales atenta, en suma, contra el principio de la igualdad ante la ley, que a los argentinos nos viene desde el fondo de la historia, expresado por Mariano Moreno con palabras memorables en el famoso decreto de supresión de honores: "Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad".

También los Colegios y Asociaciones de Abogados, han enjuiciado los defectos y vicios constitucionales de esta reglamentación y autores de prestigio como Pozzo, Cabanellas, Deveall, Krotoschín, Fernández Giannotti, Aja Espil y Díaz Doín y organizaciones sindicales genuinamente democráticas, han destacado sus contrasentidos y el hilo conductor dictatorial y totalitario que la enhebra.

Dos palabras más:

La discusión en Diputados fue sorpresiva. La minoría tuvo que improvisar prácticamente, para defender las claras prescripciones Constitucionales que ofendía el proyecto llevado al debate sin dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

Se demostró, aunque no con la profundidad y extensión que un tratamiento en tiempo propio hubiera permitido, que el proyecto tenía los perfiles de una ley no democrática y que no garantizaba el derecho a las minorías estableciendo la sindicalización única; que tenía un contenido totalitario, fascista y regresivo; que daba a un grupo la parte del león y a otros se los excomulgaba e interdicta; que distinguidos juristas como Bielsa, Sánchez Viamonte, Corona Martínez y Bassi, lo calificaron de discrecional e inconstitucional¹.

Algún Diputado dijo: cumplímos una promesa electoral. Otro, de extracción obrera, se vacunó contra el virus del ocultado parentesco en que venía montado el proyecto, exclamando: "Yo estoy con la ley en sí", repudiando indirectamente las disposiciones transitorias, una de las cuales ya hemos enjuiciado².

¹ Exposiciones de los diputados Testa, Pozzo, Becerra C. A. y Peretta (Diario de Sesiones, reunión del 27 de junio de 1938, págs. 1947, 1958, 1957 y 1969).

² Diario de Sesiones de la Cám. de Diputados, sesión del 24 de julio de 1938, págs. 1879 y n.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Por PEDRO MARIO GIRALDI

Planteo del problema:

La importancia práctica de determinar con exactitud la naturaleza de una institución jurídica reside en el hecho de que a través de ella suele encontrarse la guía utilizable para la integración de una norma insuficiente u obscura. Recordemos que el derecho positivo no admite lagunas y que es deber ineludible del jurista hallar siempre la regla aplicable al caso (Código Civil, art. 15).

Será motivo de este estudio el tratar de establecer la naturaleza jurídica del directorio de la sociedad anónima o, sea dicho en otras palabras, la índole de las relaciones que existen entre una sociedad anónima y las personas que integran su directorio.

En nuestro país, aparentemente no cabrían dudas al respecto frente a las disposiciones contenidas en los arts. 336, 337, 338 y 346 del Código de Comercio por cuanto hay una indicación explícita en el sentido de que los directores son mandatarios. No obstante ello, se verá que no es así, que la actuación del directorio de una sociedad anónima no encuadra dentro de la figura del mandato, si nos atenemos a una técnica escrupulosa.

Según las reglas tradicionales, una ley clara no debe interpretarse sino ser aplicada en el sentido literal de sus términos, aún cuando la solución aparezca injusta o absurda. Este respeto sagrado que inspiraba el texto de la ley a los antiguos juristas y que se sintetiza en el retumbante "no conosco el derecho civil, sino el código Napoleón" de Bugnet ha sido superado por los autores modernos. Toda ley es susceptible de interpretación y esto implica desentrañar y preclarificar el contenido de la norma jurídica formulada en ella, delimitando su alcance. Sean claras

u obscuras, todas las leyes tienen una significación que el intérprete precisa establecer, aún cuando contraría el texto explícito de las mismas*.

Esto por cuanto en el estado actual de las investigaciones psicológicas sobre los alcances y las limitaciones del lenguaje, se puede afirmar con certeza de que nunca las palabras son la traducción exacta del pensamiento. Hay siempre una divergencia —más o menos grave— entre lo que se piensa y lo que se dice, y esto es aplicable también al quehacer legislativo. Pretender que el legislador haya empleado el término que se ajusta fielmente a una idea, es partir de una base falsa. Por el contrario, la realidad enseña que el redactor de una ley se equivoca frecuentemente. Nuestros códigos son buen ejemplo de ello*.

Por otra parte, aún cuando la redacción de la ley sea clara, la finalidad puede ser ambigua, o darse la situación inversa. De aquí que se haya resuelto que "por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento legal del país. En tal indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenderse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere"†.

Los límites de actuación de un director en el ejercicio de sus funciones pueden ser fijados diferentemente según se lo considere o no como mandatario, vale decir, según apliquemos rigurosamente el texto legal que nos remite inmediatamente a las reglas del mandato (Código de Comercio, art. 346), o si en cambio posponemos éstas a los principios generales del derecho societario. Diferiría en mucho la solución del caso que se plantearía si un director retuviera bienes o valores de la sociedad anónima que se hallasen a su disposición, se motivo de no haber sido reintegrado de gastos hechos en beneficio de la sociedad anónima (Código Civil, art. 1555), o si delegara sus funciones (Código Civil, art. 1524).

La primera conclusión a que se llegó acerca de la naturaleza jurídica del directorio era de que se trataba de un mandato. Aún cuando a poco se vio que esta figura jurídica resultaba inadecuada, los autores siguieron influidos por la terminología legal común en los códigos inspirados por la legislación francesa. Se desarrollaron posteriormente varias corrientes doctrinarias que se apartaron de la idea del mandato, viendo en el vínculo del directorio con la sociedad ya una representa-

* FONTANARROSA, R. O.: "Derecho Comercial Argentino". Buenos Aires, 1964, pág. 68.

† FONTANARROSA, R. O.: *Op. cit.*, pág. 68.

‡ Corte Suprema de la Nación, 25 de agosto de 1958; "Revista de Jurisprudencia Argentina"; Tomo 1958-II, pág. 311.

ción, ya una compenetración más íntima, ya un contrato de trabajo, ya una relación equiparable a la que une a los funcionarios públicos con el Estado, etc., etc. Pasaremos revista sucintamente a las más importantes y luego nos ocuparemos de la orientación seguida por la jurisprudencia de esta República.

Teoría del Mandato.

La ley de sociedades por acciones francesa de 1867 (art. 22), el Código de Comercio Italiano de 1882 (art. 121), nuestro Código de Comercio, en las disposiciones precedentemente indicadas, utilizan expresamente los términos "mandato" o "mandatario", aplicando así la doctrina tradicional que ve en los directores mandatarios de la sociedad o de los accionistas (en esto no hay acuerdo completo). Las reglas del mandato son las que determinan las relaciones entre directores y la persona jurídica que administran.

Los textos legales a su vez fundaron las opiniones de muchos tratadistas franceses e italianos y en idéntico sentido se pronunció la doctrina clásica nacional.

Según R. L. Fernández "los directores ejercen un mandato necesario", concepto fundamental que debe tenerse en cuenta a efecto de determinar sus atribuciones, deberes y responsabilidades". Esta categoría de mandato necesario nos resulta algo confusa puesto que supone la obligatoriedad de una figura contractual que como tal está esencialmente fundada en el libre acuerdo de voluntades.

C. C. Malagarriga dice que el precepto contenido en el art. 346 del Código de Comercio es de contenido puramente doctrinario y por lo tanto que pudo ser suprimido por cuanto "aunque no hubiera sido incluido en el código habría que acudir, ante la ausencia de disposiciones legales y de cláusulas estatutarias o de resoluciones de la asamblea

* RAC, F.: "Des Sociétés Commerciales". París, 1905; Tomo II, pág. 533 y siguientes. TRALLER, E.: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". París, 1922, pág. 279. VIGARELLI, C.: "Trattato di Diritto Commerciale". Milán, 1936; Tomo II, pág. 109. VIGARI, E.: "Corso di Diritto Commerciale". Milán, 1935; Tomo I, pág. 485 y 491. NARAZANO, U.: "Trattato Elementare di Diritto Commerciale". Milán, 1911, pág. 99. SCOVINA, L.: "Explicación y Crítica, etc.". Buenos Aires, 1892; Tomo I, pág. 361 y siguientes. SANCHEZ, J. B.: "Comentarios del Código de Comercio". Buenos Aires, 1933; Tomo V, pág. 129. CASASSO, M.: "Curso de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1924; Tomo I, págs. 340 y 341. CORTIJO, R. S.: "Curso de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1935; Tomo III, pág. 225 y apm.

* FERNÁNDEZ, R. L.: "Código de Comercio Comentado". Buenos Aires, 1942; Tomo I, pág. 483. CONFORTI, ROSARIO, M.: "Tratado de Derecho Comercial Argentino". Buenos Aires, 1938; Tomo II, pág. 429.

de socios... a las reglas del mandato"*. Esta opinión parecería ser abonada por el art. 2392 del actual código italiano donde, no obstante haberse suprimido la calificación de mandatario que aplicaba el derogado código de 1882, ordena que "los administradores deben cumplir los deberes impuestos a ellos por la ley o por el acto de constitución con la diligencia de un mandatario".

La doctrina del mandato hace tiempo que está en descrédito. La imposibilidad de que una sociedad anónima pueda funcionar sin directores es de por sí suficiente para excluirla, ya que no se puede concebir la existencia de un mandato allí donde no hay posibilidad de que exista tal mandato. El mandato, el otorgamiento de facultades especiales por un sujeto de derecho a otro sujeto de derecho, debe ser no solamente voluntario sino también libre, en el sentido de que pueda o no ser hecho¹.

Por otra parte, si bien el mandato es un contrato, el directorio no es nombrado por contrato sino mediante una resolución de la Asamblea. No es ésta la oportunidad de ocuparnos de la naturaleza jurídica de la deliberación/resolución de la asamblea, estudio que se vincula directamente con la doctrina del negocio jurídico y de los actos colegiados. Déganos solamente que, mientras que el contrato es un único negocio que consta de una proposición y una aceptación, la deliberación/resolución es un negocio unilateral destinado a encontrarse con la aceptación por parte del director designado, lo que a su vez constituye otro negocio unilateral.

También difiere la relación directorio-sociedad de la mandatario-mandante en el hecho de que en esta última, el mandante continúa siendo el dueño del negocio, controla la actividad del mandatario y le imparte —de así quererlo— instrucciones a las que éste debe ajustarse obligatoriamente (Código Civil, art. 1905; Código de Comercio, art. 238 por analogía). Por el contrario, el directorio se encuentra frente a la Asamblea en una posición autónoma e independiente que no puede conciliarse con la esencia del mandato². No hay, en un sentido general, ni control permanente ni posibilidad de dar instrucciones, e inclusive, la limitación de las facultades estatutarias del directorio pueden escapar a la voluntad de la asamblea, como ocurriría si ésta no contara con la

* MALAGARRIGA, C. C.: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1958; Tomo I, pág. 434. En el mismo sentido: FIORENTINO, A.: "Gli Organi delle Società di Capitali". Napoli, 1959, pág. 96.

¹ FIORENTINO, A.: Op. cit., pág. 94. GARZÓN, J. y ULLA, R.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas". Madrid, 1953; Tomo II, pág. 39.

² FIORENTINO, A.: Loc. cit.

mayoría necesaria para reformar el acto constitutivo (Código de Comercio, art. 354).

De lo expuesto se desprende que la teoría del mandato no es la que corresponde para determinar la esencia de la función que cumple el directorio de una sociedad anónima. No obstante su arraigo y su valor histórico, carece de precisión. Las diferencias entre un mandatario y un director son profundas e infranqueables*, y sólo podría ser admitida la figura del mandato por el prurito de aienens a la letra de la ley pero a costa de desdibujarla tras un cúmulo de excepciones y agregados**.

Teoría de la representación

Para superar las objeciones provocadas por la teoría del mandato, una corriente doctrinaria se inclina por ver una semejanza entre la función del directorio y la representación necesaria de los incapaces de hecho. Así la sociedad anónima, incapaz de querer y obrar por sí misma, lo haría por intermedio de sus representantes necesarios, asamblea y directorio, tal como un menor impúber lo hace a través de su tutor o un insano declarado en juicio, de su curador**.

Suponer a una persona jurídica como incapaz de hecho dentro del significado jurídico propio de esta expresión, o sea, como consecuencia de la falta de madurez o defecto en las facultades intelectuales o volitivas del sujeto, es forzar gravemente los conceptos. Aquí no se trata de un defecto de facultades sino de un particular y necesario "modo de vivir", "modo de ser" que no podría ser cuestionado si no se pone en tela de juicio el concepto mismo de lo que es una persona jurídica**.

Cualquiera que sea la teoría que se acepte respecto de la naturaleza de personas jurídicas (realidad, ficción, etc.) es innegable que carecen de existencia física, o sea, dicho en otras palabras, que se trata de entes abstractos. De esto se desprende que una persona jurídica no podría vivir en el mundo del derecho, esto es, no podría querer y obrar, sin personas físicas que le suministren, con su voluntad y actividad, los datos concretos de que carece. La persona jurídica, así como tiene una estructura diferente a la de una persona física, así también tiene una forma

* FERRAZZANO, L.: "La Dirección de las Sociedades Anónimas". Buenos Aires, 1961, pág. 28.

** Confirma: DE GAZZANO, A.: "De las Sociedades y de las Asociaciones Profesionales". Buenos Aires, 1959; Tomo I, pág. 314.

*** Rocco, A.: "La Rappresentanza delle Società Commerciali" (nota a lilla) en "Rivista di Diritto Commerciale"; Tomo 1911-I, pág. 378. Gazo, F. J.: "Sociedades Anónimas". Buenos Aires, 1954; Tomo II, pág. 418.

**** FERRAZZANO, L.: Op. cit., págs. 2 y siguientes.

diversa de querer y obrar. En cada persona jurídica existen por lo tanto, y deben necesariamente existir, una o más personas físicas que, según una atribución legislativa o estatutaria de funciones, forman la voluntad del ente, la manifiestan eventualmente ante terceros, y obran en consecuencia; voluntad y actividad que para todos los efectos valen como propias del ente abstracto. No se trata por consiguiente, de una o más personas que quieren y obran por el ente, sino el ente mismo que quiere y actúa¹⁸.

La representación, como el mandato, implican la existencia de dos sujetos: el mandante o representado y el mandatario o representante. Son actos de carácter dualista, mientras que los órganos de una sociedad anónima son de carácter monista¹⁹. Es decir que para que exista representación es necesario que el representante exprese su propia voluntad, pero en nombre de un interés ajeno. El órgano en cambio es el vehículo, el instrumento o el trámite por medio del cual se expresa la voluntad del ente abstracto, persona jurídica, que actúa directamente y en nombre propio²⁰.

No puede haber pues, representación porque no hay entre las personas físicas (directorio) y el ente abstracto (sociedad anónima) una disociación de sujetos. Por el contrario, hay entre ellos una indisoluble compenetración que hace a la esencia misma de la persona jurídica.

Cree mos oportuno hacer notar el peligro de caer en graves errores conceptuales por equiparar instituciones del derecho de familia —tutela, por ejemplo— con figuras exclusivas del derecho societario. Las condiciones especiales propias de un derecho no patrimonial da a la tutela su característica inconfundible que lo incorpora y hace participar del conjunto complejo de derechos y deberes recíprocos que nacen del parentesco. Solamente en forma accesoria puede analizársela con referencia a los bienes del incapaz. Antes que el patrimonio, la ley busca preservar la personalidad o sea la protección del ser humano, en sentido lato. Aceptado lo que antecede, resulta artificiosa la equiparación antedicha y además peligrosa, pues es proclive a la extracción de conclusiones jurídicamente falsas.

Todo lo dicho respecto de la representación no obsta para que un director, individualmente considerado, pueda ser representante de una sociedad anónima. Si tiene facultades para vincular a la sociedad con

¹⁸ FERRASANO, A.: *Lac. cit.*

¹⁹ COLASANTINI, G. R.: "Las Asambleas y el Directorio en las Sociedades Anónimas: su Naturaleza Jurídica". "Revista de Jurisprudencia Argentina"; Tomo 1967-III, sec. doc., pág. 130.

²⁰ FERRASANO, R. O.: *Op. cit.*, pág. 323.

terceros, actuando en nombre de la misma, obligándola con su firma, nos encontramos frente a un representante que será o no un mandatario, según cual sea el origen de su poder. Así como un factor (Código de Comercio, art. 138), un dependiente (Código de Comercio, art. 151), o un tercero cualquiera puede en determinadas circunstancias ser mandatario o representante de una sociedad anónima, así también puede serlo un director. De lo que aquí hemos tratado es del directorio en sí, considerado como órgano colegiado¹².

Teoría del Órgano

Al hacer la crítica de la doctrina de la representación, ya hemos esbozado la llamada teoría del órgano. Se funda en el hecho de la necesaria existencia en toda persona jurídica de una o más personas físicas que integren su voluntad, la manifiesten eventualmente ante terceros, y actúen por ella. Pero, como ha quedado dicho, toda esta voluntad y esta actividad deben ser consideradas y valoradas como propias del ente.

Según la definición de Bonelli "Órganos de una unidad patrimonial son los elementos por medio de los cuales la misma quiere y obra, esto es, se comporta como sujeto (término de relación de derecho) en el mundo jurídico"¹³.

La teoría del órgano explica correctamente la naturaleza jurídica del directorio y es la que prevalece triunfalmente entre los autores contemporáneos¹⁴. Ha sido adoptada implícitamente por el código italiano

¹² O unipersonal en el excepcional caso de que así lo fuera (Código de Comercio, art. 335).

¹³ Citado por: de GONZALEZ, A.: Op. cit., pág. 312. Para A. BAUSERRI órganos de un ente dotado de su propia personalidad son "la persona o el grupo de personas físicas que, por voluntad de la ley, han sido autorizadas para manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para el cumplimiento de sus fines" ("Trattato del Diritto delle Società". Milán, 1948. Tomo II, pág. 283).

¹⁴ ROSSI, G.: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1954. Tomo II, pág. 368.

En Italia, entre otros: MARINO, F.: "Manual de Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires, 1925; Tomo V, págs. 453, 483 y 666. MOGA, L.: "Derecho Mercantil". Buenos Aires, 1949; Tomo I, pág. 171. ACCIARI, T.: en nota a fallo del Tribunal de Firmas en "Il Foro Italiano"; Tomo 1949-I; págs. 517 a 529. BAUSERRI, A.: "Lezioni sulle Società Commerciali". Padova, 1935, pág. 197. FISSI, G.: "Manuale di Diritto Commerciale". Torino, 1961, pág. 233, etc.

En España: ULA, E.: "Derecho Mercantil". Madrid, 1958, pág. 230. GARRIGA, J. y ULA, E.: Op. cit.; Tomo II, págs. 19 y 20. LACORTA, E.: "Manual de Derecho Mercantil Español". Barcelona, 1954; Tomo I, pág.

de 1942 y la ley española de sociedades anónimas de 1951. Tanto uno como la otra hablan de "órganos sociales" al encabezar los capítulos destinados a reglamentar las autoridades de las sociedades anónimas.

Llegando a este punto, se ha planteado el problema de qué es lo que debe considerarse órgano, si la persona física que quiere y obra por la sociedad o las funciones por ella desempeñadas, (el centro de competencia, según la expresión de Fiorentino). Participemos del horror de Scialoja por quienes hacen del estudio teórico del derecho una esfera nebulosa de la cual no puede descender sobre la práctica sino un granizo nocivo, nunca una lluvia benéfica¹¹, y no sigamos los perniciosos de esta polémica que no es más que un alarde de sutileza bizantina. Como lo explica admirablemente Fiorentino, tras calificar de horrible neologismo la expresión "portadores del órgano" con la que los juristas alemanes habrían querido dar su palabra definitiva sobre el tema, todo depende a la postre según sea el punto de vista del que se contemple la cuestión¹².

En Alemania: GROSS, J. Von: "Derecho Comercial y de la Navegación", Buenos Aires, 1953; Tomo I, pág. 435.

Entre nosotros: HALLAM, L.: "Manual de Sociedades Anónimas", Buenos Aires, 1954, págs. 325 y 328. ZAVALA ROSSIGNOL, C. J.: "Código de Comercio Comentado", Buenos Aires, 1953; Tomo I, pág. 423. COLOMBINI, G. R.: Op. cit., pág. 134.

¹¹ Citado por FORTASSONA, R. O.: Op. cit., pág. 73 (en nota).

¹² "Si se considera la persona jurídica como una organización abstracta, esto es, como un complejo de normas abstractas tendientes a ordenar la constitución interna de la persona jurídica, parece indudable que no pueda a su respecto hablarse de órganos, sino referidos a la función, esto es, a aquellos centros de atribución de funciones o de poderes de los que se alzó más arriba; así, ejemplificando, órganos del ente-sociedad son la asamblea, el directorio, el colegio de síndicos, y no las personas físicas que en un determinado momento puedan materialmente formar parte de los mismos. Si en cambio se considera la persona jurídica bajo el aspecto de una organización concreta, también parece indudable que los órganos adquieren a su vez carácter concreto sólo si al elemento formal se le agrega el elemento material, o sea, si aquellos centros formales de competencia se materializan, por así decirlo, en una o más personas físicas; así, ejemplificando, órganos del ente sociedad son, en este aspecto, la asamblea, el directorio, el colegio de síndicos, considerados como aquellos colegios, más o menos amplios, de personas físicas que en un determinado momento ejercen aquellas funciones o ejercían aquellos poderes, de los cuales el órgano, considerado en forma abstracta, es centro de atribuciones...

Aquellas personas físicas cuando actúan, en officio o qualitate, sirven para suministrar intelecto y voluntad a aquel órgano que sin ellas no sería más que una forma vacía. Es el órgano, que ha llegado así a ser algo concreto, quien de tal modo piensa y quiere y, a través de él, es la persona jurídica que piensa, quiere y actúa" (op. cit., págs. 4 y 5).

Se sostiene también que entre el directorio y la sociedad anónima media un contrato de trabajo. Así lo establece expresamente la ley alemana de sociedades por acciones de 1937 y también ha sido reconocido en nuestro país, al interpretarse los alcances de leyes de jubilaciones, en especial, la ley 11.575 sobre jubilaciones y pensiones bancarias.

No es la oportunidad de considerar en detalle las estipulaciones de la ley alemana cuyo régimen integral —influido fuertemente por el sistema nacionalsocialista— difiere notablemente del seguido por las demás legislaciones. En lo referente al directorio, como en tantos otros puntos, conagra disposiciones novedosas: el directorio es nombrado mediante contrato que celebra con un "consejo de vigilancia", cuerpo que proviene de la elección de la asamblea.

Naturalmente que todo esto es inaplicable entre nosotros. Que en pie, sin embargo, la doctrina de los fallos que reconocen carácter de empleados a los directores de compañías bancarias.

Es nota específica del contrato de trabajo el requisito de la subordinación, que será más o menos rígido según la categoría del trabajador, pero que no puede faltar porque si falta, se está fuera del contrato de trabajo¹¹.

Aquí hay otra cosa: el director integra un directorio; sólo, o en compañía de sus colegas forma parte de los órganos sociales, verdaderos creadores del pensamiento y voluntad de la persona jurídica. No es un dependiente subordinado a la sociedad sino que tiene su propia esfera de competencia. Frente a una decisión de la Asamblea contraria a la ley o a los estatutos, el director no sólo puede sino que debe desacatarla. ¡Cuán lejos esto del concepto de subordinación!

Evidentemente que puede ocurrir —y ocurre frecuentemente— que el director sea a su vez empleado de la sociedad. Este es el problema del director-empleado que tanto ha dado que decir. La licitud del contrato de locación de servicios entre una sociedad anónima y un miembro de su directorio carece de relevancia respecto del problema materia de este estudio. No es la designación por la asamblea la que da al director calidad de dependiente; no resulta empleado por el hecho de su nombramiento como director. Lo será después, o lo habrá sido con anterioridad, pero todo esto es ajeno a la resolución de la asamblea.

¹¹ = Código Civil Suizo: "El proveedor de trabajo subordinado quien se obliga mediante constitución a colaborar en la empresa, prestando el propio trabajo intelectual ó manual en sus dependencias y bajo la dirección del empresario" (art. 206^o).

El trust en el derecho angloamericano es una relación fiduciaria en virtud de la cual una persona como titular de ciertos derechos está sometida a obligaciones fundadas en la equity, en beneficio de otra persona, o por un interés de orden general²². La comprensión de esta institución es un poco difícil para los estudiantes argentinos pues por lo general carecen del conocimiento necesario sobre la dualidad del régimen jurídico existente en el derecho anglo-sajón: el common-law y la equity.

Los bienes fiduciarios pertenecen en propiedad a la vez al fiduciario y al beneficiario, al primero según el "common-law", al segundo por la "equity". Esta idea de doble propiedad no es fácil de ser captada inmediatamente por el jurista formado en el derecho romano, aún cuando en Roma se distinguiera entre propiedad quirritaria y bonitaria.

En los Estados Unidos tuvo origen y desarrollo la idea de ver en el directorio de una sociedad anónima un fiduciario. Adaptando la definición del American Law Institute al caso, el directorio estaría costreído a administrar en beneficio de otra persona, ciertos bienes fiduciarios. ¿Cuál sería esta otra persona?, ¿los accionistas, la sociedad o algo mucho más amplio, que llamaremos "comunidad empresaria"?²³

Se ha dicho que aún cuando el nombramiento de los directores provenga de los accionistas, ellos no están sujetos a las órdenes provenientes de la mayoría sino que por el contrario deben actuar con independencia de juicio y en interés de la sociedad²⁴, pero esto hace más a la naturaleza de su función (relación fiduciaria) que a la persona del beneficiario, *estui qui trust*. En efecto: las facultades del directorio, y la amplitud con que la jurisprudencia ha interpretado las mismas, se acomodan bien con la idea de un trust, como ocurre por ejemplo, con la aprobación de los balances que, en principio, no necesitan la aprobación de la asamblea, con la fre-

²² GOLESCOVSKY, R.: "Trust, Fideiuci y Simulación". Buenos Aires, 1954, pág. 3.

²³ La expresión está empleada con el sentido que se le da en los Estados Unidos.

En Alemania, tiene un significado más restringido: "comunidad empresaria es la entidad, en un sentido jurídico, que forma el comerciante con sus empleados y obreros" (GROSS, J. Von: Op. cit.: Tomo I, pág. 11).

²⁴ Como dice G. BALLAUBEN: "Los directores tienen el deber de actuar por la corporación de acuerdo con su mejor criterio, siendo de tal modo incontrolables, ni siquiera por la mayoría de los accionistas, en el ejercicio razonable de su discreción y en el cumplimiento de su obligación para el beneficio de todos los interesados" ("Corporation". Chicago, 1948, pág. 122).

WARR, GEORGE: SMITH, A. P.: "The Society per Arbitri negli Stati Uniti". Milano, 1951, pág. 71.

cuenta delegación que se hace en el directorio del poder de modificar los estatutos, con la falta de consecuencia por los actos ultra vires, etc., etc.

Queda en pie el problema. Si el directorio es un fiduciario, ¿quién es el beneficiario, la sociedad o lo que hemos llamado "comunidad empresarial"?

El punto se vincula estrechamente con un tema de apasionante interés: el análisis de las transformaciones del capitalismo moderno, de la evolución sufrida por la propiedad privada (¿capitalismo sin capitalistas?) y de la influencia que en estos cambios ha tenido y tiene la sociedad anónima actual. La gran compañía anónima ha mucho que habría excedido los moldes previstos por el legislador e irrumpido violentamente en el ámbito del derecho público o, por lo menos, se habría operado una zona crepuscular donde se confundirían derecho público y privado, campo donde se ubicaría a la sociedad anónima moderna, con sus miles y miles de accionistas desconocidos, desprovistos de influencia en el gobierno de la corporación ni preocupados por tenerla, con sus administradores-técnicos que se autoperciben en el manejo de los negocios, con su gran cantidad de dependientes, de clientes, de proveedores, etc., etc.

Los directores deben contemplar tantos intereses en la administración de esta institución cuasi-pública y perpetua que es la sociedad anónima moderna, que resultarían fiduciarios no de los accionistas ni de la sociedad, sino de todos los elementos componentes de la empresa: el personal, la clientela, los proveedores, los distribuidores y el público en general, interesado este último en que la compañía haga su negocio honestamente, funcionando en el interés público y cumpliendo sus obligaciones como debe hacerlo un grande y buen ciudadano¹⁸.

¹⁸ Cassa, J. C.: "La Administración de las Sociedades Anónimas en el Proyecto Neoparkins y en el Anteproyecto Argentino" en "Revista de Jurisprudencia Argentina"; Tomo 1961-V, sec. doc., pág. 108, donde se cita y reproduce parte de la polémica entre Adolf A. Berle y E. Merrick Dodd acerca de si el directorio es fiduciario de los accionistas o de la comunidad empresarial, acordando Berle el punto de vista tradicional aún cuando después reconoció que la razón asistía a Dodd.

Cassa se coloca en una franca postura institucionalista que funda en la distinguida variación que tiene sobre el derecho de las corporaciones en los Estados Unidos: "Aunque claramente aceptado por los juristas norteamericanos, ignorantes de las teorías de Harlow y Beard, y libres de los prejuicios nacidos en los regímenes totalitarios en Europa, el carácter de institución cuasi-pública y perpetua de la gran sociedad anónima, etc." (loc. cit.).

Lo mismo dice en un comentario bibliográfico a "The Corporation in Modern Society", conjunto de varios trabajos editados por la Universidad de Harvard en 1960, cuando se refiere al énfasis que ponen los autores norteamericanos en el carácter cuasi político de sus grandes sociedades anónimas, "en un todo de acuerdo con la exigencia no siempre reconocida del bien público que deben per-

En nuestro país, Luis Ferrerada se muestra firme partidario de apreciar la naturaleza del directorio como se ha expuesto precedentemente, vale decir, considerando al director como un servidor público o cuasi-público y estimando aplicables en esta República, los principios jurídicos que animan el trust del derecho anglosajón¹⁸.

Esta posición audaz, innovadora y sostenida con elocuencia, provoca serios reparos. Si bien se puede aceptar sin dificultad que la sociedad anónima está en pleno proceso de transformación y que si esto se debe a los cambios de estructura en el capitalismo moderno, a su vez el régimen capitalista sufre el impacto de la actividad de la gran compañía, es ir muy lejos afirmar que es fenómeno universal o, por lo menos, que tiene en todas partes la intensidad con que se lo registra en los Estados Unidos. Entre nosotros podría decirse que la gran mayoría de las sociedades todavía desenvuelven sus actividades dentro de los moldes clásicos. Lo mismo en lo que respecta a la traslación de la sociedad anónima del dominio del derecho privado hacia el del derecho público. Esto aún no es cierto aquí, sin que por ello se niegue la posibilidad de que algún día así lo llegue a ser¹⁹.

También resulta difícil la adaptación del trust anglosamericano a nuestro derecho, tal como lo sostiene Ferrerada, quien indica el camino a seguir mediante la extensión de la aplicación del artículo 2662 del Código Civil, disposición que reconoce la existencia del dominio fiduciario.

La inclusión del concepto del fideicomiso dentro del marco de los códigos civiles o comerciales, continuadores de la tradición romanista, es casi imposible²⁰. Se trata —como ya se dijo— de una institución fundada en la dualidad del régimen jurídico anglosajón, situación de hecho que de por sí resulta irritante, sino incomprensible, para los juristas continentales o latinoamericanos. Se ha debatido mucho sobre la naturaleza y autonomía del llamado "negocio fiduciario" de origen romano (fide-

aguir conformes a nuestra ley civil" (Revista Jurídica de Buenos Aires: Tomo 1960-IV, pág. 254).

¹⁸ Op. cit., págs. 52-61.

¹⁹ Las teorías institucionalistas pueden atacarse desde muchos puntos a la vez y son objeto de ardidas controversias, si bien cabe reconocer que generalmente quienes discuten —en pro o en contra— demuestran estar grandemente influenciados por ideas y sentimientos políticos, extra-jurídicos.

De cualquier modo, debemos admitir que la realidad de la vida jurídica y económica norteamericana hace cada día más difícil la posición anti-institucionalista, sobre todo cuando se trata de grandes compañías, como General Motors, American Telephone, United State Steel, Standard Oil, etc., etc.

²⁰ Ensa. F. J.: "El Fideicomiso en el Derecho Angloamericano". Buenos Aires 1964, pág. 52.

cia cum amico; fiducia cum creditore), especialmente por la moderna doctrina italiana", y fue internamente tratado en el Congreso Internacional de Derecho Privado de Roma en 1951.

Como no es esta la oportunidad de referirnos a la cuestión, digamos tan sólo para terminar con el tema, que no obstante los esfuerzos por simular el trust angloamericano al negocio fiduciario entre vivos, ha sido imposible suprimir algunas diferencias esenciales. Enumeraremos sucintamente algunas: a) el negocio fiduciario presupone únicamente dos personas, fiduciante y fiduciario, por cuanto los derechos del beneficiario sólo pueden ser establecidos con arreglo a la estipulación por otro; el trust exige tres personas: constituyentes, fiduciario y beneficiario aún cuando el constituyente pueda instituirse como beneficiario; b) el negocio fiduciario es creado mediante acuerdo de voluntades; el trust no la requiere; c) en el trust el constituyente no tiene acción contra el fiduciario; d) las reglas de los contratos son inaplicables al trust, etc."

Jurisprudencia

Las decisiones de nuestros tribunales han seguido en forma constante la doctrina que considera a los directores mandatarios de la sociedad, aún cuando en alguna decisión aislada se los haya visto como mandatarios de los accionistas. Esta orientación jurisprudencial que eviden-

" Mizuno, F.: Op. cit.; Tomo II, págs. 455 y siguientes.

" Goussier, R.: Op. cit., págs. 21 y siguientes.

Los esfuerzos para adaptar el trust a las legislaciones de origen romano explican por la admisión que ha despertado "la utilidad práctica del fidei-comiso para resolver sin limitación los problemas familiares o comerciales de toda índole" (Elsa, F. J.: Op. cit., pág. 23).

R. M. Salva considera el artículo 2662 del Código Civil como una interpolación dentro del sistema general de la ley, sin interés práctico ni posibilidad de aplicación, atribuible sólo a una disquisición del codificador ("Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales", Buenos Aires, 1927; Tomo I, págs. 417 y 418).

H. Laballe admite la existencia del dominio fiduciario si bien reconoce que "en la práctica, muy poco se aplica... ni siquiera dentro del ámbito restringido que el legislador le reserva" ("Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales", Buenos Aires, 1944; Tomo II, pág. 142).

La afirmación de Laballe concuerda con la experiencia universal respecto de la posibilidad de aplicación del trust fuera de los países de origen británico. En Japón, por ejemplo, existe una ley que data de 1922, no obstante lo cual prácticamente se lo desconoce.

Algo parecido ocurre en la provincia de Quebec donde, dato extraordinariamente significativo, no se utilizó nunca, a casi nunca, por la población de origen francés. Cas para en el vacío, la afirmación de Ferrière cuando refiriéndose al artículo 2662 dice: "Indudablemente la institución se conserva y aplica sin embargo de los años entre vivos" (Op. cit., pág. 60).

temente ha obedecido a la influencia de los autores clásicos y a lo explícito de los textos legales, se sintetiza en el siguiente fallo de la Cámara Comercial de la Capital: "Los miembros del directorio de una sociedad anónima tienen carácter de mandatarios y están regidos en sus funciones por sus estatutos sociales, y en subsidio por las reglas generales del mandato"⁴¹.

Esta jurisprudencia resulta anticuada y posiblemente varíe en el futuro de plantearse algún caso concreto sobre la aplicación de las reglas del mandato a los directores, vista la evolución que ha experimentado la doctrina nacional y la existencia de varias resoluciones donde, en forma incidental, los tribunales ya han aceptado la idea del órgano.

En efecto: en repetidas oportunidades, al decidir sobre casos en su mayoría vinculados al siempre candente problema de la intervención en las sociedades, las cortes de justicia han acudido a la tesis del órgano⁴².

Estos fallos se refieren más a la asamblea que al directorio —y repetimos— no han sido pronunciamientos directos sobre el punto, sino referencias hechas de paso al tener que resolver otro tipo de cuestiones. Además, la teoría del órgano cuadra más a la asamblea que al directorio, en el sentido de que tratándose de la asamblea los argumentos son casi

⁴¹ Cámara de Comercio de la Capital, 12 de agosto de 1938. "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 21, pág. 1097.

En idéntico sentido, estableciendo que tanto los directores como el síndico son mandatarios: Cámara de Comercio de la Capital, 9 de diciembre de 1940. "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 23, pág. 509.

Aplicando el artículo 1929 del Código Civil a los ex-directores: Cámara de Comercio de la Capital, 22 de mayo de 1934. "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 46, pág. 723.

= La Cámara Civil y Comercial 2ª de Tucumán, al resolver sobre la procedencia de una intervención en una sociedad anónima dijo que la asamblea es el "órgano superior" (27 de septiembre de 1939. "La Ley": Tomo 100, pág. 625).

El Juez Dr. Castro Walker se había pronunciado anteriormente, en idéntico sentido (22 de septiembre de 1939. "La Ley": Tomo 98, pág. 671).

En un caso en que se trató de la litud de la impugnación de las resoluciones del directorio por parte de uno de los directores, la Cámara Comercial de la Capital dijo que "el directorio de una sociedad anónima es un órgano colegiado" (11 de septiembre de 1937. "La Ley": Tomo 90, pág. 245). El mismo tribunal al resolver sobre un caso de intervención: "La intervención... sólo tiene justificación en los supuestos de que los órganos específicos etc." (11 de mayo de 1931. "La Ley": Tomo 64, pág. 30).

Véase también: pronunciamiento de segunda instancia en el fallo aparecido en "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 1934-11, pág. 543. Cámara de Comercio de la Capital: 26 de noviembre de 1948. "La Ley": Tomo 93, pág. 199 (considerando 24º).

incomovibles, mucho más fuertes de que si se aplican al directorio, por cuanto podría argüirse que si bien la asamblea es el órgano de la sociedad, el directorio sólo sería mandatario de la asamblea.

Las reflexiones que anteceden no enervan la afirmación expresada más arriba sobre la posibilidad, casi cierta, de que en la primera oportunidad que se presente, los tribunales dejarán de lado la teoría del mandato y decidirán que el directorio es un órgano de la sociedad anónima con lo que, a nuestro parecer, consagrarán la buena doctrina.

ENSAYOS

TEORIA PURA DEL DERECHO Y TEORIA ECOLOGICA. BREVES APRECIACIONES

Por RICARDO BALESTRA

Ocorre al estudioso de la filosofía, que compara los principios sustentados por Hans Kelsen y Carlos Cossio, al referirse al Derecho, que comprueba cómo a partir de principios distintos que marcan las bases fundamentales de ambas doctrinas, cada una de ellas sigue por desarrollos propios que no admiten paralelismos en muchos casos, ni tampoco debate en cuanto a la correspondencia de esos contenidos a la realidad.

Razón de esto es que, aceptados uno u otro punto de partida, parecerán luego las implicancias del que se sigue desajustados a toda otra explicación que no sea de las primarias con las que guardan consecuencia. Prueba de ello es la polémica formal desatenta a principios profundos de cada teoría, sostenida por los dos maestros, publicada en un libro de editorial Kraft (Kelsen - Cossio. "Problemas surgidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura") y en la revista La Ley (Tomos Nos. 50, 72 y 76).

Sólo el diálogo de ambos justicistas alcanza revelaciones aclaratorias, cuando precisamente se dirigen al punto de partida que los separa: la consideración del objeto Derecho; ya como quiere Kelsen, deslindado de todo matiz metafísico (juego de la libertad en la teoría cosciana), de valoraciones históricas, de elementos políticos, éticos, religiosos, sociológicos; ya como pretende el profesor argentino con una amplitud mayor y de alcances metafísicos.

Teoría Pura "stricto sensu" y "lato sensu"

Vayamos directamente a la consideración de los puntos salientes de la polémica. Una de las primeras críticas que dirige Cossio, es que Kelsen en la Teoría del Derecho y del Estado hace Lógica Jurídica Formal, que se tramonta en cuatro postulados esenciales:

- 1) Descubrimiento de la cópula "deber ser".
- 2) Teoría de la norma jurídica como juicio estructurado con aquella cópula.

- 3) Teoría del ordenamiento jurídico con jerarquía de normas, siendo la superior la determinante del órgano inferior creador de Derecho.
- 4) La superación de dualismos jurídicos, tales como: Derecho Público y Privado; Estado y Derecho; Orden Jurídico Nacional e Internacional.

Si es cierto el aserto de Cosío, o bien si tiene razón Kelsen señalando que el juego de los principios lógicos utilizados para armar la estructura de su teoría no agota a aquélla, que tiende a definir conceptos fundamentales del Derecho, como norma, deber jurídico, autorización o responsabilidad, y que no serían función de la Lógica, no interesa mayormente al interés de fondo de ambas doctrinas.

El axioma ontológico de la libertad.

Otro punto de separación entre Teoría Pura y Teoría Ecológica pareciera ser el del principio: „todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”. El mismo es aceptado por ambos juristas, pero ocurre que mientras Kelsen señala la validez lógica de la inversión del mismo (“todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido”), Cosío señala que ésta carece de validez conceptual y no tiene comprobación en la realidad. Pero aquí la divergencia también es formal, pues mientras, dice Cosío, que si fuera válido este último principio, caeríamos en la necesidad de una minuciosa descripción de los actos permitidos por el Derecho, Kelsen señala que “permitido” significa en unos casos “no prohibido” y en otros “facultado” (expresamente).

Cosío sostiene la validez del primer principio fundándolo en la libertad de la conducta, que impediría (como principio ontológico) que la enunciación incorrecta pueda tener su verificación intuitiva, y no en razón de un principio de lógica analítica, como quiere Kelsen, rechazando toda concepción sobre la “libertad metafísica del Hombre”.

Pero aquí, sin embargo (sin que esto tenga más relevancia que un principio más que no llega a hacer al fondo de la cuestión), Kelsen se equivoca; porque, si al decir “todo lo no permitido, está prohibido”, alude a “no facultado”, él mismo reconoce que no todo lo no facultado está prohibido¹ y si se refiere a no permitido como prohibido, el asunto pierde interés, pues de antemano ya estaría dándole su acepción a “no permitido” como: prohibido expresamente.

¹ Adhiriendo en ejemplo puesto por Cosío sobre un pagaré que siempre hay posibilidades abiertas para la decisión voluntaria, las cuales no podrían ser abarcadas por determinaciones de “lo permitido”.

El objeto Derecho

Aquí es donde evidentemente ambas teorías encuentran su discrepancia; pero parece imposible hallar el aserto de los principios que basan a uno y otro, pues ambos se resumen en criterios de voluntad de los respectivos juristas. Efectivamente, podremos hallar en cada una de las teorías, sustentos lógicos (Kelsen sobre todo) o fenomenológicos y ontológicos (Cossio principalmente, siguiendo el método de Husserl y la metafísica de Heidegger en la forma de su desarrollo), que avalan la verdad de la definición de derecho subjetivo, competencia, responsabilidad, relación jerárquica del ordenamiento, etc., en un caso; o bien las características de la conducta, del error doctrinario, del conocimiento de protagonista y "verdad jurídica" en el otro; pero, si bien dichas formulaciones, serán coherentes con los precedentes de cada teoría, no hallaremos principio de validez científico que justifique la consideración del Derecho en su forma para, como conjunto de normas o bien desde un ángulo egológico como interferencia intersubjetiva o conducta compartida.

Tales afirmaciones ya dejan de ser meras descripciones del objeto del análisis, para ser construcciones ideológicas a la que cada teoría habrá de rendir el tributo de su justificación.

En la parte de la polémica referente al objeto Derecho, caen sus sostenedores en la discusión, también formal, sobre si el substracto perceptible y el sentido espiritual de dicho objeto no coinciden —como señala Kelsen al acusar a la Egología de redundancia— o bien si el ser de ese objeto cultural es su sentido como destaca Cossio, para avalar su tesis de que lo esencial en el Derecho es la conducta compartida.

Norma y proposición jurídica

Otra distinción que hace Kelsen y a la que Cossio critica, es la mencionada en el título. En efecto, si la primera (la norma), es el contenido del derecho establecido por el órgano ("el que matare será castigado con prisión de 8 a 25 años") y la regla de derecho (o proposición jurídica), la forma auxiliar de que se vale el jurista para describir el derecho mediante la cópula "debe ser", dice Cossio que bastaría que en las formulaciones normativas del órgano se reemplazase la forma "ser" (en sus diversos tiempos) por la de "deber ser" para que se tomara superflua la actividad del jurista.

Esto lleva la polémica al problema de si el órgano conoce el derecho como "protagonista" o se limita a interpretar las normas existentes de una forma mucho más estrecha que el jurista, que al describir su objeto lo conocería científicamente como quiere Kelsen.

Otro aspecto en discusión (más que de fondo, de aspectos terminológicos) es el relativo a la relación entre la verdad y las normas. Mientras el profesor vienés sostiene que la calidad de verdadera no es aplicable a la norma jurídica, sólo susceptible de considerarse válida o inválida, eficaz o ineficaz, Cosío recurre a la distinción entre verdades de esencia, de existencia y de valor para ubicar a la norma jurídica en cualquiera de los tres planos, y decidir según: 1º) el contenido esencial de conducta compartida; 2º) la existencia de la misma norma, y 3º) la justicia o injusticia de ella, respectivamente, la verdad o falsedad de la norma en cada plano.

Estática y Dinámica Jurídica

Este último aspecto de la polémica, está destinado a indagar si el objeto del estudio de la Teoría Pura es único o bien si hay una dualidad de Derechos, que Kelsen analiza en cada parte de su Teoría General. Una concepción estática, donde se estudiarían las normas jurídicas y otra dinámica donde se analizarían los actos de creación y aplicación del Derecho.

En esta última parte, señala el profesor argentino que, si bien las normas seguirían siendo también objeto de estudio, el aspecto saliente del mismo sería la conducta de los órganos encargados de la creación y aplicación de aquéllas. Y esta conducta no podría quedar como mero contenido normativo por cuanto prescribir un acto, no sería lo mismo que realizarlo.

Esta apreciación conduciría a descubrir una contradicción en el maestro vienés que pretende que en la concepción dinámica es tan sólo el acento lo que recae sobre la conducta (dentro de la norma, considerada como "imperativo despsicológizado") por ser ella de los órganos creadores.

Quizá aquí haya llegado, en su último punto, el debate a un nivel más profundo que en el resto de las argumentaciones formales y no necesariamente incompatibles, en las respectivas teorías, por razón de sus puntos de partida.

La aceptación del principio de libertad como rigiendo las relaciones humanas, o del determinismo, al que estaría sujeta la conducta de los hombres, son los supuestos metafísicos que presiden una y otra teoría.

La problemática de la historia y de la filosofía de la cultura pasan (como aspectos metafísicos) desapercibidos para Kelsen, que avala a partir de allí, de la pureza de "su objeto Derecho", toda la coherencia lógica de su construcción posterior.

EL ESPACIO AEREO Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

MARTIN LUIS ERDOZAIN

S U M A R I O

- I) La aeronave, nuevo hecho técnico.
- II) El espacio aéreo. Propiedad y Soberanía.
- III) Las dos grandes cuestiones que plantea la aeronavegación.
- IV) Teoría sobre el régimen del Espacio Aéreo.
 - V) La Convención de París.
 - VI) La Convención Ibero-americana.
 - VII) La Convención Panamericana de la Habana.
 - VIII) La Convención de Chicago.
- IX) Evolución posterior.

1) LA AERONAVE, NUEVO HECHO TÉCNICO

La invención de la aeronave a principios del siglo XX —con anterioridad hubo aparatos capaces de elevarse en el aire, pero no podemos hablar propiamente de "aeronaves"—, ha de revolucionar las relaciones humanas y una vez más un nuevo hecho técnico ha de preocupar al derecho.

A los efectos de la regulación de la novedosa actividad y de las infinitas cuestiones que aparece la circulación por aire de aparatos adecuados a tal fin, nace una nueva rama del orden jurídico: el Derecho Aeronáutico.

Pero la aeronave por su aptitud técnica misma está destinada a ser medio de transporte a larga distancia, traspasando así las fronteras territoriales del Estado a que pertenece. Este particular va a darle al Derecho Aeronáutico un carácter fundamental: su internacionalidad. Claro que este carácter no lo envuelve todo, pero sí su mayor parte, y respecto de ella, es que hablamos de un Derecho Internacional Aeronáutico o Aéreo.

Son muchos y apasionantes los temas aeronáuticos que han provocado o provocarán regulaciones internacionales, pero ninguno tan interesante y discutido como el del régimen del Espacio Aéreo. Recordemos una frase de Lemoine: "L'atmosphère est le milieu de l'aéronaut. Dans quelles conditions peut-il s'y mouvoir? Peut-il le faire librement et en quelque point que ce soit ou, au contraire, son vol doit-il être autorisé? Répondre à ces questions, c'est définir le régime juridique de l'atmosphère" (Op. cit., pág. 71).

II) EL ESPACIO AEREO. PROPIEDAD Y SOBERANIA

El espacio aéreo es, como dice Ambrosini, el ambiente en el que se desarrolla específicamente la actividad aeronáutica.

Creo que podemos tomar este concepto como definición del espacio. Me parece innecesario intentar una definición de espacio como realidad natural, en primer lugar porque existe un consenso universal sobre lo que es el espacio en ese sentido y, en segundo lugar, porque o dicha definición nos llevaría muy lejos en un terreno filosófico o científico —inútilmente— o porque sería ingenua.

La regulación de la actividad aviatoria impone previamente la regulación del espacio aéreo, por ser éste el ambiente donde aquella se desarrolla. Diría aún más: lógica e históricamente la regulación del espacio aéreo es inmediatamente anterior a la regulación de la aeronavegación, por ser aquella el presupuesto jurídico indispensable para la existencia del "imperium" necesario para normar la actividad aeronáutica.

Como paso previo a esta exposición, es preciso realizar una distinción entre los conceptos de "propiedad" y "soberanía", y de "aire" y "espacio". Este delirio es necesario ya que, en los comienzos del Derecho Aeronáutico, la confusión entre estos términos provocó alguna dificultad.

1. a) *Propiedad*: Es un concepto esencialmente de Derecho Privado e indica el poder de uso, goce y disposición de una persona sobre una cosa.
- b) *Soberanía*: Es un concepto propio del Derecho Público. Desde un punto de vista positivo, significa la potestad suprema de un ente (Estado) de normar todas las posibles conductas humanas que se desarrollan en un ámbito geográfico determinado. Y desde un punto de vista negativo, significa la im-

posibilidad de la existencia de un poder superior al del Estado en cuestión.

2. a) *Aire*: Es el fluido gaseoso que ocupa la sección del espacio contiguo a la superficie terrestre. Ya los romanos lo habían considerado como "res communis" insusceptible de apropiación privada. La imposibilidad de medir y separar el aire impide ejercer sobre él tanto el derecho de propiedad como el de soberanía.
- b) *Espacio*: Es el ambiente donde existe el aire. En principio es algo perfectamente medible y limitable. Por ello, sobre él se puede ejercer soberanía.

"A este espacio, tomado en el sentido expuesto es, pues, a lo que se hace referencia al tratar del espacio aéreo; no entran en el concepto ni el aire (que únicamente viene a ser el elemento de sustentación de la aeronave), ni el inmenso espacio en toda su extensión, sino únicamente en cuanto medio físico donde se desarrollan las actividades aeronáuticas".

III) LAS DOS GRANDES CUESTIONES QUE PLANTEA LA AERONAVEGACION.

La utilización del espacio aéreo como elemento de circulación de aeronaves presenta dos problemas: el uno, en orden a la propiedad privada (atributo de la persona), y el otro, en relación a la soberanía (atributo del Estado). El primero es tema de Derecho Privado; el segundo, de Derecho Público.

En efecto, mientras la aeronave se contenta con volar sin traspasar las fronteras del Estado, su actividad sólo engendra, en materia de espacio aéreo, problemas de Derecho Común: puede el superficiario oponerse al sobrevuelo de su fundo? Las legislaciones y evoluciones jurisprudenciales de los Estados han decidido que el propietario no puede impedir el sobrevuelo¹.

Pero si bien la aeronave traspone los umbrales nacionales para sobrevolar suelos extranjeros, a ese primer problema anotado (que por otra parte también se le ha de presentar en cielos foráneos) se le suma otro:

¹ VÉLEZ ESQUERRE: *Op. cit.* pág. 98.

² Así el Código Argentino en su art. 4, incorporando el 1518 del C. C., dispone: "Nadie puede, en razón de su derecho de propiedad, oponerse al paso de una aeronave".

ese espacio es libre o está sujeto a la soberanía del Estado subyacente, con las consecuentes facultades del mismo a oponerse al paso o permitirlo y regularlo?

El primer problema escapa al margen de este modesto trabajo, entroncándose con el apasionante tema de las facultades emergentes del dominio; sólo me he de ocupar del segundo, no menos apasionante, que desde los albores de la aviación dividió a los estudiosos.

IV) TEORIAS SOBRE EL REGIMEN JURIDICO DEL ESPACIO AEREO.

Ya sea por prescindirse de su estudio en forma absoluta, ya sea por asimilarlo a la condición jurídica de la superficie, aplicando los principios que rigen la posesión, el "status" del espacio aéreo que recubre los Estados no fue considerado por mucho tiempo.

Recién con la aparición de la aviación a comienzos de siglo, los Estados, teniendo en cuenta sus propios intereses, empezaron a prestar atención y preocuparse por el espacio aéreo.

Los intereses en conflicto iban de criterios que consideraban a la aeronave como el instrumento más adecuado al desarrollo del intercambio internacional, por lo que proponían la eliminación de toda traba a la circulación aérea, a criterios que tomaban principalmente en cuenta los factores políticos, económicos y militares de los Estados, alegando que éstos podrían verse afectados por una absoluta libertad. Todo ello pasando por infinitos matices.

Esta multiplicidad de intereses y el afán de conciliarlos, dio lugar a una pluralidad de tesis sobre el régimen del espacio aéreo, de las que cabe destacarse como más significativas:

- 1) Teoría de la libertad absoluta.
- 2) Teoría de las zonas.
- 3) Teoría de la soberanía restringida.
- 4) Teoría de la soberanía absoluta.

¹ Parece ser que la obra más antigua sobre espacio aéreo es "De iuris principiis aereis", escrita en 1687, que Basilio Arraujo ("Principios de Derecho Aéreo", Montevideo, 1933) adjudica a un tal J. E. Dask, y que Ambrosini y Frigalli atribuyen a un tal Sammucler Strik (1648-1710). Pero creo que es indudable que en esa época no pudo considerarse el problema a la luz de la aviación por falta del presupuesto ontológico: la aeronave.

Esta tesis que nace con la aviación misma cuando todavía en ella no se veía un arma de potencialidad bélica o económica, tuvo su más ardoroso defensor en la ilustre persona de Paul Fauchille, célebre autor de "Le Domaine Aérien et le Régime Juridique des Aérostats" (1901); "La Circulation Aérienne et les Droits des Etats en Temps de Paix" (1910); "Traité de Droit International Public" (1925).

Se preguntaba Fauchille si el aire podía ser objeto de soberanía. Razonaba que sólo sobre lo que era susceptible de propiedad se podía ejercer soberanía ya que ésta —según él—, presupone la posesión material. Y así decía que el aire no era apropiable y limitable, que por su inmensidad y fluidez era imposible tenerlo bajo nuestra disposición; ergo —concluía—, el Estado no puede ejercer soberanía sobre la atmósfera que lo recubre, no quedándole otro camino que proclamar su absoluta libertad.

Pero Fauchille mismo atenuó su posición extremista. Sus atenuaciones se basaron en el principio de conservación que el Derecho Internacional Público reconoce a todo Estado.

En efecto, el glorioso jurista francés dijo que los Estados tenían en tiempo de paz como en el de guerra los derechos necesarios e inherentes a su propia conservación (represión de espionaje, policía aduanera y sanitaria, defensa nacional).

Fauchille llevó su postura al seno de los institutos internacionales. Así consiguió que en su Conferencia de Gante de 1906, el Instituto de Derecho Internacional¹, en ocasión de una declaración relativa a la telegrafía inalámbrica, acogiese su postura. En Gante se dijo: "El aire es libre. Los Estados no tienen sobre el aire, ni en tiempo de paz ni en tiempo de guerra, otros derechos que los necesarios a su conservación"².

Esta declaración, aprobada al mismo tiempo que se rechazaba una moción de Westlake en pro del principio de la soberanía, fue luego confirmada por el propio Instituto, en relación ya específicamente a esta materia, en su reunión de 1911, al expresar: "La circulación aérea internacional es libre, salvo el derecho de los Estados sobre cuyo territorio se vuela a adoptar ciertas medidas, conforme a lo que requiere su propia seguridad y la de las personas y bienes de sus habitantes"³.

¹ Este Instituto, fundado en 1873, es una asociación científica de especialistas en Derecho Internacional. Desde 1906 viene ocupándose también de temas de Derecho Aeronáutico. Sede: Ginebra.

² y ³. Estos textos han sido extraídos de Tapia Salazar, op. cit., pag. 49

Por su parte el Comité Jurídico Internacional de Aviación* en su Conferencia de París en 1911, redactó el art. 1º de su "Code de l'Air" en forma equivalente a las declaraciones del Instituto, para luego en su Cuarto Congreso en Mónaco (1921) formularlo definitivamente de la siguiente manera: "La circulación aérea es libre, salvo el derecho para el Estado subyacente de tomar las medidas necesarias en vista de garantizar su seguridad y la de las personas y los bienes de sus habitantes".

Al principio de esta monografía ya dimos, en alguna manera, los elementos que han de refutar a Fauchille.

- a) Confunde aire y espacio aéreo. Fauchille ha dicho y ha dicho bien: el aire es inapropiable. Pero es que no es eso lo que se trata: se quiere determinar el status del espacio aéreo que no es un fluido o un gas como el aire, sino un lugar, un ambiente cuyo contenido no interesa; importa el continente, el cual es perfectamente limitable por líneas verticales. Y en ese espacio es donde el Estado ejerce su soberanía.
- b) Confunden propiedad y soberanía. Ya hemos visto que son instituciones fundamentalmente distintas. Mientras el espacio aéreo no es susceptible de propiedad sino en la medida que efectivamente se lo ocupe (construcciones, plantaciones), sí es susceptible de "imperium" por parte del Estado (lo cual es distintivo de soberanía) bastando que él pueda manifestarse en cada oportunidad en que necesite ser afirmado. "Parece difícil expresar con tanta claridad este concepto fundamental: no tiene nada que ver que un ente no pueda ser objeto del derecho de propiedad con la situación que el mismo tenga ante la soberanía del Estado. Este último es un derecho distinto, con un campo de aplicación totalmente diferente, como que no sólo las cosas sino también los seres humanos, por esencia inaptos para ser sometidos al dominio, están sujetos a él".
- c) La admisión por Fauchille de que los Estados tienen ciertos derechos de conservación, importa reconocerles soberanía, ya que

* Fundado en 1905, es según sus estatutos "un grupo de juristas de buena voluntad que apertan el consorcio de sus conocimientos, de sus esfuerzos y de su autoridad para el establecimiento de una legislación internacional uniforme adecuada a las necesidades y a los intereses de la nueva forma de locomoción". Por ello viene trabajando en la redacción de un Código Internacional del Aire. Ha patrocinado varios congresos: el último en Aix-en-Provence en 1948.

* Extraito de la Exposición de Motivos de Código Aeronáutico Argentino, pág. 95. Edición Lajouane, 1939.

1 VIRELA ESCALADA, op. cit., pág. 58.

ésta se nos presenta como único fundamento posible de aquéllos. En suma, admitió implícitamente lo que trataba de impugnar. En efecto, "si el Estado tiene el derecho de prohibir el acceso a las zonas fortificadas es porque tiene un poder que es un derecho de soberanía y, si valiéndose de ese derecho puede fijar límites en el aire, ello significa que tiene una facultad de reglamentación que excluye el régimen de la libertad, ya que los espacios libres no están sujetos a soberanía alguna"¹.

Sin embargo, en honor a Fauchille, debemos puntualizar dos cosas: Primero, que no estuvo sólo: juristas de nota compartieron su punto de vista. Así, Wheaton, Nys, Perone, Wastel, Stephan, Bluntschli, etc.. Y segundo, que si bien la tesis de Fauchille, por las refutaciones expuestas no puede ser admitida, debe ser objeto de nuestro homenaje por haber luchado en pro de la libertad que entrañaba "conditio sine qua non" para el desarrollo de la aviación y por haber consistido en un llamado de atención y un fuerte contrapeso a la tesis de la soberanía cuyo excesivo rigorismo hubiera retardado tal progreso.

2) Teoría de las zonas

Partiendo análogicamente de la división de Mar Territorial y Alta Mar, esta tesis divide el espacio aéreo, mediante un plano horizontal ideal cuya altura se fija arbitrariamente, en dos secciones: la inferior, que queda sometida a la soberanía del Estado subyacente, y la superior, que es libre.

Como anota Tapia Salinas², para Rivier el límite es el del alcance de una bala de fusil; para Retortillo y Termos, 10.000 metros, altura en qua la visibilidad se pierde; para Holtzendorff, 1.000 metros; para Rolland, 330 metros, etc.

Fauchille mismo, con posterioridad a su primera postura, cog dentro de esta teoría, como medio de suavizar aquélla, sin menguar las facilidades que concede a la circulación aérea. A través de sus obras, va variando el criterio de determinación del plano divisorio; así, en 1901 se decidía por 1.500 metros, por ser ese el alcance de los aparatos fotográficos; en 1910 lo reduce a 500 metros, para finalmente ubicarlo en

¹ V. AMALDO DE VALLE: "L'espacio aéreo en su desarrollo", R. J. I. L. A., 1919, citado por Guy de Monticelli, op. cit.

² Op. cit., pág. 44.

1925 a los 330 metros, altura de Tour Eiffel, que era considerada como la construcción más elevada del momento.

Esta teoría es insostenible por:

- a) No podemos asimilar el régimen del espacio aéreo al del mar. Es sencillo: el mar se halla en un mismo plano con el territorio del Estado, mientras que el espacio aéreo pende sobre él hallándose en relación constante en virtud de la ley de gravedad.
- b) La fijación de altura se basa —y no podía ser de otro modo— en criterios empíricos y arbitrarios, lo que hace ilusoria la solidez de esta doctrina. Y ello queda demostrado por las mismas fluctuaciones de Fauchille, lo que ha llevado a expresar a un autor argentino que esas variaciones son "la prueba más acabada de que ninguna teoría transaccional basada en elementos materiales puede tener un fundamento de certeza"¹.

3) Teoría de la soberanía restringida

Esta teoría, sostenida entre otros por Ambrosini, Le Goff, Videla Escalada, etc., reconoce la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo que lo recubre, pero no en forma absoluta sino admitiendo que el "imperium" estaría limitado por el derecho de pasaje inofensivo o inocente a través de él.

Ruiz Moreno (h) ha objetado que el término "pasaje inofensivo" es vago e impreciso ya que quedaría librado al criterio de los Estados su determinación². A esto refuta Videla Escalada diciendo: "El sentido de la expresión "pasaje inofensivo" o "inocente" es perfectamente claro y definido; en su interpretación no puede surgir dificultades de ninguna especie, salvo las que puedan emanar de la mala voluntad del Estado, la que puede manifestarse no sólo en este caso determinado sino en cualquier punto del ordenamiento jurídico"³.

Y no debe verse en este derecho de pasaje inofensivo una servidumbre de paso (como algunos lo han sostenido para criticar esta posición) ya que no quedarían configurados los extremos que caracterizan a este instituto de derecho privado (no hay desmembración de dominio, no hay fundo dominante y fundo sirviente).

¹ Ruiz Moreno (h) L: "Derecho Público Aeronáutico", Buenos Aires, 1934, pág. 38.

² Op. cit., referido por Videla Escalada, op. cit., pág. 105.

³ Op. cit., pág. 105.

4) Teoría de la soberanía absoluta

Esta tesis sostiene que el Estado subyacente ejerce una soberanía absoluta y sin restricciones sobre el espacio aéreo que envuelve su territorio. (Tapia Salinas, Fragalli, Meyer, Scialoja, Baldwin, Collard, etc.)¹.

Las legislaciones de los Estados, celosas defensoras de sus derechos, le han prestado su más resuelto apoyo. Así: Argentina, decretos del 4 de setiembre de 1925 y del 13 de agosto de 1926; Brasil, decreto-ley del 8-6-38; Cuba, decreto del 21-4-23; Chile, decreto-ley del 15-5-31; España, decreto del 25-11-23; EE. UU., la Air Commerce Act del 20-5-26; Hungría, decreto del 22-3-24; Italia, Código del 42; Uruguay, Código del 42; U.R.S.S., Código del 32. Desde 1913 la Unión Soviética cerró sus cielos a toda aeronave extranjera.

Las leyes de Bélgica (1919), Dinamarca (1925), Estonia (1926), Finlandia (1925), Francia (1924), Gran Bretaña (1949), Noruega (1923), Portugal (1927), Suecia (1922), Suiza (1948), Código Aeronáutico Argentino (1954), no han hecho declaración del principio pero evidentemente legislar sobre la materia, es poner en ejercicio la expresión más categórica de la soberanía.

Que la teoría de la soberanía absoluta ha sido consagrada en las legislaciones estatales, es cierto y palpable. Pero merece un análisis más detenido la afirmación de que esta teoría ha sido consagrada en derecho internacional positivo como lo sostienen la inmensa mayoría —por no decir la totalidad— de los brillantes juristas que se ocupan de la materia.

Y digo que merece un detenido análisis, pues me atrevo a sostener que no hay tal cosa. Pienso que no se ha consagrado la tesis de la soberanía absoluta sino la de la soberanía restringida. Veamos.

La "Internacional Law Association"², en su reunión de Madrid de 1913, aprobó la siguiente declaración: "Corresponde al derecho de todo Estado promulgar aquellas prohibiciones, restricciones y regulaciones que considere adecuadas con respecto al paso de aeronaves encima de sus territorios y aguas territoriales. Condicionado a este derecho de los Estados subyacentes debe ser reconocida la libertad de sobrevuelo a las aeronaves de toda nación". Meyer, al transcribir esta declaración, ve en ella la primera consagración que una asociación internacional hizo de la tesis de la soberanía, pues si bien no la declara expresamente, la admite por

¹ Argumentando con los principios de acción y de conservación y defensa.

² Desde 1912, esta institución a que tanto debe el D. Martini, viene preocupándose del D. Aeronáutico a cuyos efectos tiene un comité.

implicancia. Observemos ya que en esta primera manifestación lo que se postula, si, es la soberanía, pero no la absoluta, sino la restringida al crear para los Estados la obligación de reconocer el derecho de pasaje inofensivo.

La tesis de la soberanía también fue declarada por: el Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico de Verona en 1910, la Federación Aeronáutica Panamericana en Santiago de Chile de 1916, la Conferencia Interasociativa de Budapest en 1918, la Primera Conferencia Nórdica de Aviación de 1918 en Estocolmo, la Convención de Jurisconsultos de La Haya en las Reglas proyectadas sobre guerra aérea en 1923, el Draft Convention on rights and duties of neutral States in naval and aerial war elaborado por "The Research in international law of de Harvard Law School" (1938), el propio Instituto de Derecho Internacional, en Lausana 1927, deshechó la máxima que había adoptado en Gante.

He citado las declaraciones de estas organizaciones que adhieren a la soberanía a título meramente ilustrativo. No nos interesan sus textos expresos. Cualquiera que haya sido el tenor de ellos sólo tiene valor de precedente y, si he considerado más detenidamente la declaración de la "International Law Association" ha sido, insisto, sencillamente por haber consistido en la primera expresión que a este respecto tuvo una organización internacional y para señalar que allí ya se consagraba la posición restringida.

He de centrar, pues, particularmente mi atención en las Convenciones de París y de Chicago, por haber sido, la primera, y por ser la segunda, el estatuto mundial de la aviación*.

La Convención de París de 1919, disponía en su art. 1º: "Las Altas Partes contratantes reconocen que cada Potencia tiene la soberanía plena y exclusiva sobre el espacio aéreo encima de su territorio y de sus aguas territoriales". En forma similar la Convención de Chicago en su art. 1º establece: "Los Estados Contratantes reconocen que cada Estado tiene soberanía exclusiva y absoluta sobre la zona aérea que abarca su territorio".

Quiero creer que sólo por haber cedido a la seducción de tan atractivos textos es que juristas de nota han sostenido sin más que el Estado tiene sobre su espacio aéreo una soberanía absoluta, plena, exclusiva, habiendo sido ello consagrado positivamente por las citadas convenciones.

* Las convenciones Iberoamericana y de La Habana fueron repeticiones en su mayor parte, de los principios y regulaciones de París.

Insisto: no hay tal. Pienso que de los textos de las Convenciones no resulta una soberanía absoluta, y que si así lo han dicho, esto no pasa de ser una mera declaración nominal. Y no es absoluta, pues está limitada por el reconocimiento del derecho de pasaje inocente.

Me baso para afirmarlo en el art. 2º de la Convención de París: "Cada Estado contratante se obliga en tiempo de paz a otorgar la libertad de pasaje inofensivo, por encima del propio territorio, a los aeroplanos de los demás Estados contratantes...", y en el art. 5 de la Convención de Chicago: "Los Estados contratantes convienen en que todas las aeronaves de los otros Estados contratantes que no se dediquen a servicios internacionales de itinerario fijo tendrán derecho... a hacer vuelos o transitar... sobre su territorio...".

Se me dirá que por el juego de los arts. 2º y 15, 2ª parte de la Convención de París, y los arts. 5º y 6º de la de Chicago, resulta que el derecho de pasaje inofensivo sólo se reconoce a las aeronaves que no prestan un servicio internacional fijo y que las que prestan tal labor precisan de la previa autorización del Estado para sobrevolar, con lo que resultaría que escaparía a la limitación el grupo de las actividades aeronáuticas internacionales, las que quedarían sujetas plenamente a las pretensiones de los Estados subyacentes.

De aceptar hipotéticamente esta eventual objeción, siempre quedaría en pie la limitación de la soberanía al permitirse el pasaje inofensivo a aeronaves de línea irregular. Débil limitación, pero limitación al fin.

Pero voy aún más allá, pues si bien por el texto de la Convención de Chicago, el sobrevuelo de las aeronaves que desarrollen un servicio de ruta fija queda sujeto a la permisión estatal, en el hecho, los países que ratificaron o adhirieron a Chicago, accedieron también al "Transit Agreement", por el cual las aeronaves de este tipo gozan de las dos primeras libertades del aire: pasaje inocente y escala técnica¹.

En suma: creo, por lo expuesto, que a través de la Convención de París, la de Chicago y el "Transit Agreement", los Estados han consagrado positivamente el principio de la soberanía restringida en materia de espacio aéreo.

Y no podía ser de otra manera: "El derecho de sobrevuelo y aún el de aterrizaje en los lugares preestablecidos o, en caso de necesidad donde sea posible, pertenecen a la categoría de los derechos elementales e innatos, que ninguna ley puede desconocer sin violar los supremos principios que deben regir la convivencia humana"².

¹ Estas distinciones las trataré más detenidamente en su oportunidad.

² Asuncion: Op. cit., pág. 71.

V) LA CONVENCION DE PARIS

A) ANTECEDENTES.

Con el nacimiento mismo de la aviación comienzan los estudios de los juristas y las reuniones de conferencias, desarrollando de consuno denodados esfuerzos para dar solución a los problemas que plantearía la aeronavegación.

Se encuentran ya algunos tratamientos esporádicos de estos temas aún antes del comienzo de siglo, pero lo cierto es que recién, como le advierte Henry-Covansier, en 1908 comienza la consideración orgánica de la materia¹.

A iniciativa de Francia y con dieciocho Estados representados, el 18 de mayo de 1910 se reúne en París una Conferencia Internacional de Navegación Aérea. No rindió esta reunión los frutos esperados debido al desacuerdo fundamental entre Francia y Alemania, sostenedores de la libertad de circulación, e Inglaterra que postulaba la soberanía ilimitada. De este primer congreso sólo surgió un proyecto de convención estructurado en 52 artículos, normando situaciones particulares acerca de las aeronaves y sus requisitos, sobre aduana, etc.

En mismo año se instala en Verona un Congreso Jurídico Internacional de Locomoción Aérea, en el que se llegó a conclusiones de trascendencia.

Por su parte el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Madrid en 1911 —en donde, según vimos, triunfó por segunda vez la postura de Fauchille—, aprueba la primera reglamentación orgánica sobre la materia, en tiempo de paz y en tiempo de guerra.

En 1911, el Comité Jurídico Internacional de Aviación realiza en París su primer Congreso donde redacta el art. 1º de su Code de l'Air.

La "International Law Association" considera la cuestión en sus reuniones de París en 1922 y Madrid en 1913.

En otro orden de ideas, se concertan los primeros acuerdos internacionales; así el de EE. UU. y Canadá en 1910 y el franco-alemán de 1913. Este último, motivado por los múltiples incidentes que se habían suscitado entre dichos países por la circulación de dirigibles, dispuso que ninguna aeronave militar de uno de los Estados signatarios puede sobrevolar el territorio del otro, salvo invitación expresa y, en cuanto a las civiles, ellas gozan de ausencia para circular y aterrizar siempre que reúnan determinados requisitos que se les fija sobre marcas certificadas, brevets, etc.

¹ Op. cit., pág. 12.

Se produce a esta altura de la evolución, la primera conflagración mundial. Toda guerra ha sido calamitosa, pero —preciso es recordarlo— de ellas siempre han surgido descubrimientos que han beneficiado a la humanidad. La aeronave se modifica, adquiere mayor perfección, capacidad de transporte, mayor velocidad y radio de acción. Deja de verse en ella una mera arma de combate para convertirse en un medio de prosperidad.

Las potencias europeas intervinientes en la contienda, organizaron sus flotas aéreas con fines bélicos, pero al término de la guerra ellas iban a servir de medio de comunicación y transporte internacional. Era necesario coordinar esfuerzos para sacar el mayor provecho posible a la flameante máquina. Las naciones sintieron la necesidad de regular sus derechos al respecto mediante un estatuto internacional.

Por ello, firmado el Armisticio de 1918, mientras se preparaba el Tratado de la Paz, los delegados aeronáuticos a la Conferencia de la Paz, imbuidos de la trascendencia de la aeronavegación hicieron presentes sus insinuaciones. En esta Conferencia, realizada en el invierno 1918-19, los problemas relativos a la aviación presentaron dos aspectos distintos: primero, era necesario fijar la actitud a tomar respecto de la aviación civil y militar alemana; y segundo, se buscaba tantear el terreno para arribar entre los aliados a una convención que regulase la aviación en tiempo de paz.

Para la consideración de estos problemas se constituye la "Comisión Aeronáutica de la Conferencia de la Paz" integrada por dos representantes por cada Estado. De los trabajos y deliberaciones de esta Comisión surgieron todos los artículos referentes a la aviación, insertos en los distintos tratados de paz (Versailles, Saint Germain, Neuilly, Sévres) y también, un proyecto relativo a la navegación aérea. Este proyecto adoptado por el Consejo Supremo de la Conferencia de la Paz cristalizó en la famosa "Convention Portant Règlementation de la Navigation Aérienne", más conocida sencillamente por la "Convención de París de 1919", firmada el 13 de octubre de ese año por 27 Estados y que entró en vigor el 11 de julio de 1922.

Con posterioridad fueron adhiriendo nuevos Estados, de modo que en 1939, los miembros de la Convención eran: Bélgica, Gran Bretaña, Canadá, Australia, Unión Sudafricana, Nueva Zelanda, India, Francia, Grecia, Japón, Portugal, Yugoslavia, Irlanda, Italia, Bulgaria, Checoslovaquia, Rumania, Uruguay, Polonia, Suecia, Dinamarca, Países Bajos, Noruega, Irak, Finlandia, Suiza, España, Austria, Perú, Letonia, Estonia, Paraguay, Argentina (admiró en 1935 por ley 12.152). Como ve-

mes, no eran parte en el convenio: EE. UU., Brasil, Chile (signatarios) y Alemania, Hungría y la U.R.S.S. (no signatarios).

B) Su NOMINACIÓN¹.

Por el art. 1º se sienta el principio de la soberanía "plena y exclusiva" del Estado subyacente sobre su "espacio aéreo". "La batalla de la soberanía había sido ganada". El ejercicio de esa soberanía se halla limitado por ciertos principios a los cuales aquélla debe ajustarse. Ellos son: derecho de pasaje inofensivo; igualdad de tratamiento de todas las aeronaves de los Estados miembros, y prohibición de acordar un régimen de favor a aeronaves de Estados no contratantes.

1) *Derecho de pasaje inofensivo.*

Es consagrado por el art. 2º. Sin embargo, por el juego de los arts. 30, 31, 32, 15, resultaba que no gozan de esta libertad las aeronaves del Estado (militares, correo, aduana, policía) y las que explotasen vías y líneas internacionales regulares de navegación aérea. Respecto de las primeras se precisa una autorización especial y, respecto de las segundas, el art. 15 establece que cada Estado contratante puede subordinar a su autorización previa el establecimiento de vías internacionales de navegación y la creación y explotación de líneas internacionales regulares de navegación aérea, con o sin escala sobre su territorio. Este era el texto reformado. La Convención en su primer momento sólo decía —en ese mismo artículo—: "El establecimiento de las vías internacionales de navegación aérea está subordinado al asentimiento de los Estados sobrevolados".

La reforma se debió a una controversia en cuanto a la manera de interpretar el viejo art. 15. En 1928, en C.I.N.A. (organismo creado por la Convención) los delegados belga e inglés discuten su alcance. Bélgica, apoyándose en el art. 1º, pretendía tener derecho a rechazar el establecimiento de una línea internacional a través de su espacio aéreo. Gran Bretaña, por el contrario, basándose en el art. 2º, sostenía que el reconocimiento del derecho de pasaje inofensivo implicaba el derecho de sobrevuelo para el tráfico aéreo internacional y que si, por el art. 15, el establecimiento de vías internacionales quedaba sujeto al consentimiento previo del Estado subyacente, ello no debía extenderse a las líneas mismas. Una vez dado el asentimiento para la vía, la explotación de las líneas debía ser libre. La cuestión fue resuelta por la Conferencia de

¹ En cuanto método expositivo véase a LAWSON, op. cit., págs. 82 y s.

² SWANSON, en "Aircraft in peace", 1919, pág. 11; cit. por MERRI, op. cit., pág. 90.

París del 10 al 15 de junio de 1929 de modo favorable a la tesis belga lo que le da al art. 15 su forma actual.

Esta ha llevado a decir —tal vez creo un tanto duramente— a un brillante internacionalista, que la Convención de París, al dejar fuera de sí el aspecto más importante del tránsito aéreo internacional, "constituye sólo un progreso nominal en los aspectos más esenciales del problema que se proponía resolver"¹.

Una tercera excepción al derecho de pasaje inofensivo la constituye la posibilidad reconocida a los Estados "por razones militares o en interés de la seguridad pública" de prohibir el sobrevuelo en determinadas zonas de su espacio aéreo. (Art. 3°)²

2) *Igualdad de tratamiento a todas las aeronaves de los Estados contratantes.*

"Las reglas establecidas por uno de los Estados contratantes para la admisión en su territorio de las aeronaves de los otros Estados deben ser aplicadas sin distinción de nacionalidad" reza el art. 2°. Recibe, lo mismo que el derecho de pasaje inofensivo, la excepción del art. 15, y una segunda por la cual el Estado puede reservar los servicios de cabotaje para las aeronaves nacionales (arts. 16 y 17).

3) *Prohibición de acordar un régimen de favor a aeronaves de Estados no miembros.*

El art. 5° dispone: "Ningún Estado contratante permitirá la circulación, por encima de su territorio, de una aeronave que no tenga la nacionalidad de alguno de los Estados contratantes, salvo la concesión de un permiso especial y temporal".

Por el Protocolo Adicional del 1° de mayo de 1930, las palabras "autorización especial y temporal" fueron sustituidas por "autorización general y limitada", pero prácticamente indefinida porque se podía renovar por tática reconducción.

C) *sus modificaciones*³.

El régimen de París suscitó graves críticas por los países que habían permanecido neutrales en la Primera Guerra y que no deseaban por el

¹ Controversia referida por LEMOINE, op. cit. pag. 86.

² GOSWAMY, op. cit., pág. 81, t. I, vol. II.

³ El texto original del 15, a ese respecto, prohibía distinguir entre aeronaves extranjeras y nacionales, y las extranjeras entre sí. Pero el Protocolo de 1929 permitió a los Estados conceder a las naciones el derecho de sobrevolar tales regiones.

acto de su adhesión, viene obligados a regar la libertad de circulación en sus especies aéreas a aeronaves de Estados que habiendo tomado parte en la contienda no eran miembros de la convención (como Alemania), por haber sido vencidos.

Ello provocó la necesidad de introducir ciertas variantes al texto de 1919. Una de ellas, la de 1920, la hemos acabado de considerar. Hubo dos más: la una, el 14 de diciembre de 1926 que impuso reconocer a los Estados miembros el derecho de conceder libremente y por vía convencional la libertad de circulación a Estados no contratantes; y la otra, por el Protocolo del 15 de junio de 1929, significó una revisión fundamental. En efecto, debido a la pretensión alemana que condicionaba su adhesión a una modificación profunda del régimen anterior, el nuevo sistema quedó establecido de la siguiente manera:

- 1) Todo Estado sin distinción de ninguna clase, que no hubiese sido parte en 1919, podía adherirse en lo sucesivo.
- 2) Todos los Estados miembros quedaban autorizados a celebrar acuerdos particulares con los no miembros, siempre que estas convenciones no contravengan a la principal y no lesionen los derechos que ella les conceda a los miembros.
- 3) Se establece la representación igualitaria en C.I.N.A.

Este Protocolo entró en vigor el 17 de mayo de 1933.

VI) LA CONVENCION IBERO-AMERICANA

Habían pasado seis años de la Convención de París y España todavía no había prestado su adhesión. En 1926, impudada por el deseo de mantener relaciones aéreas con las potencias americano-latinas, las convocó, a ese efecto, a una Conferencia a realizarse en Madrid.

A esta reunión concurrieron: España, Portugal, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Salvador, Uruguay y Venezuela.

Este convenio es reproducción del de París salvo leves modificaciones. Como en la Ciudad Luxemburgo, se declaró el principio de la soberanía y por el art. 5º se dispuso que "los Estados contratantes tendrán completa libertad para permitir o prohibir la circulación sobre su territorio de las aeronaves que poseen la nacionalidad de un Estado no contratante" *.

* En este tema sigue exclusivamente a ROUSSEAU (Op. cit., pág. 456) única fuente de información que al respecto tengo en mis manos.

Crea un organismo similar a C.I.N.A., el C.I.A.N.A.

Fue ratificada por muy pocos Estados —España, Paraguay, México, República Dominicana y Costa Rica—, y nunca entró en vigor.

VII) CONVENCION PANAMERICANA DE LA HABANA

Esta convención, de la que Lemoine ha dicho "C'était une expression de l'isolationnisme"¹, se debe a la iniciativa de EE. UU. para concluir un estatuto sólo válido para América².

Fue signada en La Habana el 20 de febrero de 1928 por EE.UU., Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá (ratificantes) y por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Perú, Salvador, Uruguay y Venezuela (no ratificantes).

Tomó mucho de la Convención de París pero se le diferencia notablemente ya que, si bien establece el principio de la soberanía, deja la más absoluta libertad en la creación de vías aéreas internacionales y la explotación de líneas comerciales regulares de tránsito internacional, por lo que ya éstas no necesitan de la previa autorización estatal.

Como vimos, ganó de 12 ratificaciones. Su vigencia finalizó al sancionarse la Convención de Chicago en 1944, ya que ésta obliga a los Estados miembros a denunciar las Convenciones de París y La Habana.

VIII) LA CONVENCION DE CHICAGO

A) ANTECEDENTES.

Producida la Segunda Guerra Mundial, la técnica aviatoria acusa un desarrollo inusitado. La Convención de París resultaba estrecha. Ya no se podía hablar de un sistema de normas para Europa y otro para América. Se hacía necesario un nuevo estatuto internacional que regulase más acabadamente las relaciones aeronáuticas.

Las negociaciones comenzaron antes de la finalización de la guerra. Al principio se desarrollaron por vía bilateral (EE. UU. y Gran Bretaña; EE. UU. y U.R.S.S. y España). Los esfuerzos denodados de EE. UU. por la reunión internacional culminaron en una Conferencia que se reunió en Chicago el 1º de noviembre de 1944 con el objeto de

¹ Transcripción por VARELA ESCOBAR, op. cit., pág. 27, nota 53.

² En este tema sigo exclusivamente a ROUSSEAU (Op. cit., pág. 634) única fuente de información que al respecto tengo en mis manos.

actualizar el acuerdo de París y considerar los diversos problemas relacionados con la explotación de los servicios aéreos internacionales de itinerario fijo.

Participaron de esta reunión 52 Estados: Afganistán, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Egipto, España, Etiopía, EE. UU., Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irán, Irak, Irlanda, Islandia, Liberia, Luxemburgo, México, Nueva Zelandia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Perú, Filipinas, Portugal, Salvador, Suecia, Suiza, Siria, Checoslovaquia, Turquía, Unión Sudafricana, Reino Unido de Gran Bretaña, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia. De todos ellos sólo ratificaron en forma inmediata 26 Estados. Entre sucesivas ratificaciones y adhesiones hoy alcanzan a 76 los Estados vinculados por este convenio. Entró en vigor el 7 de abril de 1947.

En la Conferencia¹ se enfrentaron tres tesis diferentes:

- 1) *Tesis de la internacionalización*, preconizada por Australia y Nueva Zelandia. Por ella se proponía la internacionalización total de la aviación civil. A estos efectos se crearía una entidad internacional que fijaría las rutas, las frecuencias, las tarifas y otorgaría los permisos de cabotaje.
- 2) *Tesis de la libertad general o competencia libre* ("*free enterprise*"), sostenida por EE. UU., postulaba la libre e ilimitada concurrencia a la explotación de las líneas aéreas internacionales. De esta suerte toda compañía aérea podía establecer libremente sus líneas sobrevolando cualquier Estado y fijando a paladar itinerarios y precios. Era la apertura de los cielos a las llamadas "Cinco libertades del Aire"². Esta posición tan atractiva —todo lo que sea libertad conquista y engolosina— en realidad respondía en gran manera a intereses egoístas. En efecto, al finalizar la guerra, la supremacía del poderío aviatorio norteamericano era indiscutible. Mientras que Inglaterra fabricó "cacas", EE. UU. construyó preferentemente aviones de transporte de tropas y petróleo, los que con leves modificaciones se podrían convertir rápidamente en aeronaves aptas para el servicio internacional. Ese material, pues, podía ser ingente fuente de divisas. Nada más fácil entonces que proclamar la libertad y gracias a su velo tran-

¹ Op. cit., pág. 47.

² EE. UU. firmó el acuerdo de París pero no lo ratificó jamás. Además, recordemos que la mayor parte de los países americanos no eran miembros del convenio del 19.

quilizador, monopolizar la aviación mediante —podríamos decir— una competencia desleal a las otras potencias que, o bien habían destrozado su flota aérea o bien sólo se componía de aviones inútiles para la nueva tarea. Claro que no sólo móviles egoístas impulsaron a EE. UU. a desear y luchar por un estatus internacional, pero no es desdeñable observar esta circunstancia que fuese la determinante de su postura en la conferencia.

- 3) La *tercera* inglesa defendió, temiendo la hegemonía de EE. UU., el derecho de los Estados de sujetar a su previa autorización el funcionamiento de líneas internacionales regulares sobre sus respectivos territorios, a la vez que propugnaba la creación de una entidad internacional que tuviera poderes de contralor sobre esas líneas y que promoviese la cooperación internacional en la materia.

La imposibilidad de aunar las posiciones y la perspectiva del fracaso de la conferencia, hizo que se sancionara la postura inglesa que es en el fondo como hemos visto en la de la Convención de París. Por segunda vez quedaba fuera del estatuto mundial de la aviación el problema esencial de la regulación de los servicios internacionales de itinerario fijo. Sin embargo, otorgándoles a estos servicios las cinco libertades del aire, la Conferencia aprobó el "Transit Agreement" y el "Transport Agreement" cuya aceptación por los ratificantes es libre.

B) SU NOMINACIÓN¹.

Por su art. 1º se declara la soberanía "exclusiva y absoluta" del Estado subyacente sobre su "zona aérea". Pero como en París esta soberanía se halla sujeta a determinados principios establecidos por la convención y que los vamos a exponer en relación a la triple distinción de aeronaves que realiza.

1) *Aeronaves del Estado.*

Por el art. 3º a este tipo de aeronaves —son las que usan para servicios militares, aduaneros o policiales—, no se le aplica la Convención la que rige únicamente para las civiles. Para poder circular en cielos de otro Estado precisan su autorización especial.

¹ De ella no participaron Alemania, Italia, Japón y la URSS. Esta, luego de aceptar la invitación se negó a comparecer alegando que a ella iban Italia, España y Portugal con las que no mantenía relaciones diplomáticas.

2) *Aeronaves no afectadas a servicios aéreos internacionales de itinerario fijo.*

La Convención les otorga un privilegiado régimen de libertad. En efecto, se les acuerda con ligeras atenuaciones el derecho a las cinco libertades (Art. 5º). Las restricciones son: a) El Estado subyacente, por razones de seguridad de vuelo, puede exigir de las aeronaves que demoren sobrevolar zonas inaccesibles o que no cuenten con las debidas facilidades para la navegación aérea, que sigan rutas determinadas u obtengan permisos para realizar tales vuelos; b) El Estado subyacente puede, por razones militares o de seguridad pública, declarar interdictas ciertas zonas de su espacio aéreo o limitar o prohibir temporalmente los vuelos sobre la totalidad o parte de su territorio. En caso de desobediencia, la aeronave puede ser obligada a aterrizar; c) El Estado subyacente puede reservarse los servicios de cabotaje a favor de las aeronaves nacionales. (Arts. 5, 7 y 9).

3) *Aeronaves afectadas a servicios aéreos internacionales de itinerario fijo.*

El principio aplicable es igual al de la Convención de París. El art. 6º dispone: "No se prestará, servicios aéreos internacionales de itinerario fijo en el territorio o hacia el territorio de un Estado contratante, excepto con el permiso especial u otra autorización de dicho Estado, y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización".

C) LA ORGANIZACIÓN DE LA AVIACIÓN INTERNACIONAL

Con sede en Montreal trabaja la O.A.C.I. que desde 1947 integra a la O.N.U. Este instituto —compuesto por una Asamblea, una Comisión consultiva y un Consejo—, creado por el Convenio de Chicago, es un organismo técnico-encargado de unificar las reglas de la navegación aérea y fomentar su desarrollo en todos sus aspectos.

D) ACUERDOS COMPLEMENTARIOS.

Según hemos señalado, así como en París, 25 años más tarde en Chicago, se distinguió —si bien de modo más detallado y preciso—,

* Ellas son: 1) Pase inofensivo sin aterrizar; 2) Aterrizaje para fines no comerciales (señala técnica); 3) Desembarcar pasajeros, correo y carga, (omitted) en el territorio del Estado cuya nacionalidad posea la aeronave; 4) Embarcar pasajeros, correo y carga con destino al territorio del Estado cuya nacionalidad

entre las aeronaves que no cumplen con un servicio internacional de ruta fija (a las que se les acuerda las cinco libertades) y las que sí presten tal labor, las cuales, por el texto mismo de la Convención, no gozan, en principio, de ninguno de esos derechos, al quedar sujetas a la voluntad del Estado subyacente y a sus condiciones.

Por ello la Conferencia de Chicago, contemplando exclusivamente estos servicios regulares, aprobó también dos acuerdos complementarios a los cuales los Estados ratificantes podían acceder libremente según sus conveniencias económicas.

1) El "Transit Agreement".

Por este acuerdo los Estados se reconocen el ejercicio de las dos primeras libertades del aire:

- a) *Paseje inofensivo.* Lo que debe entenderse por tal, ya lo hemos considerado con anterioridad¹. Es de importancia capital para el establecimiento de líneas internacionales.
- b) *Aterrizar con fines no comerciales o derecho de escala técnica,* es decir, aterrizar para reabastecer la aeronave (combustibles y lubricantes) y realizar las reparaciones del caso. Su importancia es obvia: hace posible los grandes viajes. (Art. 1º, Secc. 1).

Por la Sección 4, se dispone que cada Estado contratante tiene facultad para determinar la ruta que seguirá en su territorio cualquier servicio internacional y los aeropuertos que podrá usar dicho servicio aéreo, como imponer o permitir que se le impongan derechos justos y razonables por el uso de los aeropuertos y otras instalaciones, con tal que no sean superiores a los que satisfagan las aeronaves nacionales similares.

La gran mayoría de los miembros de Chicago han ratificado o adherido a este acuerdo². Su utilidad es innegable: las aeronaves se evitan de realizar inútiles rodeos para no atravesar espacios aéreos extranjeros.

2) "Transport Agreement".

Por este acuerdo los Estados se reconocen la 3ª, 4ª y 5ª libertades (las llamadas "comerciales"). El contenido de estos derechos ya lo hemos visto³.

poseo la aeronave: 3) Embargar pasajeros, correo y carga con destino al territorio de cualquier Estado y de desembarcar pasajeros, correo y carga provenientes de cualquier otro Estado.

¹ En cuanto a método expositivo véase a Lemoine.

Sin embargo, estas libertades no son acordadas indistintamente a todo servicio internacional de ruta fija. Para gozarlas, el servicio debe reunir los siguientes caracteres:

- a) Que sean "services long-courriers" ¹ (Art. 1º, Secc. 1).
- b) Que sobre el Estado sobrevolado resulte un itinerario razonablemente directo. (Art. 1º, Secc. 1).
- c) Que el servicio tenga por punto de partida o de destino el territorio metropolitano del Estado cuya nacionalidad posea la aeronave. (Art. 1º, Secc. 1).
- d) Que el Estado contratante tenga en cuenta, al establecer estos servicios, los intereses de los otros Estados contratantes a fin de no lastimar indebidamente sus servicios regionales o el desenvolvimiento de sus servicios "long-courriers".

En el acuerdo se prevé el derecho de los Estados contratantes a no acordar la 5ª libertad si así lo reserva en el momento de la firma o la ratificación. Si aceptó o ratificó sin reserva, puede retirar el goce de la misma con un preaviso de seis meses.

Este acuerdo nunca entró en vigor. Sólo 17 Estados lo ratificaron y, de ellos, sólo EE. UU., Suecia y Holanda explotaban líneas internacionales. Ante esta situación, EE. UU. denunció el convenio.

IX) EVOLUCION POSTERIOR

El fracaso del "Transport Agreement" no causa sorpresa. Constituía una reglamentación ilusoria: las mismas razones que impidieron consagrar las libertades comerciales en el Convenio de Chicago provocaron éste' desahucio.

Es que el "Transport Agreement" importaba la apertura de los espacios aéreos a la libertad de circulación (tesis estadounidense) lo que hubiera desencadenado una peligrosa e irrefrenable supremacía de los Estados óptimamente equipados para el desarrollo de estos servicios internacionales (lo que se traduce en un mayor número de frecuencias como consecuencia de la mayor cantidad y capacidad de las aeronaves y de la mayor demanda del caudal a transportar).

¹ Ver pág. 13.

² Argentina, por el decreto-ley 15.110-46, ratificando por Ley 13.691, adhirió a la Convención de Chicago, y por el mismo, adhirió también al presente acuerdo.

³ Ver pág. 29, nota 2.

En efecto, un acuerdo multilateral sobre libertad de comercio aéreo, hubiera hecho posible que los países con gran poder aviatorio absorbieran a los que no lo posean, pero si bien el acuerdo otorgaría por igual los derechos a todos los contratantes, en el hecho, sólo los primeros podrían ejercerlos acabadamente y sacarle las más óptimas ventajas.

Por ello es que, en defensa de sus intereses económicos, las naciones han preferido negociar sus ciclos celebrando acuerdos bilaterales, en los que, lógicamente, cada una de las partes, trata de sacar mayor provecho de su poder o de su debilidad, ya sea para obtener ventajas económicas o para utilizar estos factores como instrumento de presión o extorsión política.

BIBLIOGRAFIA

- AMBERGHI, ANTONIO: "Instituciones del Derecho de la Aviación", Bs. Aires, 1948.
CASTELLANI, ENRICO: "Le droit aérien", París, 1912.
COOPER, JOHN C.: "El derecho de volar", Buenos Aires, 1950.
GAY DE MONTPELLA, RAFAEL: "Principios de Derecho Aeronáutico", Buenos Aires, 1950.
HENRY-COGANONNE, ANDRÉ: "Elementos esenciales del Derecho Aéreo", Madrid, 1929.
LEBOUR, MAURICE: "Traité de Droit Aérien", París, 1947.
MÉNER, ALER: "Compendio de Derecho Aeronáutico", Buenos Aires, 1948.
MOLINA, VÍCTOR E.: "Notiones de Derecho Aeronáutico", Tucumán, 1951.
OFFENHEIM, M. A., LL. D.: "Tratado de Derecho Internacional Público", Tomo I, Vol. II, Barcelona, 1908.
RATTIN, MÁRMO: "El Derecho de la Aeronavegación", Buenos Aires, 1945.
ROUSSEAU, CHARLES: "Derecho Internacional Público", Barcelona, 1961.
TADANA, GUSTAV: "La soberanía y las libertades del aire", en "J. A.", T. 56-IV, 8D, pág. 33 y sigas.
TAPIA SALINAS, LUIS: "Manual de Derecho Aeronáutico", Barcelona, 1944.
VIEIRA ESCALADA, FERNANDO N.: "El Derecho Aeronáutico, Rama Autónoma de las Ciencias Jurídicas", Bs. As., 1948.
Tratado de la Comisión de París y de la Convención de Chicago.
Español de Matrices del Código Aeronáutico Argentino.

EL APELLIDO DEL ADOPTADO Y OTRAS CONSIDERACIONES

Por DELIA BEATRIZ OLIVIER

La adopción es una institución social de derecho privado que ha llenado, con su promulgación en 1948, un enorme vacío de nuestra legislación. En virtud de la misma se crea entre el adoptante y el adoptado una relación similar, pero no idéntica que la que surge del vínculo de filiación legítima.

El art. 13 de la ley 13.252/48, establece: "La adopción impone al adoptado el apellido del adoptante, sin perjuicio de que agregue el suyo propio". Y el art. 14, dice: "Los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad que se transfieren al padre adoptivo".

En un fallo de la Cámara Nac. Civ., Sala D, dic. 28-1953¹, se establece que: "El adoptado debe usar en primer término el apellido del adoptante, sin perjuicio de que agregue el suyo propio. El orden no debe variarse aunque así lo pida la propia adoptante, madre natural del adoptado, atento a lo que imperativamente dispone el art. 13 de la ley 13.252".

Si la adopción crea un vínculo de familia, es indudable el acierto de esta disposición de la ley, por cuanto el vínculo se pueda exteriorizar más fácilmente mediante la imposición del nombre.

La Revista "El Derecho"² trae un fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala B, julio 31-1961, en que nuevamente se afirma: "... el apellido del adoptado deberá ser el del adoptante, no siendo obligatorio para el menor el uso del suyo propio (el paterno), sin perjuicio de que lo agregue, según su criterio cuando esté en condiciones de apreciar la conducta de sus padres y discernir sobre el alcance de sus actos". Revoca la Cámara, en este fallo la sentencia de 1ª instancia en lo que hace al apellido de

¹ Publicado en La Ley, T. 34, p. 71 (con nota del Dr. Fortia).

² T. I, 1962, p. 273, F. Nº 112.

la adoptada que según el criterio del Juez de la causa se debía conceder la adopción pero el menor debía conservar su apellido de sangre, por cuanto dicho menor tiene hermanos y tíos, al no conocerse entre sí, en en el curso de la vida podría darse el caso de incesto. Basábase para fundamentar lo expuesto en el art. 14 de la ley (ya transcrito). La misma revista, en la página 1019, cita también otro fallo: "El adoptado adquiere el apellido del adoptante entendiéndose éste en su integridad, vale decir que llevará el apellido de casada de la adoptante": Cámara Fed., Bahía Blanca, nov. 21-1958, L. L., 9-713.

Otro fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala B, marzo 17-1953*, dice: "No existe inconveniente de orden legal en que la adoptada reemplace en toda su documentación, inclusive en su partida de matrimonio y en la de nacimiento de su hijita, el apellido que actualmente figura en ellas —que no traduce filiación alguna— por el de sus adoptantes. Deberá dejarse expresa constancia en cada uno de los documentos que la filiación que surge del nombre agregado emana de la adopción y no de vínculo alguno de sangre con los adoptantes".

Del articulado de la ley —de claridad meridiana— y de la jurisprudencia citada, como así también de los antecedentes parlamentarios, surge la imposibilidad de conflictos —aunque en la práctica no haya ocurrido así— en lo que se refiere al apellido del adoptado.

Si entre adoptante y adoptado se crea un vínculo legal de familia, es necesario que así sea, además que hace evidente ante la sociedad que lo ve, la situación que existe entre el menor respecto de los adoptantes. También está justificada la adición de su apellido de origen —que por otra parte, es facultativo— si subsiste relación con su familia anterior, o simplemente por propia satisfacción, gusto o voluntad.

Con respecto a la interpretación del art. 13, parte de la doctrina sostiene que el apellido del adoptante es el obligatorio y que el de origen del adoptado es facultativo y si lo desea debe ir después de aquél; y que la agregación del apellido propio sólo puede ser solicitada por el adoptado. En cambio otra opinión considera que no es facultativo para los hijos adoptivos adicionar su apellido de sangre, sino obligatorio, según el art. 14, pues no pueden conocer los menores su origen cuando los padres adoptivos rodean de misterio la adopción y decidir si agregarán o no el apellido de su familia de sangre *.

* Publicado en La Ley, T. 70-118.

* Ferr: "Revisión del Régimen de la Adopción" en Cuadernos de los Institutos Córdoba, Boletín 1960 - 2/3, pág. 113.

Ya con anterioridad a la sanción de la ley¹ se estableció "que si al adoptado se le confiere la calidad de hijo legítimo, es lógico que se procure evitar toda diferenciación con los que nacen de tal categoría, y así creemos que la solución más conveniente para los adoptados el día en que nuestro país incorpore dicha institución, es que tomen directamente el apellido de su adoptante, lo que constituirá en motivo más de unión y de solides en la familia creada por ministerio de la ley".

"En materia tan delicada como esta, es indispensable que haya un elemento cierto que sea el signo que revele al exterior, a la sociedad donde se vive, cuál es la situación que tiene el adoptado. Y la situación que se tiene luego de la adopción es que este niño pertenece a la familia del adoptante. Esta es la situación cierta, definida, y queremos entonces que con el apellido del adoptante, el menor esté exhibiendo ante la sociedad, cuál es la posición que él ocupa en ella".

Respecto al apellido que se adquiere por adopción, la ley guarda silencio en cuanto si éste puede ser transmitido a los descendientes del adoptado. Del articulado de la ley y de los objetivos que se tuvieron en consideración al sancionar la ley, opinamos que el apellido debe ser transmitido a los descendientes².

Es indudable que si el propósito de la ley es crear entre adoptante y adoptado un vínculo de filiación, con las mismas responsabilidades y análogos derechos que la filiación por razón de la sangre, tiene en consecuencia derecho a la transmisión de su apellido.

Si bien sería observable en cuanto el vínculo que crea la adopción se limita al adoptado y éste no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, las finalidades de la institución que dan carácter de hijo legítimo al adoptado no hacen viable otra solución.

Los hijos del adoptado, de llevar otro apellido que el de su padre o madre, tendrían socialmente una situación poco favorable al no poder exteriorizar mediante el apellido, el vínculo de filiación que lo une a ellos.

¹ SANCINJA, F. J.: "La adopción". Bs. As., 1947, pág. 144.

² Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 24-6-48, pág. 1221, cit. por Norberto Novellino en "Nuevas leyes de familia", Bs. As., 1955, 1ª Ed. pág. 78.

³ Conf. Cuadernos de Jurisprudencia, Bs. As., Año I Nº 1, 1954, pág. 45 y agm., artículo de Julio Martín Vivoz.

LA RETROCESION INTEGRA NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Por MARIA AMELIA OLIVERA

S U M A R I O

- I) Importancia de la retrocesión. La retrocesión en el derecho comparado. Remisión.
La retrocesión en nuestro derecho. Fundamento jurídico del instituto. Problemas interpretativos planteados por las leyes 13.284 y 189.
- II) Primera Parte.
 - a) Cuestión suscitada por la ley 13.284/48.
Doctrina y jurisprudencia. Apreciación crítica.
 - b) Conclusión.
- III) Segunda Parte.
 - a) Problemas que plantea el ejercicio de la acción de retrocesión.
 - A) Desde cuándo puede ejercitarse la acción.
 - B) Hasta cuándo puede ejercitarse la acción.
Apreciación crítica de las soluciones doctrinarias.
 - b) Conclusión.

1) Para impedir que la expropiación por causa de utilidad pública pueda tornarse un medio de burla de la garantía constitucional de la propiedad, aparecen en las leyes positivas de distintos países, dos instituciones típicas: la retrocesión y el abandono.

No hemos de detenernos en el estudio de la retrocesión en el derecho comparado porque se ha realizado en nuestro medio recientemente un exhaustivo estudio sobre el particular, al cual nos remitimos: "El derecho de retrocesión por incumplimiento del fin de la expropiación, con especial consideración de los sistemas legales extranjeros", por Catalina

* Este trabajo fue entregado a la Revista para su publicación a fines de 1962.

Grossman¹. Sólo hemos de recordar que eminentes juristas extranjeros, han arribado en esta materia a las conclusiones siguientes: El derecho de retrocesión emana directamente de la garantía constitucional de la propiedad; es potestad cuya existencia no depende del reconocimiento legal; en consecuencia, toda expropiación debe quedar sin efecto retroactivamente al no cumplirse el destino de utilidad pública fijado, por llevar una condición resolutoria en tal sentido.

Toda nuestra doctrina jurídica está de acuerdo en reconocer gran importancia a la retrocesión como medio de salvaguardar el derecho de propiedad; las primeras discrepancias surgen cuando nuestros juristas se detienen a analizar el fundamento jurídico del instituto, y en estas discrepancias creemos encontrar la raíz de la posición diversa que adoptan luego, frente al problema que plantea la ley 13.264: esta ley no regula la institución y como el artículo 33 de la misma deroga la ley 189 anterior, se presentan serias dudas acerca de la vigencia o de la supresión del instituto en nuestro ordenamiento.

Con referencia al fundamento jurídico, hay quienes ven en la retrocesión una facultad, una preferencia, un privilegio nacido de la ley²; otros, en cambio, reconocen en ella "un reflejo del derecho de propiedad, una especificación de éste", y por ende, en cuanto el individuo como propietario tiene el derecho de no ser privado de su bien sino por una causa de utilidad pública, tiene el derecho de recuperarlo cuando esa causa no subsista³.

La ley 189 del año 1866, al igual que todas las leyes provinciales sobre la materia, reguló la institución. Decía esta ley en su artículo 19: "Si la cosa expropiada no se destinase al fin u objeto que motivó la expropiación, el anterior propietario podría retractarla al estado en que se enajenó, consignando el precio o la indemnización que recibió". Esta ley que admitió así claramente el derecho de retrocesión, no previó, en

¹ Buenos Aires, s. n., 1962. CSJN, 30947.

² GROSSMAN, C.: Op. cit. Ver con respecto a Alemania, SCHUMER: "Derecho de la Expropiación", T. II, pág. 225. Ver también, D'ALMEIDA: *Derecho e competencia en materia de retrocesión*. Revista de D. Público, 1914, T. II, pág. 394. LACÓ, F.: *Tratado Integral de la Expropiación*, 194, págs. 392-393 (referencias sobre doctrina extranjera).

³ LACÓ, F.: *Tratado Integral de la Expropiación*, Cap. X.

NEVELLO CORRALÁN: *Tratado de Derecho Civil*; SALVAT, R.: *Derechos Reales*, T. II, pág. 157.

⁴ VILLACAM RAUVERBERG: *Tratado de D. Administrativo*, T. VI, pág. 450. En el mismo sentido, BULLA, *Tratado de D. Administrativo*, T. III, pág. 428 y s. D'ALMEIDA: *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1934, T. II. *Vinculoso Placer*: *Naturaleza Jurídica de la Expropiación*, pág. 80 y s. GARZA: *Jurisprudencia Argentina*, 1920, II, pág. 344.

cambio, los plazos para el ejercicio de la acción correspondiente, no determinó desde cuándo podía ejercitarse ella y cuándo debía considerarse prescripta.

Las opiniones doctrinarias se mostraron al respecto divididas y contrarias. A ellas nos referiremos en la segunda parte de este trabajo, adelantando desde ya, que en nuestra opinión toda confusión parece desaparecer en cuanto se toma como punto de partida para el análisis de ambos problemas, la naturaleza jurídica de la retrocesión.

II) Primera Parte

a) Al referirnos al fundamento jurídico de la retrocesión, recordamos que hay quienes consideran que ella es una facultad, un privilegio conferido por la ley; lógicamente los que así piensan concluyen que abrogada la ley que la hace nacer y reemplazada por otra que la omite, cesa su razón de existencia¹.

Bielva considera que en la ley 13.264, la institución "parecería reemplazada en la nueva ley por el abandono"². El abandono expropiatorio, en el régimen de la ley 13.264, art. 29, tiene lugar cuando el juicio no es promovido dentro de los plazos fijados expresamente por dicho texto. La retrocesión sólo funciona cuando el juicio ha concluido definitivamente y la propiedad ha sido transferida al Estado. Son, retrocesión y abandono, institutos autónomos con efectos jurídicos diferenciados y singulares³.

Aquellos de nuestros juristas que ven en la retrocesión un reflejo del derecho de propiedad, concluyen por ende, que la falta de retrato permitiría burlar impúdicamente la Constitución, menoscabando el derecho de propiedad sin riesgo alguno y en consecuencia que no se puede considerar inexistente esta institución por la razón única de no haber sido legislada por el Congreso⁴.

Adherimos a esta segunda posición. La retrocesión, al igual que el abandono, tiene un fundamento constitucional. Nuestra Ley Suprema sólo permite la expropiación por causa de utilidad pública; suprimir el retrato cuando esa causa de utilidad pública no se actúa, significa hacer posible que la expropiación pueda llegar a transformarse en un medio de vulnerar la propiedad que ella se propone garantizar.

¹ Ver nota 3.

² BIELVA: *Tratado de D. Administrativo*, T. III, pág. 452 Principios de D. Administrativo, pág. 823.

³ CONF. VALLEJA BARRERA: *Tratado de D. Administrativo*, T. VI, pág. 623.

⁴ Ver nota 4. Además, opinión del diputado Yañezola. *Diario de Sesiones 1948*, T. IV, págs. 3413 y m.

Por otra parte, la corriente doctrinaria que sostiene la derogación del derecho que estudiamos se funda también en los antecedentes parlamentarios de la ley 13,264. Según estos juristas el silencio de la ley en esta materia, lejos de ser atribuible a una omisión casual, se debe a la decisión mayoritaria de suprimir el derecho de referencia.

Sin embargo, el análisis de tales discusiones parece llevarnos a una conclusión diversa hasta cierto punto*. Los diputados de la mayoría al rechazar la iniciativa de López Serres (inclusión de cuatro de los artículos sobre retrocesión del Proyecto del Instituto de Estudios Legislativos)¹¹, se situaron solamente en el supuesto de cambio de destino de la cosa expropiada. Los legisladores de la mayoría consideraron una necesidad suprimir la retrocesión por las perturbaciones que puede traer al Estado la proliferación de juicios en torno "de un cambio de destino, siendo, sin embargo, el nuevo de tan evidente utilidad pública como el anterior"¹².

Ahora bien; el cambio de destino de la cosa expropiada es sólo una de las necesidades que hacen a la existencia de la retrocesión; la otra necesidad, precisamente la que se ha considerado siempre como más importante, no dar a lo expropiado destino alguno, no fue ni siquiera mencionada al suprimirse la retrocesión. Si se desea pues, fundar la no vigencia de la retrocesión en los antecedentes legislativos, habrá que circunscribir el aserto al supuesto único que fue tenido en cuenta por los diputados de la mayoría.

Jurisprudencia

A pesar de la jerarquía de las opiniones doctrinarias adversas, los fallos de nuestros tribunales parecen bastante inclinados a admitir el derecho de retrocesión, y a admitirlo en sus dos supuestos, como puede apreciarse a través de los que citamos a continuación:

"Por aplicación analógica del art. 24 de la ley 13,264, proceda ordenar el desalojo de intrusos que se han introducido en el fundo expropiado, aunque la medida no se solicite para realizar la obra sino para

* Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (1948-IV, págs. 3666 y ss. *op. cit.*, 3411 y ss.).

¹¹ "Expropiación por causa de utilidad pública", Proyecto de Ley del Instituto de Estudios Legislativos, 1939, Sección Derecho Constitucional, págs. 300 y ss.

¹² Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1948-IV, págs. 3666 y ss. y 3611 y ss.

¹³ Encontramos esta argumentación idéntica a la hecha en Francia en 1833, con motivo de discutirse la inclusión del derecho de retrocesión en la nueva ley de expropiaciones. La réplica conciliante y decisiva sobre el particular hecha por el miembro de la comisión legislativa, M. Legrand, puede verse en "Traité de Expropriation", Chevillard de Lialleau, 1832, Cap. Le droit de rétrocession, T. II.

restituir el inmueble a sus antiguos propietarios que ejercitan su derecho de retrocesión" (Banco Hipotecario v/Turrado. Cámara Federal de La Plata, mayo 5-1959. Jurisprudencia Argentina, 1960, Tomo IV).

"...Si bien están íntimamente ligadas, la acción de retrocesión debe distinguirse de la establecida previamente y que tiene por objeto exigir del Estado una manifestación de voluntad al respecto, de si se hará o no la obra que motivó un juicio de expropiación ya terminado por sentencia firme y entrega de precio varios años atrás, toda vez que la última se presenta como una acción autónoma con sus elementos característicos" (Mandich y otros v/Gobierno Nacional, Cámara Federal de Paraná, julio 17-1960, Jurisprudencia Argentina, 1960, IV, pág. 324).

"Si bien la ley 13.264 derogó la previsión de la anterior 109, que concedía al propietario desposeído una acción específica tendiente a obtener la restitución del bien expropiado, cabe admitir la invalidez de la expropiación por acción de nulidad del acto administrativo que la dispuso, cuando no se cumplen los requisitos del artículo 17 de la Constitución Nacional. Aparte que la falta de causa y la causa ilícita afectan la validez del acto administrativo" (Bazzú y otro v/Administración General de Vialidad Nacional, Cámara Federal, La Plata, diciembre 23-1960). Jurisprudencia Argentina, Tomo IV, 1960.

b) Conclusiones.

1) El derecho de retrocesión por su fundamento constitucional integra nuestro ordenamiento jurídico.

2) Si la acción de retrocesión fuera rechazada por los tribunales, siempre quedaría expedito el recurso extraordinario ante la Corte Suprema⁴⁴, pues la protección legal y constitucional de la propiedad es su protección misma.

3) Si bien prestigiosos juristas divergen en sus opiniones respecto de la vigencia de este derecho, la jurisprudencia parece inclinada a la que, por los fundamentos enunciados, consideramos buena doctrina.

III. — SEGUNDA PARTE

a) Recordamos ya, que bajo la ley 109 se plantearon dos problemas vinculados con el ejercicio de la acción de retrocesión, problemas que naturalmente, en el caso de admitirse la acción, se dan también

⁴⁴ "Bazzú Horacio y Bazzú Carlos v/Administración General de Vialidad y Retrocesión. Suprema Corte de Justicia, 18 de mayo de 1962.

Dictamen del Procurador sobre procedencia del Recurso Extraordinario: "El recurso extraordinario es procedente por haber sido fundado en el art. 17 de la

en el momento actual: A) Desde cuándo puede ejercitarse la acción; B) desde cuándo debe considerarse prescripta.

Llama la atención que los juristas nuestros, que se han detenido en el estudio de la retrocesión, no se han abocado, sin embargo, a la resolución de estas dos cuestiones; hay quienes analizan una sola de ellas, hay quienes no se refieren a ninguna de las dos.

En el proyecto de Ley sobre Expropiación por causa de utilidad pública, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos¹, al reglamentarse la retrocesión, se fijaron los plazos de dos años para el ejercicio de la acción y de 5 años para que la misma se considere prescripta. De haberse seguido, pues, el proyecto del Instituto todo problema en esta materia habría quedado resuelto.

Nuestros tratadistas Lafaille² y Legón³, estudian el segundo de los plazos de referencia y estiman que, ante el silencio de la ley 133, debe aplicarse por analogía el plazo fijado por el código civil para el pacto de retroventa (tres años). En nuestra opinión, no puede dejar de recordarse aquí la naturaleza jurídica del instituto analizado, naturaleza que cobra especial importancia ante la laguna legal. Mientras la venta con pacto de retroventa es una figura del derecho privado, la retrocesión (como la expropiación y el abandono) es de derecho público⁴, o al menos, de naturaleza mixta⁵.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de expropiación: "La expropiación, como institución de derecho público, estará regida por principios propios y no por la compraventa, figura exclusiva de derecho privado"⁶. Y específicamente, en materia de retrocesión, también la jurisprudencia ha sido terminante: "El plazo que señala el 1381 del Código Civil, para la venta con pacto de retroventa, no es aplicable al derecho de retrocesión que la ley confiere al expropiado"⁷.

Constitución Nacional y ser la decisión definitiva contraria al derecho fundado en esa cláusula y que ha sido materia de litigio".

En doctrina, conf. VILLANAS BUENAVISITA: Op. cit., T. IV, pág. 427.

¹ "Expropiación por causa de utilidad pública", Instituto Arg. de Estudios Legislativos, 1933, Acción de retrocesión (arts. 79 y 81). Asimismo, el importante comentario al Proyecto, de Walter Villegas, "Consideraciones sobre el Proyecto...", en el mismo volumen del Instituto, pág. 217-226.

² LAFAILLE: Tratado de Derechos Reales, T. III, pág. 421.

³ LEGÓN: Tratado Integral de la Expropiación. Cap. XI. Sección V, pág. 392 y ss.

⁴ Sobre naturaleza jurídica, Américo Berchman: "Expropiación sin causa de utilidad pública". La Plata, Rev. Colegio de Escribanos, N° 732, 1961.

⁵ BELLAS: Principios de Derecho Administrativo, pág. 609 y ss.

⁶ Suprema Corte. Fallos 228-243.

Obviamente, en la venta con pacto de retroventa, el ejercicio de la acción está condicionado por el capricho, el arbitrio exclusivo del vendedor; de no ser por el lapso legal, podría iniciarse la acción en cualquier momento. Muy por el contrario, el ejercicio de la acción de retrocesión está condicionado por el incumplimiento del destino de utilidad pública fijado por el Estado, y en el que para nada interviene la voluntad del ex propietario.

Si se establece por el Código un plazo de tres años para que el vendedor ejercite la acción emergente del pacto de retroventa, es porque se trata de evitar el perjuicio que un plazo incierto trae para la negociabilidad de los bienes, para la circulación de la riqueza. Este peligro no se da tratándose de un bien expropiado que necesariamente no debe afectarse a otro destino que a la obra de utilidad pública que fue la causa de la expropiación.

Villegas Bazvilbaso* participa de la opinión de Legón y Lafaille, agregando en su estudio sobre la retrocesión, el análisis del momento a partir del cual deben contarse los tres años: desde el cambio de la obra pública fijada, por otra obra pública, en el primer supuesto de retrocesión; desde el momento en que el Estado contesta al reclamo del particular en el segundo.

Pero en este segundo supuesto, en opinión de Villegas Bazvilbaso, es necesario distinguir dos situaciones diversas: Cuando, ante el requerimiento del particular, el Estado responde que no ha iniciado la obra pública por falta de fondos, pero que no ha abandonado su propósito; y cuando, responde en cambio que ha desistido de su proyecto. En la primera situación, no procede la acción, en el segundo caso sí.

Ahora bien, si de tal respuesta dependiera el ejercicio de la acción, ella quedaría circunscripta al caso de remplazo de una obra pública por otra y sería siempre improcedente en el supuesto que estimamos más importante: cuando la cosa expropiada no es utilizada para ningún fin de utilidad pública. En efecto, en el terreno de la práctica, lo común es obtener como respuesta del reclamo administrativo, la manifestación que Villegas Bazvilbaso señala en primer lugar; por lo que tal respuesta no debiera ser óbice para el planteamiento judicial del problema, ya que lo contrario torna inejercitable la acción en un elevado porcentaje de casos.

Vernengo Plack*, en su estudio sobre la retrocesión, se detiene en

* Innesich v/ Gob. P. B. A., Suprema Corte de Buenos Aires, 1968, IV (Nº 333).

* Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, págs. 423 y ss.

el análisis del otro problema que anunciamos: desde cuándo puede ejercitarse la acción. Este autor, parte de la base de que cualquier realización de interés público debe encontrarse presupuestariamente prevista (so pena de incurrir en malversación por cambio de destino de los fondos). El tiempo para que el Estado comience la ejecución o de el destino público previsto en la ley de afectación, vence con la terminación del ejercicio financiero del año de la mencionada ley de afectación.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha admitido la procedencia de la acción de retrocesión desde los dos años de producida la transferencia de la propiedad al Estado. "El propietario expropiado puede retrotraer a su dominio el inmueble que a los dos años de la deposición no ha sido destinado al objeto que determinó la expropiación, mediante concreta afectación a la obra o fin propuesto" ". "Entiéndese por afectación concreta cuando comienza a llevarse a cabo las obras previstas por el expropiante y designadas por la ley y no sólo el simple propósito, proyecto o intención del expropiante" ".

b) Confección.

1º) Ante el silencio de la ley, en lo que se refiere al plazo a partir del cual puede ejercitarse la acción, nos adherimos por sus fundamentos, a la opinión de Vernengo Plack. No debería considerarse necesario que pasara un lapso mayor de un año para que procediera la acción (salvo que se adujeran por el Estado razones de gran peso que justificaran plenamente la postergación de la obra).

2º) En cuanto a la prescripción de la acción, estimamos por las razones apuntadas, inaplicable a la retrocesión el plazo fijado por el Código Civil para la retroventa. Por otra parte, el particular puede ejercitar su acción cuando ha pasado el año sin que se realice la obra pública que necesariamente debió figurar en el ejercicio presupuestario correspondiente al mismo. Pero si deja pasar un tiempo más prolongado en espera de que la obra pública se lleve a cabo, sacrificando sus intereses particulares al superior de la comunidad, ninguna razón podrá invocarse contra la retrocesión: sólo se ejercita el derecho una vez desaparecida toda expectativa razonable de concreción del interés superior.

3º) En lo que hace a la prescripción decenal de las acciones por

" Inovich v/Gob. B. As. Cámara Segunda La Plata, 22-7-58. J. A. 1959-VI. En el mismo sentido. Banco Hipotecario Nacional v/Tornado. Cámara Federal La Plata, 5 de mayo de 1959.

Mardich y otros v/Gob. Nac. Cám. Fed. Paraná, julio 1960-I J. A.

sonales¹¹, se debe determinar con precisión el momento a partir del cual comienza a correr ese plazo; y éste no puede ser otro que el de la comunicación o interpelación judicial al expropiante: el momento de la expropiación no coincide, en la mayoría de los casos, con el de la iniciación de la obra y no puede entonces considerarse como punto de partida del plazo de prescripción¹².

En ausencia de disposición legal al respecto, el tiempo transcurrido no debería producir otra consecuencia que la señalada por los tribunales franceses ante problema semejante al nuestro: Certidumbre de que la obra pública no será realizada e innecesariadad de una manifestación del Estado al respecto, para la procedencia de la acción¹³. Y la interpelación judicial, no puede tener o implicar otro resultado, que señalar el comienzo del plazo de prescripción. Esta solución es la única que permitirá la actuación efectiva de la garantía constitucional de la propiedad que hace a la esencia del derecho de retrocesión¹⁴.

¹¹ Sobre la necesaria aplicación de este plazo a la acción de retrocesión, ver *Luacesich v/ Gob. P. Bs. As.* Suprema Corte de Buenos Aires, 1960-IV (Nº 331).

¹² *Coef. Laredo: Op. cit.*, pág. 391 y *VELLEDAZ BASALIBASO: Op. cit.*, T. IV, pág. 463.

¹³ "Cuando el particular expropiado ha dejado pasar diez años sin ejercer la acción de retrocesión puede observarse judicialmente, sin necesidad de esperar una manifestación expresa o tácita de la Administración Pública en el sentido de no ejecutar los trabajos en el futuro". *Revista Trimestral de Droit Civil*, Octubre-diciembre, 1958.

¹⁴ Con posterioridad a la conclusión de este trabajo, ha llegado a nuestros manos hace pocos días, el meduloso estudio sobre la retrocesión del cual es autor Enrique S. Petracchi, publicado en el último número de *Lecciones y Ensayos* (Dic. 1963, Nº 24, págs. 41 y ss.). Entre otras cuestiones el autor analiza el problema de la prescripción de la acción; sostiene que, en virtud del carácter de la acción que es real en cuanto "deriva de la propiedad", sólo podrá aplicarse a ella la prescripción contraria, y que esta será la del art. 4015 del C. C. ya que el Estado tendrá "justo título para no hacer lo, pues es imposible alegar que desconocía la obligación de cumplir legal". Y en esta línea de ideas hace notar con justicia el estar la incongruencia en que incurran quienes, en nuestra doctrina, sostienen el carácter real de la acción y luego afirman la aplicabilidad para ella de plazos de prescripción de las acciones personales.

Personalmente no estamos de acuerdo con la afirmación de que la acción de retrocesión debe ser considerada real en cuanto "deriva de la propiedad". La determinación del carácter real o personal de una acción debe hacerse partiendo del concepto delimitatorio de tales especies. La acción real implica por esencia el ejercicio de un derecho real; este supuesto no se acota en la retrocesión. Petracchi señala precisamente que el dominio adquirido por el Estado (o entidad expropiante) es un "dominio revocable". Sólo si se pudiera hablar de un dominio transferido bajo condición suspensiva, podría afirmarse, en nuestro entender, que la acción de retrocesión es real porque entiendo si el expropiado estaría ejercitando un derecho real cuya titularidad conservaría hasta el cumplimiento de la condición.

LA OBLIGACION DE ESCRITURAR
PREVISTA POR EL ARTICULO 1185
DEL CODIGO CIVIL

Por ANIBAL VILLANUEVA y ANTONIO M. VILLANUEVA

S U M A R I O

- I. — INTRODUCCION.
 - a) El art. 1185 y sus concordantes.
 - b) Planteo del problema.
- II. — JURISPRUDENCIA.
 - a) Primeros fallos y evolución.
 - b) Fallos Repetto-Colsa.
 - c) Fallo del 3-X-1951.
- III. — DOCTRINA.
 - a) Nuestros autores.
 - b) Antiproyecto de Biliboni.
 - c) Proyecto de la Comisión Reformadora.
- IV. — NUESTRO ANALISIS.
 - a) La interpretación de las normas jurídicas.
 - b) El cambio de la Jurisprudencia.
 - c) El juez puede otorgar la escritura en nombre del deudor.
 - d) La del art. 1185 no es una obligación inuito personas.
 - e) No hay falta de consentimiento cuando el juez otorga la escritura.
 - f) Presuntas inconuencias.
 - Cuando el demandado es el vendedor.
 - Cuando el demandado es el comprador.
 - g) Conclusión.

I — Introducción.

a) *El art. 1185 y sus concordantes.*

1. El Código Civil en su sección tercera del Libro II, "De las obligaciones que nacen de los contratos", Título I "De los contratos en

general", Capítulo IV "De las formas de los contratos", dispone cuáles contratos deben ser hechos en escritura pública. En efecto, el artículo 1184 en sus once incisos determina qué tipo de contratos deben llenarse por escrito y, en especial por su conexión con el problema, transcribimos el inciso 1º, que dice:

1184. "Deben ser hechos en escritura pública...

1º) Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro".

El artículo siguiente, el 1185 —que juntamente con el 1187 constituye el modo principal de la cuestión— dice:

1185. "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

El art. 1186, respetando la voluntad de las partes, introduce una excepción al 1185 al expresar que éste no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública.

Y finalmente el art. 1187 expresa:

1187. "La obligación de que habla el art. 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdida e intereses".

2. En la transcripción de los artículos, nos permitimos resaltar mediante el subrayado, las partes —un tanto contradictorias— que hacen en particular al problema a desarrollar. También, acotamos que de acuerdo con lo dispuesto en principio por el art. 1187, será necesario tener presentes las normas que rigen las obligaciones, en especial las que rigen las obligaciones de hacer —art. 625 y siguientes— así como la disposición del art. 505, sobre todo en su inciso 2º; para ver si ellas son en realidad aplicables a la obligación de escriturar, de que habla el art.

1185, o sí, por el contrario, priva lo dispuesto en la parte final del art. 1187.

b) *Planteo del problema.*

3. El planteo lo hemos adelantado en las consideraciones precedentes, pero trataremos de puntualizarlo más detenidamente.

Supuesto el caso de que las partes no hagan la declaración que prevé el art. 1185, trátase de saber si la obligación consignada en el instrumento particular debe considerarse como una típica obligación de hacer (en este caso de hacer escritura pública), tal como dice el art. 1187 en su primera parte: "... será juzgada como una obligación de hacer...", en cuyo caso serían de aplicación las normas referentes a esa clase de obligaciones, recordando principalmente los arts. 629: "Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada..."; 630: "Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses..."; 631: "El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación, ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses", y consecuente con estas disposiciones, dice el art. 505: "Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:

- 1º) Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado;
- 2º) Para *hacérselo procurar por otro a costa del deudor*;
- 3º) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

El otro aspecto de la cuestión es determinar, si no obstante lo que expresa el art. 1187 en su primera parte (y por lo cual cabría la ejecución forzada ante el incumplimiento), la obligación debe resolverse en el pago de pérdidas e intereses, tal como lo señala el mismo artículo en forma expresa en su parte final.

4. Se advierte fácil la implicancia de la interpretación: según sea una u otra la posición que tomemos, muy distinta será la solución del caso. Si tomamos el ejemplo típico, ya que es el que con suma frecuencia se da en la realidad, del instrumento particular firmado por las partes por el cual se obligan a la transmisión de bienes inmuebles (el llamado "boleto de compraventa" de inmuebles), vemos que el acreedor puede:

- 1º) Tomando la primera solución: demandar al deudor para que le otorgue la escritura; en su defecto solicitar al juez que la otorgue por el deudor (ejecución por otro), o pedir daños e intereses.
- 2º) Tomando la segunda solución: demandar al deudor para que le otorgue la escritura; en su defecto, pedir daños e intereses (solución ésta que sería lo que a la letra expresa el art. 1187 en su parte final).

5. Anticipamos que las soluciones, tanto en doctrina como en jurisprudencia, son contradictorias. Parecería que el art. 1187 encierra una contradicción, desde que junta a la obligación del art. 1185 como una obligación de hacer, y seguidamente le asigna efectos distintos que los que corresponden a esa clase de obligaciones, porque si ante el incumplimiento la obligación debe resolverse necesariamente en el pago de pérdidas e intereses, no estamos ante una típica obligación de hacer. Pero visto desde otro ángulo, también podemos decir que no es que le asigna efectos distintos, sino que no le adjudica todos los efectos, las plenas consecuencias, que corresponden a las obligaciones de hacer. Es decir, que la obligación del art. 1185 sería de hacer, pero con las limitaciones, para el caso de incumplimiento, que establece el art. 1187. Desde luego que éste es un problema de hermenéutica, que más adelante desarrollaremos.

II — JURISPRUDENCIA.

a) Primeros fallos y evolución.

6. Nos parece conveniente entrar en la consideración de la jurisprudencia, antes que de la doctrina, porque entendemos que casi todo cuanto hace a este problema ha sido elaborado más por la vía jurisprudencial que por la doctrina. Es relativamente breve el tratamiento del problema en la doctrina y es, en cambio, exhaustivo en la jurisprudencia por la controversia fecunda de magníficos jueces.

7. Interpretando el art. 1185 en un sentido literal, desde un principio la jurisprudencia sostuvo invariablemente que las partes debían comenzar por demandar previamente la reducción a escritura pública del instrumento privado, lo cual hacía necesario un segundo pleito para demandar la escritura de traspaso¹. Es decir, que la persona provista

¹ LASALLE: "Derecho Civil", t. VIII, p. 248; SALAS: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Cometas, t. I, p. 131; SALAS: "Código Civil anotado", t. I, Art.

del documento protocolinado no posea un título de propiedad, sino simplemente el derecho de entablar la demanda de escrituración. Pero luego se abandona esa interpretación, y a partir de un fallo de 1913, señala Lafaille*, se admite la demanda directa para solicitar la escritura de traspaso. Interpretación uniforme que se mantiene hasta nuestros días, y esto parece ser lo más lógico, ya que las partes al contratar es evidente que quieren obligarse a la escrituración del contrato de compraventa y no sólo del boleto*.

8. Del cúmulo de fallos que hacen a esta cuestión, entendemos que tres de ellos configuran la columna vertebral del problema, no sólo por haberse casi agotado en los mismos su estudio, y porque en ellos quedan claramente analizadas y fijadas las posiciones antagónicas, sino también porque son los que determinan en un momento dado el rumbo de la jurisprudencia.

Los tres fallos a que aludimos, y que sucesivamente iremos comentando, son los siguientes:

- 1º) *Caso Byrne v. Pons y otro*; Cám. Civil 1ª de la Capital, del 22 de diciembre de 1921*.
- 2º) *Caso Ferris v. Del Valle*; Cám. Civil 1ª de la Capital, del 15 de septiembre de 1922*.
- 3º) *Caso Casas de Francino, Amalia v. Rodríguez Condé, Manuel*; Cám. Nac. de Apel. en lo civil en pleno de la Capital Federal, del 3 de octubre de 1951*.

b) Polémica Repetto-Colmo.

9. Tanto en el caso del año 1921, como en el de 1922, citados precedentemente, les ha cabido a los doctores Repetto y Colmo, en su carácter de camaristas, y a través de sus respectivos votos, sostener una viva controversia sobre el problema que estamos tratando.

El doctor Repetto sostuvo invariablemente que en el caso de no cumplimiento de la obligación de escriturar, ésta se resuelve en el pago de daños y perjuicios; posición compartida en ambos fallos por la totalidad de los camaristas, con la única excepción del doctor Colmo, tam-

1187. p. 493 y 494; Macusso: "Exposición y Comentario del C. Civil Argentino", t. III, An. 1185, p. 499.

* *Lasagna*: obra cit., p. 244.

* *Lasagna*: "Curso de Contratos", t. I, p. 182.

* *J. A.*, t. III, p. 1160.

* *J. A.*, t. IX, p. 391.

* *J. A.*, 191-IV-155; y *La Ley*, t. 64, p. 478.

bién en ambos casos, quien sostuvo que ante el incumplimiento puede el juez otorgar la escritura.

10. El primer caso, *Byrne v. Posee*, y otro, se trata de un juicio por escrituración de un boleto de compraventa. El juez de primera instancia había condenado a los vendedores a otorgar la correspondiente escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses. Los demandados consienten la sentencia; pero el vencedor la apela por entender que la condena subsidiaria al pago de los daños y perjuicios para la hipótesis de que la escrituración no se cumpla, lesiona su derecho a pedir el cumplimiento en especie de la obligación —como lo pide— y el otorgamiento de la escritura por el juez.

11. El doctor Colmo dice en su voto que repudia la jurisprudencia según la cual el incumplimiento de un boleto de compraventa (en el que no hay sea ni pacto resolutorio convenido— como ocurría en este caso—) se resuelve en la indemnización de daños. Sostiene que la obligación no es personal y que, por consiguiente, no cumplida por el deudor, debe ser cumplida por un tercero a costa de él —art. 505, inc. 2º— agregando además que se trata de una obligación de hacer, que se rige por las disposiciones para este tipo de obligaciones, art. 625 y ss., y que jamás en una obligación de hacer el deudor puede liberarse ofreciendo los daños, art. 631.

12. El doctor Repetto hace en su voto un minucioso análisis de la cuestión. Comienza por indagar las fuentes del código, y sostiene que Vélez ha seguido la solución que adoptó Freitas en su proyecto de Código para el Imperio del Brasil, que reconoce cierto efecto a la convención que debiendo ser hecha por escritura pública lo fuese por instrumento privado o verbalmente. Los arts. 1185 y 1187 del Código Civil corresponden exactamente a los arts. 1930 y 1931 de aquel autor¹, de lo cual concluye: "en principio, pues, como sea la solución de Freitas así será la del Código Civil argentino".

Los textos del "Esbozo" citados, y el 951, núm. 3 que cita Freitas al final del 1931, haciendo una referencia, son los siguientes:

1930. "Los contratos que debiendo ser hechos por escritura pública, lo fueren por instrumento privado firmado, o que fueren hechos por instrumento privado firmado en que las partes se obliguen expresamente a reducirlos a escritura pública, no quedarán

¹ Coincidente con ello LAPALLA, obra cit., p. 248; SALAS, obra cit., p. 132.

concluidos como tales, mientras la escritura pública no fuere firmada, pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública, si los instrumentos privados hubieren sido judicialmente reconocidos o comprobados.

Es procedente esta disposición cuando los instrumentos privados fueren minutas, anotaciones del contrato, o cartas misivas, siempre que estén firmadas*.

1931. "La obligación originada por estos contratos, hechos en la forma de instrumento privado, será juzgada como obligación de hacer, y la parte remisa sólo podrá ser demandada por la otra a efecto de que otorgue y firme escritura pública, bajo apercibimiento de resolverse la obligación en pérdidas e intereses (art. 951, núm. 3)".

Y el art. 951 que está ubicado en la parte que trata sobre las obligaciones de hacer, dice:

951. "Los efectos accidentales de la obligación de hacer, son los siguientes:

3º) Si el deudor no quiere ejecutarlo (se refiere al hecho), siendo él sólo quien puede hacerlo, el acreedor sólo tendrá derecho para pedir la ejecución de la obligación en las pérdidas e intereses".

Cita Repetto seguidamente, el art. 951, núm. 3, que Freitas intercala al 1931, y sostiene que él aclara ya bastante el alcance del art. 1931 en el sentido de que la obligación de hacer escritura pública se resuelve siempre en daños y perjuicios y constituye una obligación de hacer "sui generis".

Pero hay más, agrega: "Freitas, como en nuestro código civil, distingue, en cuanto a las facultades conferidas al acreedor, dos especies, diré, de obligaciones de hacer: a) las que sólo pueden ejecutarse por el deudor en persona, que constituyen la excepción, y b) las que pueden ser ejecutadas por otro, que representan la regla general.

En el primer caso, el acreedor sólo tiene el derecho de pedir el cumplimiento de la obligación bajo pena de resolverse en daños y perjuicios, en el segundo el acreedor tiene el derecho de pedir, a su elección, la ejecución del hecho con la conminación de ser autorizado a ejecutarlo por sí mismo o por un tercero a costa del deudor, o para exigir la ejecución del hecho con la conminación de resolverse la obligación en pérdidas e intereses.

* FREITAS: "Código Civil", artículos citados.

Ahora bien, como el art. 951, núm. 3, contempla precisamente la primera hipótesis, no puede resultar más evidente que en la intención de Freitas la obligación de hacer escritura pública corresponde al género de las que en caso de no cumplirse, sólo dan derecho a los daños y perjuicios y jamás a la ejecución en especie por un tercero, y mucho menos por el juez".

(Es de hacer notar que Repetto llega a estas conclusiones partiendo del supuesto de que la obligación de escriturar sólo puede ser ejecutada por el deudor en persona, y en un párrafo de su mismo fallo lo dice expresamente cuando manifiesta: "...esa obligación de escriturar es como aquéllas de las que el deudor únicamente puede cumplir").

Finalmente, y luego de señalar algunas soluciones de la legislación extranjera, el doctor Repetto apunta algunas inconvenientes que a su juicio se sucederían, si se admitiese que el juez pudiera otorgar la escritura. Señala en especial el que se produciría "cuando el asunto se mira del lado del comprador, es decir, cuando es éste quien resiste la escrituración", ya que el juez no puede reemplazarlo eficazmente si no tiene en sus manos el dinero que representa el precio.

El fallo confirma la sentencia de primera instancia por el voto de los doctores Repetto, Pera, Juárez Celman, de la Torre y en disidencia Colmo.

13. En el segundo juicio, *Fessia v. Del Valle*, se dispone —como en el anterior— que en el caso de no cumplimiento de la obligación de escriturar, ésta se resuelve en el pago de daños y perjuicios.

En esta oportunidad el doctor Colmo se dedicó a replicar con detallado estudio, cada una de las afirmaciones que el doctor Repetto formulara en el caso anterior.

Admite que nuestro código ha copiado casi a la letra los preceptos del "Esbozo", pero observa que la referencia que se hace en el art. 1931 (nuestro 1187) al art. 951, núm. 3, significa que en Freitas la solución de los daños e intereses que dicho art. 1931 contiene, debe ser entendida con arreglo al inciso 3 del art. 951, en el que se dispone que los daños e intereses proceden como solución meramente subsidiaria, cuando se trate de un hecho que "el sólo (el deudor) puede realizar", y no como parecería resultar de nuestro art. 1187 —agrega— del mero hecho de que el obligado se niegue a escriturar.

Expresa luego que, en el peor de los supuestos, quedaría en Freitas como en nuestro código un problema de hermenéutica. Y que a su juicio al art. 1187 corresponde interpretarlo dentro de la armonía de los principios esenciales del código como son los arts. 505, incs. 2º y 3º, 626

y n., 579 y n., 636, 740, 1204, etc., entre otros, que ponen a la evidencia —dice— el pensamiento del codificador, en el sentido de que éste quiere siempre, salvo objetiva imposibilidad, que toda obligación se cumpla en especie, y no mediante el sustitutivo de los daños y perjuicios.

Luego refuta que la obligación de otorgar una escritura sea personal; y manifiesta: "es personal la obligación que sólo puede ser cumplida por el deudor; un tenor reputado, un artista conocido, un abogado inimitable, etc. La obligación de otorgar escritura nunca puede ser, ni remotamente, personal. Todo lo que en ella aporta el obligado es el consentimiento y la firma; su consentimiento está reemplazado por la sentencia que le condena; su firma se halla sustituida por la de aquél (un extraño o el mismo juez) que firme por él: se trata de un acto jurídico, y cualquier acto jurídico puede ser realizado por mandatario".

Hace algunas consideraciones acerca de la legislación extranjera, y finalmente rechaza los inconvenientes a que aducía el doctor Repetto en su voto, en especial a aquel caso en que el obligado que se rüega a escriturar es el que ha prometido comparec. Al respecto dice: "Yo no termino de asombrarme en este asunto. La contingencia es eventual y nada tiene que hacer con los principios en juego. Tan positivo es ello que puede ocurrir en cualquier otra situación: en una venta privada, en una venta judicial, etc. . .".

Concluye el doctor Colmo citando numerosos preceptos del código, para demostrar la intención del codificador en el sentido de que la obligación se cumpla in natura. El art. 1187 —dice— debe ser interpretado de acuerdo con ese espíritu del legislador. Cuando en él se habla de daños e intereses, es, seguramente, porque se alude a la situación en que el cumplimiento es imposible".

El doctor Repetto se limita a ratificar lo expresado en la causa *Byrne v. Fosse* y otro, ya comentada.

Votan los doctores Repetto, Pera, Juárez Colman, de la Torre, y en disidencia Colmo.

c) *Plenario del 3 de octubre de 1951.*

14. En el juicio *Cases de Franelco, Amalia v. Rodríguez Conde, Manjuel*, el 3 de octubre de 1951 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno de la Capital Federal, resolvió lo siguiente:

"Cuando en un juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntaria de un bien inmueble procede la condena a escriturar, puede el juez firmar la escritura si no lo hace el obligado".

Esta decisión se logró por un ajustado margen de votos, ya que de un total de doce jueces, siete votaron a favor y cinco en contra de la solución del plenario.

Lo hicieron en el sentido afirmativo los doctores: J. Ramiro Pédetti, Alberto Baldrich, Saturnino F. Funes, Rafael E. Ruzo, Antonio Abina, Manuel G. L. Arias Gastex y Agustín Abina.

Lo hicieron en el sentido negativo los doctores: Miguel Sánchez de Bustamante, J. Miguel Bargalló, Roberto E. Chute, César H. Méndez Chavarría y Juan E. Coronas.

El fallo es importante no sólo, desde luego, por su carácter de plenario, sino también porque varios de los camaristas, en exhaustivos, ilustrados y muy bien fundados votos, trataron in extenso el problema. Y dado precisamente lo extenso de los votos, sólo haremos un breve resumen de los mismos para sintetizar el sentido de cada uno de ellos.

15. En primer término se expide el Dr. Sánchez de Bustamante en un enojadísimo voto. Comienza por señalar que el problema que plantean los arts. 1185 y 1187 no es nuevo, y en ese sentido manifiesta: "El codificador no ideó una solución desconocida, ni introdujo una disposición incoherente o ambigua dentro de sus grandes construcciones jurídicas —obligaciones, contratos en general, compraventa, etc.—, por el contrario se inspiró en los antecedentes de la compraventa de bienes inmuebles y quiso dar una solución legal a una tradicional y ardua disputa, bien conocida entonces, inclinándose decididamente a favor de una de las dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales en pugna y en contra de la que adoptó el Código Napoleón. Este equiparó la promesa sinalagmática de venta a la venta: mientras nuestro código las distinguió expresamente y les atribuyó diferentes efectos".

(Obrévese, sin embargo, sin entrar a considerar ahora si la solución del art. 1187 es coherente o no con todo el sistema, que en más de una oportunidad el codificador vuelve en su obra disposiciones de distinta fuente que no amalgaman. Un ejemplo es precisamente, el haberse apartado en la compraventa del Código de Napoleón en cuanto para éste la promesa de venta equivale a la venta, y haber mantenido la solución de dicho código en la compraventa de cosas ajenas —art. 1599 del código Francés en que debe tenerse al tiempo del contrato, pues con él se opera la transmisión) *.

* Ruzo: "La venta de la Cosa Ajena", p. 12, Nº 3; p. 13, Nº 8: "... es forzoso concluir que en nuestro cód. civil falta la lógica. No podemos tomar la solución romana, y española, y del viejo derecho francés en materia de transmisión del dominio y la del código de Napoleón en materia de compraventa de cosas ajenas,

Hace luego el Dr. Sánchez de Bustamante un estudio que se remonta al derecho romano, pasa por el francés, Freitas, los borradores de Vélez, y concluye con estas consideraciones: "Por lo tanto, debe entenderse que en el sistema argentino, la obligación de escriturar la compraventa no consiste en el hecho impersonal, objetivo o material, de firmar el instrumento público... En el supuesto especial que examinamos, se trata nada menos que celebrar el contrato futuro en la forma impuesta por la ley, lo cual requiere el consentimiento de la parte para obligarse definitivamente a transferir la propiedad. Como la voluntad es incoercible, nadie puede obligar a una persona a vender, a menos que la ley disponga que el precontrato o promesa valga como venta actual, y nuestra ley dice lo contrario, sancionando el incumplimiento con los daños y perjuicios".

Finaliza admitiendo que no habría ninguna dificultad técnico-jurídica en que el juez otorgue directamente la escritura, o que la sentencia tenga el valor de título y sustituya a la escritura, etc., pero siempre que una ley de fondo reformara la legislación vigente. "Reconozco que nuestro código es susceptible de ser perfeccionado —agrega—, pero la reforma debe venir por la vía legislativa y abarcando el problema en su conjunto, ya que son graves y variados los efectos que pueden surgir de la sentencia constitutiva".

16. El doctor Podetti hizo en especial, consideraciones de aspecto procesal, y en ese sentido manifestó: "...la voluntad exteriorizada al convenir el contrato preliminar debe cumplirse (art. 1197), y de no ser así, al actuar el poder jurisdiccional, incitado por la acción y mediante el proceso, la voluntad del Estado, representado por el Juez, sustituye a la nueva exteriorización de voluntad que implica el cumplimiento de lo prometido, en todos los casos, salvo el de imposibilidad material... De ahí que puede afirmarse, que la cuestión en debate corresponde al estado de ejecución de la sentencia, porque en el período de conocimiento, el objeto del proceso es obtener la sentencia que reconozca el derecho y en el período de ejecución el objeto son los bienes o los actos u omisiones del deudor, que exigen la ejecución forzada o por vía indirecta.

Si admitiéramos la posibilidad de que el acto volitivo del vencido fuera factor indispensable para el cumplimiento de la sentencia que condena a escriturar, crearíamos un nuevo caso o arrepentimiento que el código civil no prevé... nécese que no se pretenda ejercer violencia

porque esta última se justifica, proclama, en virtud de haberse introducido una variante fundamental en aquel punto...." y p. 32, 39 y 40.

sobre las personas, ni coercibilidad sobre su voluntad, puesto que se trata, como he dicho, de un hacer en el cual puede y debe ser sustituido el querer actualizante de la voluntad ya expresada en el boleto y el acto material del cobro, por los del juez, que quiere y hace a nombre del Estado”.

Luego analiza los arts. 1183 y 1187 y expresa que de ambos resulta que el boleto de compraventa o contrato preliminar es un contrato concluido que obliga a un hacer: otorgar escritura pública; y el art. 1187 dispone que podrá demandarse la escrituración bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses, y croceguida se pregunta: “¿Pero es ésa una alternativa para el acreedor? De ninguna manera.—responde—, a ello se opone el sistema del código y la clara opinión de Vélez. Tratándose de una obligación, debemos recurrir a las normas sobre las obligaciones y el art. 505 nos señala en orden lógico y en gradación de posibilidades, los efectos de ellas”.

Indica, para concluir, que para completar la correcta comprensión de los arts. 1185 y 1187 que se refieren a una obligación de hacer, se debe recurrir a las disposiciones del código sobre las obligaciones de esa especie.

17. El doctor Funes, finalmente, hace una interesante observación sobre el consentimiento prestado en el boleto y al respecto dice: “Cuando se contrata por instrumento privado, cuyas formas se han cumplido, la venta de un inmueble, se compra y se vende, según la intención que las partes ponen en la celebración del acto. El vendedor se obliga a entregar el dominio del bien, mediante las prestaciones que a tal efecto ha de cumplir: la instrumental, con la escritura pública, y la material por la tradición... El fin perseguido está siempre dentro de una sola y única voluntad jurídica, definitivamente establecida por el consenso... Cuando las partes quieren arrepentirse o bien subordinar a un acontecimiento la existencia de la venta, la ley les reconoce los medios jurídicos para alcanzar esos efectos (arts. 1202 y 553 C. C.)... La escritura pública forma *ad probationem*, en el caso, es elemento de la eficacia última del acto, pero no de la esencia del consentimiento”.

Más adelante agrega: “No hay en el código, implícito, el denominado pacto de contrahendo, con potestad de arrepentimiento al comprar y vender inmuebles por actos privados, pues quien demanda la escritura demanda la compraventa y al pedir la ejecución del contrato—que lo es por el sólo mérito del consentimiento—pide la prestación debida, que coactivamente, si media resistencia del deudor, ha de cumplirse por ministerio de la autoridad judicial”.

Después de otras consideraciones sobre los arts. 1185 y 1187 y respecto de las soluciones en el derecho y la doctrina comparadas, termina votando afirmativamente.

111) Doctrina.

a) Nuestros autores.

18. Sostienen que ante el incumplimiento la obligación que estudiamos debe resolverse en daños y perjuicios: los civilistas Machado, Salvat, Ramónico, y Lafaille con ciertas reservas.

Sostienen la posición contraria, entre otros: Llerena, Colmo, y los precegalistas Jofré y Abina.

19. Machado en su comentario al art. 1187 expresa: "Se ha suprimido la palabra *escritura pública* que completa el sentido, debiera decir: "será jugada como obligación de hacer escritura pública", porque la obligación de escriturar no es en realidad una obligación de hacer en el sentido legal, desde que no es un servicio el que debe prestarse, art. 625. Si fuera obligación de hacer, el juez podría ordenar la escrituración, si con ello se conformara la otra parte, y sin embargo, no puede llevarse a cabo. En el sentido legal, lo que ambas partes se obligaron es a hacer la escritura pública; si no se hiciera, se pagarán los daños y perjuicios porque el contrato no se lleva a efecto, reglándose según lo dispuesto en esta materia...".

Sin embargo, esto no estaría muy acorde con el comentario que hace al art. 1185; sobre el mismo dice: "Los contratos tienen dos momentos: uno preparatorio, que antiguamente se llamaba la perfección, y otro en que se concluye o se consuma. Cuando por instrumento privado se ha vendido un inmueble, se ha concluido un contrato, la venta se ha realizado y las partes deben cumplirla; en la legislación anterior al código se autorizaba para demandar su ejecución; pero éste sólo da derecho para pedir la escritura pública, que en mi opinión significa lo mismo; en efecto, escriturar la venta es realizarla, es pagar el precio y recibir la cosa; luego pedir la escrituración es demandar la ejecución del contrato. Buscando, sin duda, la separación de esos dos momentos, es que ha sido inducida en error una de las Cámaras de Apelación de la Capital, exigiendo se extienda en escritura pública el boleto de enajenación, para demandar enseguida la ejecución del contrato" (se

¹⁰ Machado: "Exposición y Comentario del Cód. Civil Argentino", t. III, Art. 1187, pág. 498.

refiere aquí Machado a la posición —hace tiempo abandonada— de la jurisprudencia de principio de siglo, que señalamos en el N.º 7).

Más adelante agrega: "Ahora bien; cuando el contrato es de aquellos que por su naturaleza deben reducirse a escritura pública, como la venta de inmuebles, por ejemplo, el acto queda concluido como obligación de hacer escritura pública, y no da derecho para demandar la cosa al uno y el precio al otro directamente; pero lleva consigo estas acciones al pedir la escrituración, pues se pide virtualmente la entrega de la cosa y el pago del precio. Los objetos de la escrituración coinciden en estos casos con el cumplimiento del contrato..."¹⁰.

20. Salvat no es muy extremo sobre el tema; manifiesta que en el caso en que las partes han otorgado el contrato en instrumento privado, éste vale como contrato en que se han obligado a hacer escritura pública, con el alcance de que se puede reclamar directamente el otorgamiento de la correspondiente escritura y el cumplimiento del contrato, bajo pena de daños e intereses, o la resolución del mismo. Y con respecto a la discusión sobre si las partes pueden exigir el otorgamiento de la escritura por la autoridad judicial, se limita a señalar la solución que la vieja jurisprudencia había consagrado —la jurisprudencia anterior al plenario de 1951 y posterior a la de principio de siglo"¹¹.

La opinión de este autor resulta clara además al hablar del contrato de compraventa; refiriéndose al mismo dice: "La compraventa es un contrato puramente consensual... por excepción tiene carácter formal en el caso de compraventa de inmuebles, en el cual la escritura pública es exigida ad probationem y, a falta de otorgamiento, puede ser reclamada, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de daños e intereses —arts. 1185 y 1187"¹².

21. Pero Acuña Ancoena en la nota que pone al número 152 de Salvat, es decidido partidario de la solución contraria. Cita en ella a Babiloni y dice: "En una extensa y bien fundada nota al art. 1322 propuesto, Babiloni combate, victoriosamente a juicio nuestro, la interpretación con arreglo a la cual ante la negativa del demandado a extender la escritura pública, la obligación debe resolverse en la de pagar daños e intereses"¹³.

22. Remónico plantea el problema de la obligación de escriturar, menciona la doctrina y la jurisprudencia que tratan el caso, y tomando

¹⁰ MACHADO: obra cit., art. 1185, pág. 493.

¹¹ SALVAT: obra cit., Nros. 148 a 152, págs. 130 y 131.

¹² SALVAT: obra cit., N.º 477, pág. 328.

¹³ SALVAT: obra cit., pág. 152, nota N.º 146.

posición dice en una nota de su texto: "Por nuestra parte compartimos la opinión de Lafaille: de jure condendo, de lege ferenda, como aspiración, como solución más exacta, justa y jurídica, entendemos que debería aplicarse la norma general de los artículos 505, inc. 2º, 626, 629 y 630, y firmarse la escritura por el juez o por un tercero, en caso de negarse el vendedor. Las obligaciones y los contratos se hacen para ser cumplidos, y la solución de los daños y perjuicios es siempre subsidiaria y última, para el caso de que el cumplimiento de la prestación convenida sea verdaderamente imposible de ejecutar por otro que el obligado, o que sea de ejecución imposible porque la cosa ya no existe en poder del promitente, que la ha vendido a otro, o la ha permutado o donado, o que ha sido desposeído de la misma por una venta forzada, por ejemplo, por ejecución judicial.

Pero si esa es nuestra opinión de jure condendo, también entendemos que de jure conditio, ante los claros términos del art. 1187 vigente, en su parte final, y mientras no se sancione una norma contraria, como el art. 619 del Proyecto de Reformas de 1936, es forzar el texto de aquel precepto el proceder a la escrituración por el Juegado, como lo propugnan Llerena, Bóhloni, Colmo y Jofré¹⁸.

Agrega seguidamente Rozónico, que la aplicación fiel de la norma del art. 1187 no perjudicaría al comprador, pues la indemnización ante el incumplimiento del vendedor debe ser amplia, abarcando todos los perjuicios que se deriven de ese incumplimiento, inclusive el lucro cesante que puede consistir en el mayor valor actual de la cosa con relación al precio de venta¹⁹.

23. Lafaille sostiene que el problema parece definitivamente resuelto dentro de nuestro derecho positivo por la recordada disposición del art. 1187 que no se presta a ninguna duda, en el sentido de que en el caso de rehusarse a la escrituración una persona, aún después de la sentencia que lo obliga a ello, no se le puede compeler sino por medio de la indemnización de daños y perjuicios. Pero agrega que ante los abusos que se han producido en épocas de oscilación, no sería imposible arbitrar los medios que permitieran llegar al otorgamiento de la escritura por los jueces, siempre que no mediara verdadera imposibilidad, pero todo ello cuando se reformara la ley²⁰.

¹⁸ Rozónico: "Ensayo de los Contratos en nuestro derecho civil", t. I, pág. 286, nota N° 31.

¹⁹ Rozónico: *ibem cit.* Mem.

²⁰ Lafaille: "Curso de Contratos", t. I, págs. 188 y 189.

Pero sin embargo en su Tratado, edición de 1933, en el cual incluye un comentario al plenario de 1951, manifiesta: "Por mucho que Vélez entre el sistema del proyecto Español —art. 1202— (se refiere al proyecto de García Goyena), que negaba valor a los actos desprovistos de la forma legal, y el de Freitas —arts. 1390-1391—, que los consideraba como imponiendo la necesidad de llenar aquél extremo, hubiera optado por este último, no se sigue que invariablemente rigiera el pago de los daños y perjuicios cuando mediare resistencia. A menudo se arguye, que no son aplicables todas las reglas concernientes a las obligaciones de hacer, estimando esta situación como un caso particular. Pero cuando se tratara —como es lo más frecuente— de acuerdos previos a la compraventa y la cosa estuviere a la orden del juez —a consecuencia de un embargo, por ejemplo—, o en manos del propio deudor, no se advierte qué dificultad podría presentarse, una vez pronunciado el fallo, si el vencido se rehusara a comparecer (quiere decir que no se advierte qué dificultad podría presentarse en aplicar todas las reglas de las obligaciones de hacer). Con generalizar una medida previa de esta índole se pondría coto al abuso, ya que el régimen opuesto permite desistirse en todo momento, a trueque de la indemnización, lo que prolonga las causas, y no siempre se presta para una prueba sencilla. En un ambiente donde tanto se ha especulado sobre inmuebles, estas dilaciones dan margen para negociar el bien con utilidad apreciable, debiendo agregarse que la práctica de la seña y la posibilidad de liberarse con su pérdida o la restitución doblada, según que las hubiera entregado o recibido —arts. 1189 y 1202— favorecen todavía estas maniobras ilícitas. Exceptuada la última situación, nos hallaríamos frente a la posibilidad de eludir el cumplimiento mediante la oferta de los daños y perjuicios, solución contraria a la justicia y a los principios admitidos.

Son, pues, de suma gravedad —concluye Lafaille— las consecuencias que acarrea la interpretación hasta ahora vigente (se refiere a la interpretación que regía antes del plenario de 1951), aparte de ser demasiado literal. Recordemos que la Reforma ha procurado introducir temperamentos más prácticos y previsores, y celebremos el cambio realizado¹¹⁴.

Y este pensamiento se completa con lo que el mismo autor expresa en la nota N° 126: "Ante la tardanza de una reforma, si llegara a mantenerse la jurisprudencia (la del plenario de 1951), se obtendrían resul-

¹¹⁴ LAFAILLE: obra cit., t. VIII, págs. 246 y 247.

tados benéficos, que no podríamos censurar quienes los hemos proconizado como una esperanza de iure condendo”¹⁸.

Es decir, en resumen, que Lafaille ha sostenido en un principio que ante el incumplimiento la obligación debe resolverse en daños y perjuicios, propiciando al mismo tiempo una reforma de la ley en el sentido de que pudiera permitirse expresamente que el juez otorgara la escritura en defecto del deudor remiso. Pero luego, ante la tardanza de esa reforma, y sin abandonar del todo su posición primitiva (pues sigue aspirando a la reforma legislativa), admite y propicia la doctrina sustentada por el pleuario de 1951.

24. Llerena es decidido partidario de la tesis de la ejecución forzada, o sea, de que el juez puede otorgar la escritura pública.

Hace en su Tratado un análisis de los artículos del código y de sus fuentes y concluye, igual que Colmo, en que la indicación de Freitas al inciso 3º del art. 951 sólo se refiere a aquellas obligaciones que no pueden ser ejecutadas por otros que el deudor personalmente.

Y agrega: “Lo único que puede hacer que no se cumpla una obligación es la imposibilidad material de hacerla ejecutar a la fuerza, como sería el caso en que hubiera que hacer violencia personal a una persona para que haga lo que personalmente tiene que hacer. Pero toda vez que el hecho se puede hacer ejecutar por otro, lo justo y lo racional es que otro lo haga por él. En este caso se encuentra la escritura de venta y la entrega de la cosa vendida, que puede hacerlo el juez”¹⁹.

Con referencia al art. 1187 expresa Llerena: “Se dice que este artículo no autoriza la ejecución forzada, porque para esto se necesita una violencia personal, y que por esto el codificador ha determinado en el mismo artículo el único derecho que tiene el acreedor en caso de inejecución por el demandado.

Hemos contestado ya todas estas observaciones en el comentario a los art. 505 y 629; contestaremos a más que lo de la violencia personal no existe; y si existe, es exactamente de la misma naturaleza de la que se empleará para hacer pagar al demandado los daños y perjuicios. Supóngase que éste se resiste a escriturar un inmueble vendido; que a consecuencia de esto se le condena a pagar daños y perjuicios; también se resiste a esto; ¿qué se hace en tal caso? Se le embargan bienes, en muchos casos la misma cosa vendida, se sacan a remate, y como el demandado sigue resistiéndose y no firma la escritura de venta, el juez

¹⁸ LAFAILLE: *obis cit.*, pág. 245, nota N° 125.

¹⁹ LLERENA: “Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino” t. IV pág. 278.

aprovecha la venta, firma la escritura de enajenación y da posesión al comprador en remate, y si el ejecutado resiste la entrega, el juez la hace cumplir *manu militari* y las cosas quedan terminadas.

Como se ve, el juez hace aquí exactamente en favor del comprador en remate, lo que se niega pueda hacer en favor del comprador particular. Luego, la razón de la violencia personal no existe.

Se dice que esto se hace en virtud del cumplimiento de una sentencia; perfectamente; la escrituración a favor del comprador particular, la posesión al mismo por la fuerza pública, sería también en cumplimiento de la sentencia que ordena escriturar, que tiene tanta fuerza como la que manda pagar daños y perjuicios.

Si para llevar a cabo esto último se va a necesitar un procedimiento exactamente igual al que se necesitaría para llevar a cabo la venta cuyo cumplimiento se demanda, ¿por qué no hacer cumplir lo pactado? Porque no aplicar los principios consagrados por los arts. 505, 629 y sus concordantes²⁶.

25. Colino, cuya edición consultada es de 1928, critica la jurisprudencia corriente en esa época y reitera sus puntos de vista sobre el particular, coincidentes con los sustentados como magistrado, sobre los cuales ya hemos hecho referencia en el N° 11 ^o.

26. Jodré, en *Jurisprudencia Argentina*, en comentario al fallo producido en el juicio *Alan v. Basterreix y Cia.*, hace diversas consideraciones especialmente de aspecto procesal; sostiene que la del art. 1187 es una obligación de hacer y que en caso de rehusarse el deudor al cumplimiento de ella, no se convierte en una obligación alternativa, sino que procede la ejecución por otro. En el caso de la escrituración, no se emplea coacción sobre el demandado —dice— desde que la escritura pública de venta la firmará el juez²⁷.

27. Alsina, en su Tratado, se refiere exclusivamente a la cuestión procesal y, precisamente considera el problema en el capítulo que trata sobre la ejecución de la sentencia.

Al respecto dice: "Una de las cuestiones más controvertidas es la que se refiere al cumplimiento de la sentencia que impone la obligación de otorgar una escritura pública. Salvo algunos pronunciamientos en contra, en general, la doctrina y la jurisprudencia, se han inclinado en el sentido de que si la parte condenada se resiste a firmar la escritura, el

²⁶ LARRAÑAGA *obis cit.*, págs. 274 y 275.

²⁷ COLINO: "De las obligaciones en general", t. I, N° 360, pág. 232.

²⁸ JODRÉ: "Jurisprudencia Argentina", t. VI, pág. 205.

juz puede hacerlo en su recambio, siempre que el bien no hubiese salido del dominio del deudor.

Para nosotros —agrega— ésta es la solución exacta. El art. 320 del código de procedimientos, al reglamentar el juicio ejecutivo, autoriza al juez a otorgar la escritura del inmueble vendido si el ejecutado se negase a ello. Si esta es la solución del legislador, tratándose del cumplimiento de sentencia dictada en base a un título ejecutivo extrajudicial, en el que sólo existe una presunción de veracidad, no se explica porqué ha de ser otra cuando se trate de la ejecución de una sentencia dictada en juicio contradictorio, respecto de cuya eficacia no cabe discusión alguna. El cumplimiento de la sentencia de tramos y remate en el juicio ejecutivo y la ejecución de sentencia en el ordinario, no son sino dos aspectos de la ejecución forzada, de modo que los criterios no pueden ser diferentes¹⁴.

b) *Anteproyecto de Bibiloni.*

20. Bibiloni reproduce con ligeras variantes nuestro art. 1184; suprime el art. 1185 por quedar comprendido en el art. 1321 de su Anteproyecto, y el 1189 por repetir lo que está dispuesto en los arts. 652 y 1202, según Bibiloni mismo lo expresa en sus aclaraciones. Al tratar de la forma de los contratos, el art. 1320 dice (corresponde al 1184): "Deben ser hechos en escrituras pública....."

1º) Los contratos que tuvieren por objeto la constitución, modificación, transmisión, o extinción de derechos reales sobre inmuebles".

2º) —

1321. (corresponde al 1185) "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, o verbalmente, o cuando por ellos las partes se hubiesen obligado a reducirlos a escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras la escritura no se firma; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

Quedan sometidos a las disposiciones de este código sobre inexecución de esa clase de obligaciones".

En el comentario a este artículo dice Bibiloni que la variante, es decir la inclusión de la expresión "verbalmente", tiene por objeto com-

¹⁴ ALZOLA: "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t. III, Nº 24, págs. 116 y 117.

prender lo dispuesto por el art. 1186 al cual, según ya expresamos más arriba, Bibiloni suprime.

1322. (modifica al 1187) "En el caso del artículo anterior, la parte que se resistiere a cumplir la obligación podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.

Si el condenado no ejecuta lo ordenado, el acreedor puede exigir la ejecución forzada, y el juez otorgará la escritura, siguiéndose el procedimiento establecido para el apremio en el juicio ejecutivo, y el cumplimiento de las sentencias".

1323. (corresponde al 1186) "El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdrá sin la escritura pública".

29. En el comentario a su art. 1322, Bibiloni expresa: "La redacción del actual artículo 1187 ha dado lugar a una interpretación que la propuesta trata de impedir. Se ha considerado que su letra establecía una obligación alternativa a favor del condenado a otorgar la escritura pública, dejando a su elección cumplir la sentencia, o abonar daños y perjuicios.

No es esa la regla general de las obligaciones de hacer: art. 629. Son obligaciones jurídicas y deben cumplirse por ejecución de la prestación. Esa es la regla legal. No hay otra excepción que la resultante de ser el hecho necesariamente prestado por el deudor. Pero la obligación de otorgar una escritura pública no tiene ese carácter. Todos los días otorgan los jueces las escrituras necesarias para la transmisión de los inmuebles que han sido objeto de las ejecuciones forzadas, sea en juicio ejecutivo, sea en concurso civil o comercial. Esto demuestra definitivamente que estamos en el caso de los arts. 629 y 630. El hecho puede ser cumplido sin emplear violencia en el deudor".

Agrega más adelante Bibiloni: "Dispone el art. 1187 que en caso de negarse el deudor a otorgar la escritura, podrá ser demandado para que lo efectúe, so pena de resolverse la obligación en daños e intereses. Si no hubiera otra consecuencia posible que la última solución, sería comprensible. ¿A qué viene entonces la demanda? Ya se sabe que hay negativa a otorgar el instrumento. Sería la única acción posible la de indemnización, si sólo ésta procede en el caso de negativa y toda la demanda se funda en que esa negativa se ha producido. No hay acción sin ella. La ley debería decir, entonces, que en tal caso la parte sólo puede demandar daños e intereses. Entre tanto lo que dispone es que puede demandarse el otorgamiento de la escritura. Si quedan dudas,

¿por qué no resolverías por aplicación de las disposición expresa de la ley? El art. 629 queda violado en otra hipótesis.

Hay que pedir la ejecución forzada y no la indemnización cuando el hecho no se ha cumplido. Sólo cuando ha de emplearse la violencia es que se substituye la acción por la de daños" ²².

c) *Proyecto de la Comisión Reformadora.*

30. La Comisión Reformadora en su Proyecto de 1936, sigue los lineamientos trazados por Biliboni. Al igual que éste suprime el art. 1188 que queda comprendido en el 818 del Proyecto, y modifica sustancialmente el art. 1185 en el sentido propuesto en el Anteproyecto.

Pero con mejor criterio sistemático elimina el art. 1186 como norma autónoma, la cual pasa a integrar el 818 en su última parte.

Al tratar de la forma de los contratos, los artículos 817, 818 y 819 dicen:

817 (corresponde al actual 1184, y al 1320 de Biliboni). "Deben constar en escritura pública, bajo pena de nulidad:

1º) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre inmuebles".

2º) ...

818 (corresponde al actual 1185, y al 1321 de Biliboni). "Los contratos que debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueran otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviese firmada aquella escritura. Valdrán sin embargo, como contratos en que las partes se hubieran obligado a cumplir formalidad.

Estos actos, como aquellos en que los interesados se comprometieron a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre las obligaciones de hacer.

El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubiesen convenido que el acto no valdría sin la escritura pública" (esta última parte corresponde al actual 1186, y al 1323 de Biliboni).

819 (modifica al actual 1187, y corresponde al 1322 de Biliboni). "En el caso del artículo anterior, la parte que refusede cum-

²² Bazzano: "Anteproyecto de Reforma al Código Civil", t. II, artículos citados y sus comentarios, pág. 198 y ss.

plir la obligación podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.

Si el comprador pidiere el embargo del inmueble, materia del contrato, el juez lo decretará, previo depósito del precio que corresponda pagar en el acto de la escrituración.

Cuando la sentencia condenare a escriturar, y alguna de las partes no hubiere concurrido al otorgamiento, el juez, llenadas las condiciones del contrato, podrá firmar el instrumento por el litigante remiso²².

31. En el informe que la Comisión remite al Poder Ejecutivo, capítulo "De la forma de los contratos", dice escuetamente:

"En lo que concierne al 1187, pensamos que no hay razones serias para autorizar la resolución del contrato mediante el pago de los daños y perjuicios, cuando negándose el obligado a firmar la escritura, pudiera ella ser otorgada por el juez. Únicamente en el supuesto de que hubiera necesidad de emplear violencia contra la persona, podría admitirse aquella solución. Para mantener la igualdad entre las partes, se ha dispuesto que ordenada la escrituración por sentencia, el magistrado sólo firmará por el deudor, una vez cumplidas todas las condiciones del contrato. Con igual propósito, hemos colocado en este artículo un párrafo sobre el modo de proceder en la compraventa, caso de aplicación más frecuente²³".

IV — NUESTRO ANÁLISIS

a) La interpretación de las normas jurídicas.

32. La cuestión de la interpretación de las normas jurídicas plantea serios problemas, y ha ocasionado y ocasiona arduas disputas, cuya consideración excede los motivos de este trabajo.

Pero no podemos dejar de tomar en cuenta, aunque sea someramente, algunos aspectos del problema, ya que tratar de decir qué camino debe seguirse ante lo dispuesto en un artículo del código, es una cuestión de interpretación. Como dice Kelsen: "Toda norma debe ser interpretada para su aplicación..."²⁴.

²² Comisión Reformadora de 1896: "Reforma del Código Civil", t. II, artículos citados.

²³ Comisión Reformadora de 1896: *Ibidem* cit., t. I, "Informe de la Comisión" pág. 169.

²⁴ Kelsen: "Teoría Pura del Derecho", p. 168.

33. En principio digamos que esto se vincula con los métodos de interpretación, y con la elección de los mismos. ¿Podemos echar mano de los métodos tradicionales para interpretar?, y en caso afirmativo, ¿con cuál de ellos lo haremos: con el gramatical, con el exegético, con el histórico, con el de la jurisprudencia de conceptos, con el teleológico...? Porque es evidente que de la elección del método depende el resultado, o sea que las conclusiones son distintas si distintos son los métodos que seguimos.

34. Y además, ¿nos servirán esos métodos para nuestro propósito? Tomemos algún ejemplo: si nosotros tratáramos de interpretar por medio del método exegético, cuya premisa fundamental es "conocer la voluntad del legislador" para desentrañar el sentido de la norma, veríamos que nuestro Código Civil se aprobó a "libro cerrado" y nos encontraríamos con una inmensa laguna para resolver el problema por medio de ese método; podríamos recurrir al autor del proyecto, pero no es un legislador, es un extraño al cual ni siquiera la legislatura le encomendó nada.

Y aún yendo al autor del proyecto (que evidentemente es el "legislador"), como hace el doctor Sánchez de Bustamante en el plenario de 1931, en que ha estudiado los borradores de Vélez, ¿será lo más correcto tomar en cuenta esas impresiones escritas entre 1854 y 1863, para aplicarlas al mundo distinto de un siglo posterior? Una réplica inmediata se impone: el código vigente es de 1860. Pero ¿es que el código que hoy rige es el que escribió Vélez?, o es el actualizado y puesto al día no sólo por las leyes, sino —en especial y en forma más dinámica— por la jurisprudencia que exigida por la cambiante realidad de la vida debe dar soluciones acordes con esa realidad?

35. Si empleáramos el método gramatical, por ejemplo, vemos que el mismo art. 1187 dice que la obligación es de hacer y a renglón seguido dispone que su incumplimiento se resolverá en daños e intereses. Rápida se advierte —interpretando gramaticalmente— que hay una contradicción, ya que los conceptos son excluyentes; si la obligación es de hacer, no puede resolverse en daños e intereses; y a la inversa, si sólo puede resolverse en daños e intereses no estamos ante una obligación de hacer.

Entonces se puede expresar, como lo hace el doctor Repetto en el caso "Byrne v. Press", haciendo suyo lo manifestado por el doctor Pera: "Es una obligación de hacer sui generis, que tiene en las disposiciones citadas una sanción también especial que precisa sus efectos propios respecto del acreedor". Es perfectamente lícito y es un buen argumento,

pero si decimos eso, no estamos interpretando gramaticalmente, atendiendo a la letra, sino que realizamos algo distinto: una operación intelectual por la cual tratamos de armonizar una (¿aparente?) contradicción de un artículo del código, con todo el sistema del mismo.

36. Desde luego que éste es un problema de axiología, de valoración; nada obsta a que tomemos un método y arribemos a un resultado, pero importa saber si es el más correcto, si es que aspiramos a dar la mejor solución posible al caso.

Sobre los métodos tradicionales, dicen Aftalión, García Olano y Vilanova: "Si tuviéramos que señalar algún rango común de todos estos métodos, diríamos que ese rango debe verse en la pretensión, por todos ellos perseguida, de constituir el método por excelencia, la receta infalible para extraer de la ley la única decisión correcta a través de un proceso estrictamente intelectual en que el intérprete sólo pondría a contribución su entendimiento, pero no su voluntad. Pero ocurre que, en los hechos, ninguno de los métodos tradicionales ha demostrado ser capaz de desplazar totalmente a los otros, lo que se pone de manifiesto cuando se repara en que se han ido acumulando más que reemplazando, de lo que es buena prueba el caso, relativamente frecuente, de los jueces y doctrinarios que, para reforzar sus conclusiones, invocan la concordancia de los resultados obtenidos por los más diversos procedimientos metodológicos".

37. Estas y otras dificultades, que sólo pretendemos dejar señaladas, se presentan con motivo de la interpretación. Además, interpretar es un modo de conocer, ¿pero qué es lo que hay que interpretar? Este es otro interrogante que también, modernamente, se plantea la doctrina.

Para Kelsen es la norma. Al respecto dice: "Esta es una operación (la interpretación) del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior (hace referencia a la estructura jerárquica del orden jurídico). En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer... En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico".

** AFTALIÓN, GARCÍA OLANO Y VILANOVA: "Introducción al Derecho", t. I, p. 468.

** KELSEN: obra cit., p. 163.

Además para Kelsen las normas son un marco abierto a varias posibilidades, y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no se sale de ese marco. Consecuente con ello expresa: "La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar"¹¹.

Y respecto de los métodos de interpretación dice: "La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta"¹².

Pero mientras para Kelsen lo que se interpreta es la ley, para Casso lo que se interpreta es la conducta humana mediante la ley, porque lo que evidentemente queda conocido en su verdadero sentido —dice— es la conducta mentada por la norma¹³.

38. Planteados así los problemas, no se pretende dar soluciones, pero se quiere hacer notar que es un tanto incomprensible la manifestación de alguna doctrina o de algún juez, cuando haciendo su propia interpretación a través de uno o varios de los métodos o caminos elegidos, sostienen ser poseedores de una unívoca razón.

b) El cambio de la jurisprudencia.

39. Es interesante señalar, como ya se ha hecho, la evolución de la jurisprudencia, y el vuelco dado en el plenario de 1951; si bien la controversia no ha concluido sino sólo por la fuerza obligatoria del plenario, ya que como se ha expresado la decisión se logró por estricta mayoría, pues de doce jueces, siete votaron a favor y cinco en contra.

Sin embargo la ley es la misma, las normas no han variado, ¿y cuál es el motivo por el que los jueces dan ahora una solución distinta a la que daban hace algunos años, ante circunstancias similares?

¹¹ Kelsen: *ibem cit.*, pág. 166.

¹² Kelsen: *ibem cit.*, p. 167 y 168.

¹³ Casso: "Teoría de la Verdad Jurídica", p. 254.

Lafaille mismo, cuyo pensamiento ya hemos resumido, podría ser el ejemplo para una respuesta: primero sostuvo —a tenor de la letra del código— que la obligación debía resolverse en daños y perjuicios; y de lege ferenda la solución contraria, que debía venir por vía legislativa. Pero con el tiempo las situaciones de hecho cambian, otra es la economía, otra es la realidad de la vida, se especula y se abusa y la reforma legislativa no llega. Y entonces no vacila en aplaudir la variación de la jurisprudencia que suple —aunque no formalmente— la reforma legislativa; y propicia su mantenimiento “por los resultados benéficos —dice— que no podríamos censurar quienes los hemos preconizado como una esperanza de *iure condendo*”⁴⁴.

Y si declinamos que otra es la realidad, debemos corregir lo que deliberadamente habíamos expresado arriba: no son similares las circunstancias, sino los hechos (el hecho de concluir un contrato de compraventa de inmueble en instrumento privado, etc.). Hay diferentes pronunciamientos ante hechos similares, pero las circunstancias son distintas.

40. Sobre este mismo particular, es extremadamente claro Cuello Rúa cuando dice: “... Y sin entrar a considerar el argumento práctico de la morosidad legislativa, no se ve qué razón de ciencia pueda existir para negar a los jueces que sentaron una jurisprudencia cuando los hechos sociales presentaban ciertas características, la facultad de modificarla cuando esos hechos cambian. Tales cambios se operan dentro del ámbito lógico que delimitan los conceptos generales de la ley. Las leyes permiten variadas interpretaciones, todas ellas lógicamente fundadas. El que los jueces elijan una de ellas y no otras, depende de la naturaleza de los hechos que juzgan, y de la objetividad de la elección. Una interpretación justificada por su intrínseca justicia, que le asegura el apoyo comunitario, deja de justificarse cuando han cambiado las circunstancias y en vez de lograr justicia, alcanza el resultado opuesto. En ese caso lo que corresponde es que los jueces elijan la más justa de las interpretaciones lógicamente posibles de la misma ley. A los jueces corresponde hacer justicia mediante la aplicación del Derecho.

El cambio de jurisprudencia no es arbitrario, cuando se apoya en la modificación fáctica de las circunstancias, y se ejercita dentro del ámbito suministrado por las normas generales del ordenamiento jurídico”⁴⁵.

⁴⁴ LAFAILLE: *obra cit.*, N° 229, nota N° 128.

⁴⁵ CUELLO RÚA: “Fuente del Derecho”, pág. 143.

Y agrega más adelante: "... Los cambios jurisprudenciales pueden encontrar su fundamento, también, en el distinto énfasis que se otorga a algunos valores jurídicos, en desmedro de otros" ⁴¹.

c) *El juez puede otorgar la escritura en nombre del deudor.*

41. Nos decidimos por la solución que establece que el juez puede otorgar la escritura en lugar del deudor remiso (ejecución por otro en la obligación de hacer), y lo interpretamos así, no sólo por creerla la mejor solución, la más justa, sino por que es también la que mejor armoniza con el sistema del código.

Entendemos que ese criterio debió privar desde un principio, con mayor razón todavía si la modificación fáctica de las circunstancias lo hacen necesario.

42. De las disposiciones del código, se infiere un principio: los contratos se hacen para cumplirse. Si se admite que puede derogarse unilateralmente lo convenido en el boleto, se está en pugna con todo el sistema del código. ¿Dónde quedan los artículos 1137 y 1197? Risolía, señalando el derecho resumido en los códigos liberales que siguen la tendencia revolucionaria a partir del código de Napoleón, dice: "Quien ha expresado una voluntad limpia de los vicios que la ley prevé, se halla ligado a ella y sujeto a las responsabilidades emergentes. Quien cumple un acto quiere sus efectos y soporta sus consecuencias" ⁴².

Y al referirse a la crisis del principio de la fuerza obligatoria del contrato que es —dice— de fácil percepción, manifiesta que no entra a indagar el fundamento de esa fuerza obligatoria pues son numerosos los ensayos de juristas y filósofos, pero agrega: "Lo que sí debemos decir es ... que el respeto de la palabra empeñada seguirá siendo siempre uno de los pilares básicos del sistema jurídico" ⁴³.

Por eso no se justifica la interpretación que pone a favor del deudor un motivo más para resolver un contrato: su simple voluntad. Si no hay pacto comisorio expreso, ni señal, ni se usa de las facultades que acuerda el art. 1186, no se ve por qué y precisamente a favor del deudor, y por su sola voluntad, debe jugar la resolución del contrato.

Y es más aún, si el deudor no cumple, la determinación del resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de la condena a

⁴¹ CORTO RUA: obra cit., pág. 144.

⁴² RISOLIÁ: "Soberanía y Crisis del Contrato", p. 33.

⁴³ RISOLIÁ: obra cit., pág. 131.

⁴⁴ SALAS: obra cit., p. 625, que remite al fallo respectivo.

escriturar en el plazo señalado por la sentencia, debe hacerse en juicio independiente, ha dicho la jurisprudencia”.

43. Hemos visto ya que aún la doctrina que sostiene que la obligación debe resolverse en daños e intereses, propicia de iure condeño la solución contraria, o por lo menos no se manifiesta en contra de la reforma. La única objeción que pone es que ésta debe hacerse por vía legislativa.

Pero si de interpretar se trata, no se advierte qué dificultad existe en elegir la solución que ellos mismos sienten como más justa; ya que en el marco de posibilidades legales las dos soluciones caben, en el trance de optar, quizá corresponda tomar la que valoramos más justa.

Ni el art. 1187, ni sus fuentes, son de una claridad tan meridiana que nos permita afirmarnos sin reservas en una de las soluciones.

El art. 1187, no prohíbe que el juez otorgue la escritura; dice: “... bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses”; ¿por qué no entender que esto juega para el caso en que la escrituración se haya hecho imposible?

Pero dos serías objeciones, que a continuación desarrollaremos, se han opuesto a la posibilidad de que el juez otorgue la escritura: 1) que la obligación es personal; 2) que hay falta de consentimiento cuando el que la otorga es el juez.

d) *La del art. 1185 no es una obligación intuitu personae.*

44. Una obligación es personal cuando sólo el deudor puede cumplirla porque lo que se ha tenido en mira al contratar, son justamente las cualidades del deudor, aptitudes inherentes a la persona, de manera tal que sólo y únicamente el deudor puede cumplirla. Ejemplo típico un artista reputado, un pintor famoso, etc., con quienes se contrata una prestación en virtud de su arte. Se tiene en cuenta esa cualidad personal, particular, peculiar del individuo; esa aptitud propia que sólo él puede poner en la prestación. Son estas obligaciones en razón de la persona, intuitu personae.

45. Pero no puede decirse que la de otorgar la escritura pública sea una de esas obligaciones. Si se contrata una compraventa de un inmueble, lo que se tiene en mira es por un lado la entrega del precio convenido, y por el otro la entrega del inmueble y la correspondiente transferencia de dominio.

Aquí no juega para nada, como se ve, la persona del deudor que debe otorgar la escritura. Porque a la otra parte no le interesa que esa

escritura la disponga el deudor o un tercero legalmente subrogado a aquél, lo que le importa es obtener la escritura y la tradición del inmueble, que son el motivo de su contrato.

Se dice entonces que la obligación de los arts. 1185 y 1187, es como de aquéllas de las que el deudor únicamente puede cumplir (Repetto, caso *Byrne v. Pesse*), es decir, que en sí no es personal, pero se la asimila en efectos a las personales.

46. Y Repetto llega a esta conclusión basado en el análisis del "Esbozo", fuente de los artículos de nuestro código. Y en especial, el análisis del art. 951, núm. 3, al que Freitas remite en su art. 1931. Pero es que Freitas tampoco es muy claro, ya que el art. 951 que se refiere a los efectos accidentales de las obligaciones de hacer, dice en su inciso 3º: "Si el deudor no quisiera ejecutarlo (el hecho) siendo sólo el quien lo puede ejecutar, el acreedor tendrá únicamente derecho para exigir la ejecución del hecho con la conminación de resolverse la obligación en pérdidas e intereses" *.

Y al respecto nos parece del todo atinada la consideración que hace Colmo en el caso "*Fexia v. Del Valle*", en el art. 951 —dice— los daños e intereses proceden como solución meramente subsidiaria, cuando se trata de un hecho que "el sólo (el deudor) puede realizar".

En el peor de los supuestos, agrega muy acertadamente, quedaría en Freitas como en el código el problema de hermenéutica.

Evidentemente, Freitas dice que si se trata de un hecho que sólo el deudor puede realizar (obligación personal), en defecto de su realización, sólo proceden daños e intereses; pero no si el hecho puede realizarlo otro.

Y aquí replanteamos el problema: ¿la obligación de escriturar es personal? Nos atenemos a las consideraciones precedentes, pero cuando más, admitimos como Colmo, que tanto en nuestro código como en Freitas el problema es de hermenéutica.

Considerarla personal o no, depende en buena medida de apreciar cómo juega el consentimiento necesario para el acto.

c) *No hay falta de consentimiento cuando el juez otorga la escritura.*

47. No hay falta de consentimiento por parte del deudor, ni tampoco es una venta forzada como se pretende, cuando el juez se subroga al deudor y otorga la escritura.

* Fuentes: Obra cit., art. 951, inc. 3º.

Se sostiene que como el art. 1185 establece que quedan concluidos como contratos en que las partes se obligan a hacer escritura pública, el consentimiento que se presta es sólo para hacer la escritura pública. ¿Pero escritura pública de qué, cómo, en qué condiciones?

¿Tiene sentido decir que las partes han concluido un contrato sólo para hacer una escritura pública? Si el contrato se cumple normalmente, se presentan al escribano ¿y qué le manifiestan?:

—Venimos a dar cumplimiento a un contrato en que contratamos hacer una escritura pública.

Pero esto es algo desprovisto de contenido, no tiene sentido, porque la escritura pública es una forma *escrita*, un medio de prueba (*ad probationem*) en este caso, de un acto jurídico que no existe (ya que acto jurídico —art. 944— es el que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos).

Pero no tiene sentido tampoco, porque la escritura es algo que instrumenta el acto, pero no el acto mismo; y esto es así tanto en los casos en que la forma sólo es exigida como medio de prueba (*ad probationem*), como cuando es impuesta como condición de la existencia del acto jurídico (*ad solemnitatem*).

En la hipótesis que examinamos el escribano no podría extender ninguna escritura, si no hay acto jurídico.

48. Es obvio pues que la norma del art. 1185 significa que las partes se han obligado a hacer escritura pública sobre el objeto y las condiciones que pactaron en el boleto de compraventa, en el cual *está prestado el consentimiento* de los contratantes.

Por ello es sumamente atinado el juicio del doctor Podetti en el plenario de 1951, cuando dice: "...se trata de un hacer en el cual puede y debe ser sustituido EL QUERER ACTUALIZANTE DE LA VOLUNTAD YA EXPRESADA EN EL BOLETO... por el ipse...".

En otras palabras, el consentimiento ya ha sido prestado por el deudor; el juez lo único que hace es arbitrar los medios para que el contrato se cumpla tal como las partes lo han concertado.

f) *Prerrogativas inconvenientes.*

49. Se han querido ver especiales inconvenientes en la realización práctica de esta medida por parte del juez, pero los inconvenientes no son mayores ni menores que los que se pueden presentar en cualquiera otra situación jurídica, en cualquiera otra compraventa, etc.

50. Cuando el demandado es el vendedor: Puede ocurrir que el inmueble continúe en su poder o que lo haya enajenado a terceros. En el primer caso se dice que podrían aparecer embargos o hipotecas hasta por mayor valor que el precio. A esto Colmo responde: "¿Es que por ventura no puede pasar exactamente lo mismo en cualquiera venta privada?, ¿no acontece lo propio en más de una venta judicial?"

Y además, si esto ocurre, y tanto en estas circunstancias como en cualquier venta privada, puede ser de aplicación no sólo el art. 1179 del código civil, sino el art. 173, inc. 9º del código penal que impone prisión de un mes a seis años al que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados.

Al respecto dice Odrigo citando doctrina y jurisprudencia concordantes: "Este inciso (el inciso 9º del art. 173) destaca, como caso especial de defraudación el hecho que prevé (vender o gravar como libres etc.), porque el legislador considera que ese sólo engaño es suficiente para constituir el delito...".

Y agrega el citado autor: "El que vendiere o gravare: el hecho consiste en defraudar a otro, mediante la venta, etc., y se consuma con la obtención de la contraprestación a título de precio de venta, dinero prestado y cuya devolución se garantiza con el gravamen, etc. El sujeto pasivo de la defraudación es el comprador o el acreedor garantizado con el gravamen.

El perjuicio correlativo consiste en el cumplimiento de la contraprestación (total o parcial: precio, suma, etc.) por parte del sujeto pasivo, quien se encuentra en la imposibilidad de escriturar debidamente el dominio cuya transmisión contrató...".

51. En el segundo caso, si el deudor enajena el inmueble a terceros, la escrituración por parte del juez se torna, en principio, jurídicamente imposible y la obligación se resolvería en daños y perjuicios. Y decimos "en principio", porque alguna jurisprudencia ha establecido que: "La circunstancia de que quien prometió en venta un inmueble lo haya enajenado a un tercero, no obsta al progreso de la demanda por escrituración, desde que el obligado puede readquirirlo a fin de dar cumplimiento a la condena" (Cám. 3ª de La Plata, 30-3-1948; Cám. Nac. Civ. A, 27-12-1954. Contra: Cám. Nac. Civ. C, 10-2-1955)".

11 Odrigo: "Código Penal Anotado", art. 173, inc. 9º, p. 255, nota 888.

12 Odrigo: *Ibid.*, págs. 285 y 286, nota 903.

13 Salas: *Ibid.*, art. 1187, p. 694.

52. Cuando el demandado es el comprador: Aquí se sostiene (Respecto en caso *Byrne v. Pome*) que los inconvenientes son mucho mayores, porque el juez no puede reemplazar eficazmente al comprador recalcitrante si no tiene en sus manos el dinero que representa el precio. Y sobre esto se plantean dos cuestiones:

1º) ¿Cómo obtener el precio antes de la escritura si el boleto no produce otro efecto que el de crear una obligación de hacer y mientras aquella no está firmada no hay derecho para demandar judicialmente el pago? Pero es que la obligación que hace con el boleto es de hacer escritura pública, y para hacer ésta es imprescindible aportar las dos prestaciones: tradición de la cosa y precio. Ya dijimos en el N° 37 que la escritura es una forma, un instrumento, que no puede cumplirse si no se aportan los elementos que se van a instrumentar.

No tiene sentido, insistimos, en hablar de la escritura pública en una forma abstracta, porque es condición sine qua non para que nazca la escritura que existan los elementos del contrato que se van a escriturar, que se entregue una cosa y que se pague un precio en el caso en examen. El acreedor (en el caso el vendedor) que se allana a cumplir con el contrato —art. 1291— demanda la contraprestación debida que es la firma de la escritura, y no el pago del precio, éste pasa a ser así un aspecto de la obligación de hacer la escritura, que el deudor debe cumplir.

El juez podría embargar, entonces, el importe del precio, si el deudor no cumple.

2º) ¿Y si el vendedor, a pesar de todo se allana a suscribir la escritura con el juez sin recibir la contraprestación del comprador y demandado luego éste por el pago del precio resulta insolvente?

Evidentemente esto de la insolvencia es un problema común de cualquier compraventa. Como dice Colmo, la contingencia es eventual y nada tiene que hacer con los principios en juego.

Si el juez dispone el embargo del precio para hacer posible la prestación de escrituras, y ello no puede concretarse porque el comprador resulta ser insolvente, y a pesar de todo el vendedor consiente en realizar la escritura con el juez (situación muy hipotética), pues correrá con el álca que ello significa. Pero la hipótesis no merece más consideraciones, pues es una situación común de derecho.

g) Conclusión.

53. Hemos tomado partido por una de las soluciones posibles, desarrollando los fundamentos que estimamos hacen a la consideración

del caso; pero todavía se nos ocurre uno último, seducidos por las enseñanzas del eminente jurfilósofo Alf. Ross.

Del jurista escandinavo tomamos el siguiente esquema de reducción de las normas por la razón a un orden sistemático⁴²:

- 1) Si el contrato que debe ser hecho en escritura pública se firma en instrumento privado, queda concluido como contrato en que las partes se han obligado a hacer escritura pública (art. 1185).
- 2) Si existe obligación de hacer escritura pública, ésta debe efectuarse en el momento y en las condiciones que la obligación determina.

Esta es sólo una manera indirecta de decir:

- 3) Si el contrato que debe ser hecho en escritura pública se firma en instrumento privado, debe igual cumplirse en el momento y en las condiciones que se pactaron, previa escritura pública (que es acto formal).

BIBLIOGRAFÍA

- ASTALDÉN, GARCÍA OLANO y VILANOVA: *Introducción al Derecho*. Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1954.
- ALBERA, HUGO: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Ed. Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943.
- EMBLON, JUAN ABRAMO: *Anteproyecto de reforma al Código Civil*. Ed. Kraft, Buenos Aires, 1933.
- COLANO, ALFONSO: *De las obligaciones en general*. Ed. Junta Menéndez, Buenos Aires, 1928.
- COMISIÓN REFORMADORA: *Reforma al Código Civil*. Ed. Kraft, Buenos Aires, 1936.
- CONTE, CAMILO: *Teoría de la Fección Jurídica*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.
- CUYO RUI, JULIO: *Fuente del Derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- FERRAS, AUGUSTO T. DE: *Código Civil (esbozo)*, trad. castellana. Ed. García Santos-Boldán, Buenos Aires, 1928.
- JORGE, TOMÁS: *Nota en Jurisprudencia Argentina*, t. VI, p. 255.
- KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- LAFAYETTE, HÉCTOR: *Derecho Civil*, t. VIII, *Contratos*, vol. I. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1953.

⁴² ROSS ALF.: "T₁-T₂", p. 22 y ss. quien muestra el siguiente esquema:

• Si se acuerda un préstamo, se origina un crédito.

• Si existe un crédito, su importe debe pagarse el día del vencimiento.

Esta es sólo una manera indirecta de decir:

• Si se acuerda un préstamo, su importe debe pagarse el día del vencimiento.

Con esto señala Ross, ciertas palabras como "crédito", "obligación", etc., que se utilizan en el lenguaje jurídico por una razón de técnica jurídica, pero que no son más que palabras vacías, desprovistas de toda referencia semántica si se toman aisladas, es decir, fuera del conjunto que integran.

- LARRILL, HÉCTOR: *Caso de Contratos*. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1927.
- LEZAMA, BALDOVINO: *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*. Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1931.
- MADRUGA, JOSÉ OLIVIERO: *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1929.
- OSORIO, MARCO A.: *Código Penal Anotado*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957.
- RIZZOTTO, LUIS MARÍA: *Estudios de los contratos en nuestro derecho civil*. Buenos Aires, 1928.
- RIZZOTTO, MARCO AURELIO: *Severidad y crisis del contrato*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1928.
- RIZZOTTO, MARCO AURELIO: *La venta de la cosa ajena*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1929.
- ROSA, ALF.: "Fu-Tu". Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1921.
- SALAS, ANTONIO ENRIQUE: *Código Civil y leyes complementarias anotados*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959.
- SALVAT, RAYMUNDO M.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, actualizado por ANTONIO AZUÑA ARZOBREDA. Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.
- TOMOS DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA: III, IX, y 1951-IV.
- TOMOS DE LA LEY: 98.

LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS

Por el Dr. ROGELIO MORENO RODRIGUEZ

EN HOMENAJE AL DECIMOQUINTO ANIVERSARIO DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

(30 de Diciembre de 1948 — 10 de Diciembre de 1963)

SUMARIO: Los Derechos Humanos y la O.N.U. — I) La Declaración Universal de los Derechos Humanos. — II) Informaciones periódicas sobre Derechos Humanos. — III) Estudio de Derechos Específicos o Grupos de Derechos. — IV) Anuario sobre Derechos Humanos. — V) Servicios de Consulta en el Campo de los Derechos Humanos. — VI) Prevención contra la discriminación y protección de las minorías. — VII) Libertad de Información. — VIII) Declaración de los Derechos del Niño. — IX) Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio. — X) Personas Refugiadas y Apátridas. — XI) Proyecto de Declaración sobre el Derecho de Asilo. — XII) Protección sobre libertad de asociación. — XIII) Trabajo Forzado. — XIV) Esclavitud y Servidumbre. — XV) Condición de los Sobrevivientes de los Campos de Concentración Nazi. — XVI) Personas Estereotipadas. — XVII) Informaciones Consecuentes a los Derechos Humanos. — XVIII) Prisioneros de Guerra.

Palabras Introdutorias

El 10 de diciembre de 1948, cuando se votaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el presidente de la Asamblea General dijo que era "... un documento hacia el cual millones de hombres, mujeres y niños, de todas partes del mundo, a miles y miles de kilómetros de París y Nueva York, volverían sus ojos en solicitud de ayuda, guía e inspiración".

Y tenía razones, ya que el gran significado de esta declaración no radica en la mayor enunciación de derechos y garantías que las anteriores, sino que ella no fue proclamada por un pueblo para ese mismo pueblo como la inglesa de 1688, ni por un pueblo para toda la huma-

nidad como las americanas y francesas. Ya que esta es la Declaración de un comercio de naciones libres, para todos los hombres y pueblos de la tierra.

La "Declaración" significa que su contenido no es el resultado de una voluntad mutable de los hombres, pues ya existente, como un conjunto de principios que se imponen al conocimiento. Luego la "Declaración" lo único que hace es manifestarlos cabalmente, y reconocerlos como tales.

Los "Derechos Humanos" se expandieron y adquieren vigencia, porque fueron entendidos en su sentido ético. Como requerimientos fundados en ideas y sentimientos presentes en miembros de un grupo social, de una forma de trato, destinado a regir las relaciones entre los individuos pertenecientes a la especie humana.

Se presupone en los hombres la posesión actual o potencial de un cierto grado de dignidad o de valor, que se ha de respetar y promover. Y para cuya efectividad no ha de necesitarse otro requisito que la mera pertenencia de éstos a dicha especie.

Los Derechos Humanos y la O.N.U.

Uno de los propósitos de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 1° de la Carta, es lograr la cooperación internacional para la promoción y estímulo de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión.

Desde sus comienzos se han interesado las Naciones Unidas por la promoción y protección de los derechos humanos. Durante los diez primeros años sus actividades en este campo fueron dirigidas primordialmente, a definir "los derechos humanos y libertades fundamentales" y establecer principios vastos y normas generales a través de la adopción de instrumentos internacionales.

Mientras tales actividades continúan, un nuevo programa se desarrolla desde 1956, que destaca el valor del intercambio de experiencias y conocimientos en la promoción de los derechos humanos.

Los tres principales rasgos de este programa son:

- 1) Un sistema de informe periódico (trienal) a los gobernantes, sobre derechos humanos;
- 2) Una serie de estudios sobre derechos específicos o grupos de derechos y
- 3) Un sistema de servicios de consultas en el campo de los derechos humanos.

I. — *La Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

La Comisión de Derechos Humanos, que se estableció en 1946, comenzó sus trabajos en febrero de 1947 bajo la dirección de la Sra. Franklin D. Roosevelt.

La Comisión, primero se dedicó a la preparación de una declaración y después a la redacción de un pacto sobre derechos civiles y políticos, y de un pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración de los Derechos Humanos fue preparada por la Comisión durante 1947 y 1948, y adoptada por la resolución de la Asamblea General en su sesión del 10 de diciembre de 1948 en París.

De las cincuenta y ocho naciones representadas allí, cuarenta y ocho votaron en favor de la Declaración, ninguna votó en contra, ocho se abstuvieron, y dos estuvieron ausentes. La primera Declaración Internacional de Derechos Humanos fue, por lo tanto, adoptada sin ningún voto en disidencia.

En treinta artículos la Declaración destaca derechos básicos y libertades fundamentales, de los que todos los hombres y mujeres del mundo son titulares sin ninguna discriminación.

Los derechos y libertades establecidos expresamente incluyen: el derecho a la vida, libertad y seguridad personal; abolición de la esclavitud y servidumbre; prohibición de detención y arresto arbitrario; el derecho a un fallo justo, por un tribunal independiente e imparcial; el derecho a ser presumido inocente hasta probarse su culpabilidad; inviolabilidad del hogar y secreto de la correspondencia; libertad de traslado y residencia; el derecho a casarse y a formar una familia; el derecho a la propiedad; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de opinión y expresión; libertad de reunirse pacíficamente y asociarse; el derecho a votar y a participar en el gobierno; el derecho a la seguridad social; el derecho a trabajar; el derecho a un adecuado standard de vida; el derecho a la educación y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

La Asamblea proclamó la Declaración Universal como "un anhelo común de todos los pueblos y todas las naciones", y exhortó a todos los estados miembros y a todos los pueblos a promover y asegurar el efectivo reconocimiento y observancia de los derechos y libertades en ella establecidos.

El 4 de diciembre de 1950, la Asamblea General adoptó una resolución invitando a todos los estados y organizaciones interesados, a ob-

servar el 10 de diciembre de cada año como el Día de los Derechos Humanos.

Desde entonces, el 10 de diciembre ha sido celebrado como el Día de los Derechos Humanos en todas partes del mundo.

Durante los quince años desde que la Declaración fue adoptada, ha ejercido un profundo ascendiente en la mente de los hombres. Ha sido traducida a todos los idiomas del mundo. La declaración o sus artículos individuales son frecuentemente citados en las resoluciones de las Naciones Unidas como principios comunes. La constitución de muchos países, y en particular las de los que recientemente se han independizado, reflejan su influencia; y también ha impregnado a la legislación y jurisprudencia de muchos países.

La Declaración ha inspirado a muchas convenciones internacionales, concluidas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y los organismos especializados.

Estas incluyen la Convención relativa a la situación legal de los Refugiados; la Convención relativa a la situación legal de los apátridas; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; la Convención concerniente a la nacionalidad de la mujer casada; la Convención suplementaria sobre la esclavitud; la Convención concerniente a la abolición del trabajo forzado; la Convención concerniente a la discriminación respecto del empleo y la ocupación, y la Convención contra la discriminación en la educación.

En el tratado de paz concluido en San Francisco en 1951, Japón declaró su intención de esforzarse por realizar los objetivos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 invocó la Declaración, y sus provisiones substanciales estuvieron basadas sobre una versión primitiva de un bosquejo de las Naciones Unidas sobre un pacto internacional de Derechos Humanos.

En el acuerdo de 1954, relativo al territorio libre de Trieste, las autoridades italianas y yugoslavas, convinieron actuar de acuerdo con los principios de la Declaración Universal en la administración de sus respectivas zonas.

El programa de los derechos humanos que se ha desarrollado y está desarrollándose en las Naciones Unidas está en su larga extensión, concebido dentro del armazón de la Declaración Universal.

En realidad, puede decirse que el propósito del programa en su conjunto, es promover la observancia y ejercicio de los derechos y liber-

tades expresamente establecidos en la Declaración. El proyecto de pactos sobre derechos humanos, por ejemplo, está directamente inspirado por la Declaración Universal.

Una vez que la Declaración Universal fue completada en 1948, la Comisión sobre Derechos Humanos se ocupó del proyecto de pactos internacionales; pero recién en 1954, estuvo terminado el texto preliminar de un proyecto de pacto sobre derechos civiles y políticos, y un proyecto de pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales. Estos fueron enviados, a través del Consejo Económico y Social, a la Asamblea General.

Entre los muchos problemas que fueron tratados en conexión con los pactos, están los siguientes: ¿Serán uno o dos pactos; esto es, los derechos civiles, políticos y económicos, derechos sociales y culturales estarán incluidos en un instrumento solo o en convenciones separadas?

¿Estarán los artículos substancialmente definiendo derechos varios, elaborados en términos generales, o elaborados en detalles con toda posible limitación de los derechos incluidos en el texto?

¿Contendrán los pactos algunas medidas de aplicación y, así también, qué tipo o sistema de aplicación será previsto, y puede el mismo sistema ser aplicable a los derechos civiles, políticos y económicos, y a los derechos sociales y culturales?

¿Contendrán los pactos un artículo sobre los derechos de los pueblos y naciones a su propia determinación?

¿Contendrán los pactos un artículo extendiendo todas sus prescripciones a todos los estados federales sin ninguna limitación o excepción?

¿Serán los pactos aplicables igualmente a las metrópolis, a sus dominios y a los territorios bajo mandato?

El preámbulo, los artículos sobre libre determinación y las cláusulas sobre los derechos de los pueblos para su libre determinación, prescripciones generales, artículos substanciales, medidas de aplicación y cláusulas finales.

¿Se permitirán algunas reservas a los pactos?

En 1951, la Asamblea General decidió que los pactos se adoptarían y estarán abiertos para ser simultáneamente firmados, conteniendo tantas descripciones similares como fueren posibles.

En el proyecto preliminar completado en 1954 por la Comisión de Derechos Humanos, ambos pactos contenían un preámbulo, un artículo sobre los derechos de los pueblos para su libre determinación, prescripciones generales, artículos substanciales, medidas de aplicación y cláusulas finales. El preámbulo, los artículos sobre la libre determinación y las cláusulas finales fueron idénticas o muy similares en los dos pactos.

Habla, sin embargo, diferentes significados entre ellos con respecto a las obligaciones que los Estados Partes asumirían.

Para los derechos civiles y políticos convendrían inmediatamente respetar y asegurar los derechos definidos en los pactos, y donde no están prescritos ya, los Estados Partes darían los pasos necesarios para efectivizar legislativamente o con otras medidas los derechos reconocidos.

Para los derechos sociales económicos y culturales, los Estados Partes emprenderán por vía legislativa u otros medios, emplear el máximo de sus recursos disponibles con vistas de lograr progresivamente todos los derechos reconocidos.

Los artículos sobre medidas de aplicación adoptados por la Comisión de Derechos Humanos prevén que, en el caso de los derechos civiles y políticos, un Comité de Derechos Humanos será establecido para que un Estado Parte pueda quejarse si otro Estado Parte no ha dado efectividad a las prescripciones de los pactos. Estos Comités actuarán primariamente como un cuerpo que falla sobre el hecho, haciendo posible sus buenos oficios a los estados interesados con vistas de lograr una solución amistosa del caso.

Si tal solución no fuere alcanzada, cualquier estado llevará el caso ante la Corte Internacional de Justicia. El Comité de Derechos Humanos, podrá sin embargo, considerar solamente las quejas de los estados. Las peticiones de los individuos, grupos u organizaciones no serán recibidas.

Para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales la Comisión recomendó que se hiciera periódicamente por los Estados Partes una información al Consejo Económico y Social sobre el progreso que han hecho por lograr la observancia de estas reglas.

La Comisión también recomendó que las informaciones suministradas por los Estados Partes sobre las medidas legislativas u otras, incluyan los remedios judiciales, que fueron indicados para dar efectividad a los derechos civiles y políticos.

En los siete años desde que los proyectos preliminares de los dos proyectos de pactos fueron enviados a la Asamblea General, el Tercer Comité ha adoptado un preámbulo y un artículo sobre los derechos de los pueblos a la libre determinación para incluirlos en ambos proyectos de pactos. Y también ha completado los artículos substanciales del proyecto de pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales, empezando con el derecho a trabajar, el derecho a justas y favorables condiciones de trabajo; derecho a agremiarse; seguridad social; derechos

relativos a la maternidad e infancia, matrimonio y familia; el derecho a una adecuada alimentación, vestimenta y vivienda, y standard de vida; el derecho a la salud; el derecho a la educación, incluyendo un plan de aplicación obligatoria a la educación primaria y derechos relativos a la ciencia y la cultura.

Y el mismo adoptó los artículos substanciales del proyecto de pacto sobre derechos civiles y políticos, comprendiendo: el derecho a vivir, libre de tratos inhumanos o degradantes; abolición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado; el derecho a la libertad y seguridad de la persona; el trato a personas privadas de su libertad; libertad de movimiento; el derecho a un proceso justo; aplicación no retroactiva del derecho criminal; inviolabilidad del hogar, correspondencia, honor y reputación; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de opinión y expresión; la prohibición de discriminaciones nacionales, raciales y religiosas; el derecho a la reunión pacífica; el derecho de asociación; los derechos políticos de la mujer casada; igualdad ante la ley, y el derecho de las minorías.

II. — *Informaciones periódicas sobre Derechos Humanos*

En 1956 el Consejo Económico y Social, actuando por una recomendación de la Comisión sobre Derechos Humanos, inició un sistema periódico de informaciones sobre derechos humanos. Bajo este sistema, los gobiernos y estados miembros de las Naciones Unidas y las agencias especializadas han acordado obligarse cada tres años, a suministrar informaciones describiendo el desenvolvimiento y progreso alcanzado y las medidas tomadas por ellos para salvaguardia de las libertades humanas en sus áreas metropolitanas, y en sus dominios y territorios bajo mandato.

Los informes son para tratar sobre los derechos enumerados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los derechos de los pueblos a su propia determinación.

La Comisión sobre Derechos Humanos estudió los informes con el objeto de someter al Consejo comentarios "Objetivos y generales", conclusiones y recomendaciones sobre el estado de los Derechos Humanos en el mundo, sin pretender emitir un criterio, opinión o cargo sobre los triunfos y fracasos de los gobiernos individualmente.

La primera serie de informaciones trimestrales sobre derechos humanos cubrió los años 1954-1956, y fueron suministradas por cuarenta y un gobiernos. Ellas fueron resumidas en un tópico base por la Secretaría

General, y considerada por la Comisión sobre Derechos Humanos en su décimocuarta y décimoquinta sesión (1958-1959).

Sobre la base de las experiencias de la primera serie, la Secretaría General sugirió a la Comisión que los gobiernos concentraran sus informes sobre el progreso alcanzado sin tratar de cubrir en serie todos los derechos expresamente establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En particular, los gobiernos no suministrarán textos de leyes o reglamentos y decisiones judiciales, pero interpretarán o avalarán éxitos de significancia en el campo de los derechos humanos. El informe será tan sucinto como sea posible y cubrirá solamente el período de los tres años anteriores a su presentación. Estas sugerencias han sido aprobadas por la Comisión.

En la segunda serie cubierta por el período 1957-1959, los informes recibidos fueron de cincuenta y nueve gobiernos.

En sus sesiones de 1961 la Comisión urgió a los Estados que no habían suministrado informes, a hacerlo antes del 30 de junio de 1961, e invitó al Secretario General atraer la atención de los Gobiernos para el sumario de los informes recibidos, y transmitirlos a la Comisión sobre el Estado Legal de la Mujer, y a la Sub-Comisión sobre la Protección y Prevención de las Discriminaciones sobre las Minorías; y a las Organizaciones no gubernamentales en consultas sobre la situación legal.

La Comisión también decidió nombrar un Comité para examinar los sumarios. Y preparar, si en su opinión la utilidad de la información fuera suficiente, conclusiones y recomendaciones para la Comisión acerca del procedimiento a seguir en el futuro, con respecto al informe del próximo período. Este comité informó a la Comisión en 1962.

III. — *Estudio de Derechos Específicos o Grupos de Derechos*

En 1956 el Consejo también autorizó a la Comisión de Derechos Humanos hacer estudios de derechos específicos o grupos de derechos. Los estudios trataban "desarrollo general, progreso logrado y medidas tomadas para salvaguarda de las libertades humanas" y ellos contenían conclusiones o recomendaciones de un carácter general y objetivo.

El primer objeto elegido para su estudio fue "el derecho de cada uno a estar libre de arrestos, detenciones y exilio arbitrario" (art. 9 de la Declaración Universal). La Comisión nombró un comité para hacer el estudio; en 1961 el comité sometió sus informes a la Comisión. El término "arresto", según el comité, significa "el hecho de tomar una persona en custodia bajo la autoridad de la ley o por compulsión de

otra clase, e incluye el período desde el momento que es colocada bajo custodia hasta el tiempo que es llevada ante la autoridad competente para ordenar que continúe la custodia, o se la libere”.

El término “detención” se aplica “al acto de una autoridad competente (usualmente judicial) de confinar a una persona a un cierto lugar, sin que continúe o no arrestada, y bajo restricciones que le privan de vivir con su familia, o mantener su ocupación normal o actividades sociales”.

El término exilio comprende: “a) la expulsión o exclusión de una persona del país del cual él es nacional, y b) el destierro de una persona sin sacarlo del país, obligándolo a mudarse de su residencia habitual”. El Comité fue de la opinión que el término “arbitrario” no es sinónimo de “legal” y que el primero significa más que el segundo. Un arresto o detención “es arbitrario si él es: a) por motivos y con procedimientos distintos de los establecidos por la ley, o b) bajo las prescripciones de una ley, cuyos propósitos básicos son incompatibles con respecto al derecho de libertad y seguridad personal”.

El informe del comité contiene análisis comparativos de prescripciones constitucionales concerniente al arresto, detención y exilio; los motivos sobre los cuales y los procedimientos de acuerdo con los cuales una persona sospechada o acusada de una ofensa criminal puede ser arrestada; privilegios y derechos de una persona bajo arresto o detención; recursos y sanciones contra la detención y el arresto arbitrario; prescripciones relativas al arresto y detención por leyes civiles y administrativas; arresto y detención en situaciones excepcionales o de emergencia; y derechos relativos al exilio.

La Comisión decidió remitir el informe del Comité a los gobiernos de los Estados Miembros para comentarlo y sugerirle al comité, revisar el informe a la luz de las recomendaciones de los gobiernos. La Comisión también solicitó al comité hacer un estudio de “el derecho de una persona arrestada a comunicarse con aquellos que crea necesario consultarle, con el objeto de asegurar su defensa o la esencial protección a sus intereses”.

IV. — *Anuario sobre Derechos Humanos*

Las Naciones Unidas publica un Anuario sobre Derechos Humanos, es decir, un volumen anual sobre “las leyes y usos relativos a los derechos humanos”. El contiene prescripciones constitucionales, actas legislativas, órdenes ejecutivos y decisiones judiciales que son indicadas para promo-

ver la observancia de los derechos humanos, a quienes pueden limitar en alguna forma la substancia o extensión de algún derecho.

También contiene convenciones internacionales y acuerdos concuerntes a los derechos humanos. Hasta la fecha, las Naciones Unidas ha publicado trece volúmenes del Anuario, cubriendo los años 1946 a 1958.

V. — *Servicios de Consulta en el Campo de los Derechos Humanos*

Otro reciente progreso en el programa de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue el establecimiento de un plan de servicios de consultas.

En 1953 y 1954 la Asamblea General, en tres resoluciones separadas, autorizó a la Secretaría General asistir a los gobiernos, a su requerimiento; para promover y asegurar los derechos del hombre; la erradicación de las discriminaciones y la protección de las minorías; y la promoción de la libertad de información.

En 1955 la Asamblea General incorporó estas prescripciones en una comprensible resolución sobre "servicios de consulta en el campo de los derechos humanos".

Tres formas de asistencia son autorizadas: 1) servicios de consulta por expertos; 2) conferencias y becas; 3) seminarios. Los servicios son prestados a los gobiernos que lo requieren para cualquier objeto de los derechos humanos, utilizando los programas de asistencia técnica existentes, o por medio de agencias especializadas.

El programa es ideado para dar a los gobiernos oportunidad de participar en sus experiencias e intercambiar conocimientos para la promoción de los derechos humanos.

Como el programa progresa, se ha puesto énfasis en la organización de seminarios regionales sobre varios problemas de los derechos humanos. Hasta la fecha han sido realizados los siguientes seminarios regionales:

Sobre la participación de la mujer en la vida pública (Bangkok, Tailandia, 1957; Bogotá, Colombia, 1959; Addis Abeba, Etiopía, 1960).

Sobre la protección de los derechos humanos en el derecho criminal y procesal (Bagio City, Las Filipinas, 1958; Santiago de Chile, 1959; Viena, Austria, 1960).

Sobre remedios contra el ejercicio ilegal o abusivo de la autoridad administrativa (Paradarya —Kandy— Ceylan, 1959; Buenos Aires, Argentina, 1959).

Sobre el rol del derecho substantivo criminal en la protección de los Derechos Humanos (Tokio, Japón, 1960).

Sobre la protección de los derechos humanos en la administración de la justicia criminal (Wellington, Nueva Zelandia, 1961).

Sobre el estado legal de la mujer en el derecho de familia (Bucarest, Rumania, 1961).

Sobre amparo y habeas corpus y otros remedios similares (Ciudad de Méjico, Méjico, 1961).

Sobre la libertad de información (Nueva Delhi, India, 1962).

Sobre el estado legal de la mujer en el derecho de familia (Tokio, Japón, 1960).

Sobre la protección de los derechos humanos en la administración de la justicia criminal (Wellington, Nueva Zelandia, 1961).

Sobre el estado legal de la mujer en el derecho de familia (Bucarest, Rumania, 1961).

Sobre amparo y habeas corpus y otros remedios similares (Ciudad de México, Méjico, 1961).

Sobre libertad de información (Nueva Delyhi, India, 1962).

Sobre el estado legal de la mujer en el derecho de familia (Tokio, Japón, 1962).

Sobre remedios contra el abuso de la autoridad administrativa (Estocolmo, Suecia).

Los participantes en tales seminarios, son personas de alta capacitación científica y técnica en sus respectivas profesiones: se incluyen ministros de gabinete, jueces de cortes supremas, profesores y directores de institutos de investigación. A través de los seminarios, las personas claves de los diferentes países se capacitan para intercambiar experiencias en la protección de los derechos humanos con el objeto de que cada país pueda beneficiarse con las experiencias de los otros.

En 1961 la Comisión sobre Derechos Humanos en su décimo sexta sesión, y el Consejo Económico y Social en 32da. sesión, recalcaron la necesidad de estudiar otras medidas efectivas que podrían tomarse a través de los servicios de consultas para la protección de los derechos humanos, y sugirieron un aumento de la provisión de becas sobre derechos humanos. Así lo decidió la Asamblea General, en su 16ta. sesión, que los fondos para los servicios de consulta serían incrementados con el objeto de permitir concesión de becas sobre derechos humanos.

VI. — *Prevención contra la discriminación y protección de las minorías*

En un principio en 1947 la Comisión sobre Derechos Humanos estableció una Sub-Comisión para hacer estudios y recomendaciones sobre la prevención contra la discriminación y protección de las minorías. La Sub-Comisión se compuso de catorce personas, elegidas por la Comisión, sujetas al consentimiento de sus gobiernos. Los miembros sirven con su capacidad en forma independiente, y no como representantes de sus gobiernos.

La Sub-Comisión asistió en la preparación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual resolvió incluir dos artículos (arts. 2 y 7) relacionados específicamente con los principios de la no discriminación. Estos principios son también incorporados en los artículos de la Declaración por el uso de las palabras "todos" y "nadie".

En 1951 el Consejo Económico y Social decidió disolver la Sub-Comisión, pero a requerimiento de la Asamblea General, la Sub-Comisión fue restablecida en 1962.

Durante más de diez años la Sub-Comisión ha llevado a cabo una serie de estudios sobre varios aspectos concretos de la discriminación. Las materias de estudio incluyen la discriminación en la educación, la discriminación en el empleo y la ocupación, la discriminación en materia de derecho a la religión y práctica de la misma; discriminación en materia de derechos políticos, y la discriminación respecto de los derechos de todos a vivir en cualquier país, incluyendo el propio, y retornar al mismo.

El primer estudio de esta serie, sobre discriminación en la educación, fue realizado por uno de los miembros de la Sub-Comisión, Mr. Charles D. Amroutan (Líbano). Sobre la base de esos estudios, la Sub-Comisión formuló una serie de principios generales que recomendó su aplicación universal con el fin de erradicar la discriminación en la educación. La Conferencia General de la Unesco adoptó más tarde, el 14 de diciembre de 1960, una Convención y una Recomendación contra la Discriminación en la Educación tomando muchos de aquellos principios.

El segundo estudio, sobre discriminación en el empleo y ocupación, fue hecho por la Organización Internacional del Trabajo a requerimiento de la Sub-Comisión y el Consejo Económico y Social. Como resultado de ese estudio, la Organización adoptó, el 25 de junio de 1958, una Convención y Recomendación al empleo y ocupación.

El estudio de la discriminación en materia de derechos y prácticas religiosas fue hecho por un miembro de la Sub-Comisión, Mr. Arcot

Krishnarwami (India). La Sub-Comisión completó el examen de su estudio en 1960 y envió el estudio, junto con una serie de proyectos de principios sobre libertad y no discriminación en materia de derechos y prácticas religiosas, a la Comisión sobre Derechos Humanos. La Comisión planeó y completó su trabajo sobre estos principios durante 1963.

El estudio de discriminación en materia de derechos políticos fue también llevado a cabo por un miembro de la Sub-Comisión, Mr. Hernán Santa Cruz (Chile), y fue sometido a la Sub-Comisión en 1962. La Sub-Comisión transmitió el estudio, junto con una serie de proyectos de principios sobre libertad y no discriminación en materia de derechos políticos, a la Comisión de Derechos Humanos.

La Comisión transmitió los proyectos de principios a los Gobiernos y organizaciones no gubernamentales de consulta, y requirió comentario sobre la substancia y la forma en que ellos habían sido tratados, para ser sometidos antes del 31 de octubre de 1962.

Ella anticipó que el estudio sobre la discriminación respecto al derecho de todas a vivir en cualquier país, incluyendo el propio, y el retorno al mismo, será completado en 1963. Este estudio es realizado por Mr. José D. Ingles (Filipinas), quien suministró un proyecto de informes a la Sub-Comisión en 1962.

En 1962 la Sub-Comisión inició un nuevo estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio, y nombra a Mr. Vieno Voitto Saario (Finlandia) para que lo haga. Sin embargo, el trabajo sobre su estudio no empezaría hasta que la materia no haya sido aprobada por el Consejo Económico y Social.

En enero de 1960 la Sub-Comisión expresó profunda preocupación por las manifestaciones anti-semitas y otras formas de odio y prejuicios que ocurrieron en varios países durante 1959 y principios de 1960; creyendo que es responsabilidad de las Naciones Unidas pronunciarse contra estas manifestaciones, e indagar las causas y hechos inferiores, y recomendar las más efectivas medidas que puedan tomarse respecto de ellas.

La Sub-Comisión, y más tarde la Comisión sobre Derechos Humanos y la Asamblea General, condenaron tales manifestaciones como violaciones de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y urgieron a los Estados hacer uso de las acciones apropiadas, para prevenir y castigar a aquellas.

En enero de 1961 la Sub-Comisión, y más tarde la Comisión, estudiaron la cuestión más ampliamente sobre la base de la información obtenida de los gobiernos, de la Unesco y de las organizaciones no gubernamentales de consulta.

Profundamente preocupados por la continua existencia de manifestaciones de prejuicios raciales y nacionales, y la intolerancia religiosa en diferentes partes del mundo; la Comisión sugirió que la Asamblea General propusiera a los gobiernos, una serie de medidas específicas y efectivas para eliminar tales manifestaciones. La Comisión amplió la propuesta de que la Asamblea General urgiera a todos los Estados que observaran un Año Libre de Prejuicios y Discriminaciones, y en lo futuro un Día Libre de Prejuicios y Discriminaciones cada año.

Las Conferencias de las Organizaciones no-Gubernamentales Intercedidas en la Erradicación de las Discriminaciones y Prejuicios, han colaborado en Génova bajo los auspicios de las Naciones Unidas, la primera en 1955 y la segunda en 1959. Recomendaciones de estas Conferencias han sido tratadas por la Sub-Comisión y la Comisión.

VII. — *Libertad de Información*

La Asamblea General declaró en 1946 que: "La libertad de información es un derecho humano fundamental y es la expresión palpable de todas las libertades para las cuales las Naciones Unidas está consagrada". En este sentido, las Naciones Unidas se ha comprometido en un amplio programa de actividades, principalmente en la promoción de la libertad de información.

En 1948 una Conferencia sobre Libertad de Información fue celebrada en Génova, para examinar "los derechos, obligaciones y práctica que estarán incluidas en los conceptos de libertad de información". La Conferencia esbozó tres proyectos de convenciones: sobre la reunión y transmisión internacional de noticias, la institución de un derecho internacional de contravenciones, y sobre libertad de información.

También adoptó más de cuarenta resoluciones sobre problemas profesionales y técnicos; algunas de éstas fueron dirigidas directamente a los gobiernos o a los medios mundiales de información; otras para ser sometidas al Consejo Económico y Social y la Asamblea General.

De las Convenciones propuestas por la Conferencia, solamente una, sobre los derechos internacionales de contravención; ha sido aprobada por la Asamblea General y abierta para su firma. Ella no ha entrado en vigor todavía, porque no ha recibido el número requerido de ratificaciones o confirmaciones.

La Asamblea aprobó la Convención que se refiere a la transmisión internacional de noticias, pero no ha sido abierta para su firma. El proyecto de Convención sobre Libertad de Información, el cual ha oca-

sionado muchas controversias, está todavía en la Asamblea General, quien ha prometido la revisión de artículo por artículo del mismo.

La Sub-Comisión sobre libertad de información y de Prensa, compuesta de doce expertos, ha celebrado cinco sesiones desde 1947 a 1952. Ella hizo los preparativos preliminares para la conferencia de 1948 sobre libertad de información, proyectó artículos sobre libertad de información para la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos sobre Derechos Humanos, esbozó un proyecto de código internacional de ética para la información personal, e hizo recomendaciones sobre algunos problemas, como las dificultades de la difusión radial, y las interferencias de los gobiernos en la compra y venta de papel para periódicos. Un número de recomendaciones de la Sub-Comisión resultaron resoluciones en la Asamblea General.

Después de la abolición de la Sub-Comisión en 1952, el Consejo Económico y Social nombró un "rapporteur" sobre libertad de información; rogándole que prepare con su capacidad personal un informe substancial "de los problemas contemporáneos y el progreso en el campo de la información, junto con recomendaciones para una ejecución práctica". El Consejo consideró el informe en 1954 e invitó a la Secretaría General que estudiara mejor y detalladamente, ciertos problemas relevantes. El Consejo también adoptó resoluciones sobre algunas cuestiones, tales como el estado legal y desenvolvimiento del correspondiente extranjero; propiedad literaria; instrucción profesional; impuestos de prensa y privilegios a la difusión internacional.

En 1955 el Consejo consideró los estudios preparados por el Secretario General, y adoptó resoluciones apelando a los gobiernos que suspendan en tiempo de paz las censuras de las informaciones, y faciliten la transmisión de noticias sin restricciones por los servicios de telecomunicación.

El trabajo más meditado fue llevado a cabo por cinco miembros del Comité, que nombró la Comisión de Derechos Humanos en 1957, para revisar el trabajo de las Naciones Unidas y las agencias especializadas en libertad de información.

El Comité trató entre otras cosas, el progreso de los medios de información dentro de los países; la libre circulación de la información; y los derechos y responsabilidades de los medios de información.

El desarrollo de los medios de información en los países, es un aspecto de la libertad de información que, con la cooperación especial de la UNESCO, las Naciones Unidas ha considerado con algún detalle. Un estudio de esta cuestión, hecho por el Secretario General en consulta con la UNESCO, fue presentado al Consejo en 1957. Una subsecuente

iniciativa del Consejo dio por resultado que la UNESCO organizara una serie de reuniones regionales, que evaluaran los requerimientos y recursos necesarios para llevar a cabo el desenvolvimiento del programa.

UNESCO sometió un informe a la Comisión de Derechos Humanos en su décimoseptima sesión, a principios de 1961, que tomó en cuenta los resultados de dos reuniones regionales, celebradas en Bangkok en 1960 y en Santiago de Chile en 1961; y la Comisión pasó al Consejo Económico y Social una serie de sugerencias respecto de las medidas que podrían ser tomadas.

El interés considerado en las Naciones Unidas por los problemas de libertad de información pueden ser sumariamente expresados así:

Trabajar continuamente con miras al progreso de los medios de información dentro de los países; esto es, principalmente responsabilidad de la UNESCO.

La Asamblea General está encargada de preparar el texto final de la Convención sobre libertad de información.

La Asamblea General tiene ante sí, un proyecto de declaración sobre Libertad de información salido del Consejo Económico y Social, que expresa: "Los principios que serán sostenidos y observados, y que el derecho nacional, las convenciones internacionales y otros instrumentos de libertad de información defenderán con empeño para promoverlos".

En su trigésima primera sesión de abril de 1961 el Consejo Económico y Social recibió un informe substancial escrito por un consultante especial sobre el progreso en el campo de la información desde 1954.

A principios de 1962, el Secretario General suministró a la Comisión de Derechos Humanos, un informe anual sobre el progreso de la libertad de información logrado en el mundo.

VIII. — *Declaración de los Derechos del Niño*

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959 adoptó, unánimemente, una Declaración sobre los Derechos del Niño.

Mientras muchos de los derechos y libertades estaban ya incluidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se pensó que las necesidades especiales de los niños justificaba una declaración especial.

El preámbulo de la nueva Declaración especificaba que la condición de los niños, por razones de su psicología e inmadurez mental, necesita especial resguardo y cuidado, tanto antes como después de nacer. Y también afirma que la humanidad debe dar a los niños lo mejor que tenga.

Los padres, individualmente las organizaciones voluntarias, autoridades locales y gubernamentales son llamados a reconocer los derechos y libertades establecidas, y esforzarse por su observancia por medidas legislativas u otras.

Las Naciones Unidas fue la primera que señaló su interés en una declaración de los derechos del niño en 1945. Inspirada en la Declaración de Ginebra que la Asamblea de la Liga de las Naciones adoptó el 24 de septiembre de 1924. Se hizo una recomendación al Consejo Económico y Social que esa Declaración "obligaría hoy a los pueblos de las naciones, tan firmemente como lo hizo en 1924".

Dos de las comisiones en funcionamiento del Consejo Económico y Social —la Comisión Social y la Comisión sobre Derechos Humanos— fueron responsables de esbozar los preliminares de la nueva Declaración de las Naciones Unidas.

El Tercer Comité de la Asamblea General le dio su forma final. Representantes de sesenta y ocho países estuvieron presentes cuando se registró el voto unánime en la Asamblea General.

En diez principios cuidadosamente expresados, la Declaración afirma el derecho de todos los niños a disfrutar sin ninguna excepción de cualquier protección especial. Y obtener oportunidades y facilidades para capacitarlos en el desarrollo normal de una manera saludable, en condiciones de libertad y dignidad; tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; gozar de los beneficios de la seguridad social, incluyendo una adecuada nutrición, vivienda, recreación, y servicios médicos; recibir especial tratamiento, educación y cuidado, si estuviera impedido física y mentalmente; crecer en un ambiente de afecto y seguridad, bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres donde fuera posible; recibir educación; ser protegido contra toda forma de negligencia, crueldad y explotación; y estar protegido de prejuicios raciales o religiosos o de cualquier otra forma de discriminación. Finalmente la declaración afirma que el niño será educado "con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad hacia los pueblos, la paz y la hermandad universal, y con la plena conciencia de que su talento y energías estarán consagradas al servicio de sus semejantes".

La Asamblea General también llamó a los gobiernos, agencias especializadas, organismos no gubernamentales; y la Secretaría General de las Naciones Unidas, a dar a publicidad tan extensamente como como fuera posible el texto de la declaración adoptada.

IX. — *Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio*

La Asamblea General, el 11 de diciembre de 1946, unánimemente afirmó que el genocidio —la muerte de un grupo de seres humanos— es un crimen de derecho internacional que la civilización mundial condena.

Una convención sobre el Castigo y el Crimen del Genocidio fue unánimemente adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948.

La Convención define el genocidio como la comisión de ciertos actos que intentan destruir en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tales. Los actos que constituyen genocidio son: matar, causar serios daños mentales o corporales, infligiendo deliberadamente condiciones de vida calculadas para coaccionar la destrucción física en todo o en parte; imponiendo medidas determinadas para impedir el nacimiento, y la transferencia forzosa de los niños.

No solamente el genocidio en sí mismo, sino la conspiración o incitación a cometerlo; como también la intención de cometerlo y la complicidad en el crimen, son punibles bajo esta Convención.

Todos quienes sean culpables de genocidio deben ser castigados, "cualquiera sea la responsabilidad de los gobernantes constitucionalmente, sus funciones públicas o privadas individualmente.

Los estados adheridos a la Convención son invitados a promulgar las leyes necesarias para su efectividad, y conceder la extradición en caso de genocidio. Aquellos culpables de genocidio serán juzgados en el país donde lo hubieren cometido, o por tribunales internacionales que tengan jurisdicción.

El propósito de la Convención es prevenir y castigar el genocidio tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. Entró en vigor el 12 de enero de 1951, noventa días después, veinte estados habían ratificado o adherido a lo aprobado en la Convención. El tiene una duración de diez años y es renovable en periodos sucesivos de cinco años por los países que no lo han denunciado.

Si los países miembros o adheridos llegaran a ser menos de diecisiete, dejará de tener vigor. Hasta marzo de 1961, habían depositado ratificaciones o adhesiones a la Convención, sesenta y cuatro gobiernos.

X. — *Personas Refugiadas y Apátridas*

En la V Asamblea General de las Naciones Unidas (1950) se definió: "...Refugiado es cualquier persona que, debido a fundamentales

temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede, o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de ese país...".

Así el refugiado, es un hombre que por su propia determinación y contra sus deseos, emigra renunciando a todo: a su país, a su hogar, y en definitiva a toda su vida afectiva.

Es un hombre sin retirada, pero que conserva su dignidad, su amor a la libertad y su esperanza en un mundo libre. Luego merece protección.

Las Naciones Unidas, y en particular el Secretario General, un Comité especial del Consejo Económico y Social; y la Comisión de Derecho Internacional, han hecho estudios sobre los apátridas y cuestiones conexas, desde 1947. Habíanse adoptado convenciones que daban ciertos derechos legales a refugiados y personas apátridas. Se había nombrado un Alto Comisionado para asistir en sus problemas a varias categorías de refugiados.

En julio de 1951, la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados, fue adoptada por una conferencia de plenipotenciarios reunida en Ginebra por la Asamblea General. Entró en vigor el 22 de abril de 1954.

En marzo de 1961, veintiseis estados habían ratificado o adherido a la Convención.

Las partes sometidas a la Convención consagraron tres tratamientos standard definidos en la misma:

1) El mismo tratamiento que a los nacionales con respecto a los derechos religiosos y artísticos y a la propiedad industrial; acceso a los tribunales, educación elemental, protección pública, legislación del trabajo y seguridad social, y cargas fiscales;

2) El mismo tratamiento favorable acordado a los nacionales de un país extranjero con respecto al derecho de asociación, y a los jornales ganados en sus empleos;

3) Tratamiento tan favorable como posible y, en cualquier evento, no menos favorable que el acordado generalmente al extranjero con respecto a la propiedad mueble e inmueble, empleo propio, profesiones liberales, vivienda, otra educación que la educación elemental, y libertad de trasladarse.

También hay prescripciones en la Convención respecto del uso de pasaportes a refugiados, y su amparo ante la expulsión de los países de refugio.

En septiembre de 1954, una Convención relativa a la situación legal de los Apátridas; se adoptó por una conferencia de plenipotenciarios, que fue reunida en Nueva York por el Consejo Económico y Social. Esta ha sido firmada por 22 países, y la ratificaron hasta 1959 tres.

La Convención entró en vigor el 6 de junio de 1960, después que ocho gobiernos la ratificaron o se adhirieron a ella.

La Convención está basada en la Convención de Refugiados, y muchos artículos contienen idéntico lenguaje. Las partes otorgaron a los apátridas casi el mismo trato que a los refugiados, excepto que en el caso de los derechos de asociación y sueldos ganados en sus empleos, el tratamiento será el acordado generalmente al extranjero. Una persona apátrida está definida en la Convención como "una persona que no es considerada nacional por las leyes de ningún estado". Una recomendación a los gobiernos respecto de las personas que han renunciado a la protección del estado del cual era nacional, fue incluida en el acta final de la Conferencia.

La recomendación fue que, cuando los gobiernos reconozcan una razón valdadera a lo que hizo, ellos consideren con benevolencia la posibilidad de acordarle el trato que la Convención ofrece a los apátridas.

Los Estados contratantes acordaron facilitar la asimilación y naturalización de los apátridas.

XI. — Proyecto de Declaración sobre el Derecho de Asilo

En 1957 el miembro francés presentó a la Comisión de Derechos Humanos, un texto semejante a una declaración sobre Derecho de Asilo. El mismo fue seguidamente revisado por la Comisión, a la luz de los comentarios hechos por los Gobiernos, organizaciones no gubernamentales y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y después pasó a través del Consejo Económico y Social, a la Asamblea General.

La Declaración ha sido descrita como un intento de sentar reglas expresas y comunes de conducta, por las cuales los Estados y la comunidad internacional se guiarán en materia de asilo.

Han surgido dificultades porque hay conflictos respecto de lo que se entiende por soberanía nacional, y la necesidad de proveer una adecuada protección para el individuo que pide asilo.

Se sometió a la Asamblea General el proyecto de declaración, elaborado bajo cinco principios, sobre los cuales los Estados Miembros de las Naciones Unidas y de las agencias especializadas habrán de basarse.

El estado, *inter alia*, que garantice asilo para un Estado, será respetado por todos los otros Estados; que la situación de una persona forzada a vivir en un país por persecución o temor fundado de persecución será respetado, y cuestión que concierne a la comunidad internacional; y nadie que pida o disfrute de asilo estará "excepto por razones superiores de seguridad nacional y salvaguarda de la población", sujeto a medidas tales como reclusión a la frontera, exclusión o expulsión que podrían compelerle a retornar o permanecer en un país, donde su vida sería amenazada.

XII. — *Protección sobre Libertad de Asociación*

El Consejo Económico y Social ha estado interesado por los derechos de asociación desde 1947, cuando la materia llegó a su atención por ciertas organizaciones no gubernamentales. Desde entonces ha trabajado en cooperación con la Organización Internacional del Trabajo para la promoción de estos derechos.

Como un resultado de esta cooperación, la Organización Internacional del Trabajo adoptó en 1948 la Convención de Libre Asociación y el Derecho de Agruparse, y en 1949 la Convención de el Derecho de Agruparse y Pactar Colectivamente. La O. I. T. ha establecido también en su propio nombre y en nombre de las Naciones Unidas un mecanismo internacional para el examen de alegaciones y violaciones de los derechos de asociación.

Bajo las disposiciones originales, todas las alegaciones de violaciones a los derechos de asociación recibidos por las Naciones Unidas eran enviados al Consejo Económico y Social. Sin embargo, el Consejo, en abril de 1953, instruyó a la Secretaría que en adelante todas las alegaciones contra los estados miembros de la O. I. T. se dirijan a ella, ya que el Consejo ha tratado solamente algunos casos aislados con respecto de los estados miembros de la O. I. T.

XIII. — *Trabajo Forzado*

Las Naciones Unidas y la O. I. T. juntamente, establecieron un comité sobre trabajo forzado en 1951. El comité basó sus investigaciones en alegaciones de que existía trabajo forzado en ciertos países o territorios.

Estas fueron suministradas por escritos o presentadas oralmente al comité por gobernantes, organizaciones no gubernamentales o individuos particulares. El estudio comprendió unos 24 países y territorios.

El comité celebró cuatro sesiones y completó sus trabajos en 1953. Sus informes finales contenían una colección de informes respecto de varios países, y las conclusiones lógicas. Las conclusiones del comité eran que dos sistemas de trabajo forzado existían en el mundo: la primera era empleado como un medio de coerción política o castigo por tener o expresar opiniones políticas; la segunda, por razones de interés económico.

Consideró que sus investigaciones habían revelado hechos tan graves, como amenazar los derechos humanos fundamentales y arriesgar la libertad y situación legal de los trabajadores, en contravención de las obligaciones y prescripciones de la Carta de las Naciones Unidas. E insistió a que tales sistemas de trabajo forzado fuera abolido.

En 1954, tanto el Consejo Económico y Social como la Asamblea General condenaron estos sistemas de trabajo forzado, y apelaron a todos los gobiernos a que reexaminaran sus leyes y prácticas administrativas. Ambos también rogaron al Secretario General y al Director General de la O. I. T. a preparar un informe amplio, incluyendo nuevas informaciones sobre el trabajo forzado. Este fue completado en diciembre de 1955.

El Consejo, a principios de 1956, condenó de nuevo a todas las formas de trabajo forzado en contra de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, todos los sistemas de trabajo forzado empleado como un medio de coerción política o castigo; o por tener o expresar puntos de vista políticos, que no sean suficientes como para constituir un elemento importante en la economía de un determinado país.

La Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Ginebra en junio de 1957, adoptó una Convención sobre la Abolición del Trabajo Forzado.

Bajo esta Convención los Estados Partes aceptaron suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo obligado o forzado "a) como un medio de coerción política o educación, o como un castigo, por tener o expresar opiniones políticas o ideológicas opuestas a la política imperante, o al sistema social o económico; b) como un método de trabajo usado con propósito de desarrollo económico; c) como un medio de trabajo disciplinado; d) como un medio de castigo por haber participado en huelgas; e) como un medio de discriminación racial, social, nacional o religiosa".

Los Estados partes tomaron efectivas medidas para asegurar la inmediata y completa abolición del trabajo forzado, u obligado como se lo ha definido. Así, en marzo de 1961, cuarenta países habían ratificado la Convención.

XIV. — *Esclavitud y Servidumbre*

El Consejo Económico y Social ha estudiado el problema de la esclavitud desde 1948, cuando se invitó al Secretario General a nombrar un comité de expertos "para examinar el campo de la esclavitud y otras instituciones semejantes, e imponerse de la naturaleza y extensión de estos problemas y sugerir los métodos de solución de los mismos".

Los cuatro miembros del comité completaron sus estudios en 1951. E informaron que, aparte de la esclavitud y sus crudas formas, un número de instituciones o prácticas análogas a la esclavitud o semejantes en algunos de sus efectos, todavía existía en varias partes del mundo.

La Convención de la Liga de las Naciones de 1926 no cubrió muchas de estas instituciones o prácticas. El comité propuso que un suplemento de la convención fuera proyectado por las Naciones Unidas.

En 1953 la Asamblea General adoptó un protocolo bajo el cual, las funciones ejercidas por la Liga de las Naciones por la Convención de la Esclavitud de 1926, eran transferidas a las Naciones Unidas.

En septiembre de 1956 una Convención Suplementaria sobre la Esclavitud, el Negocio de Esclavos e Instituciones y Prácticas Similares a la Esclavitud, fue adoptada y abierta para la firma en una conferencia de plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en Ginebra.

La Convención ha estado en vigor desde el 30 de abril de 1957. En junio de 1961, había 35 ratificaciones y adhesiones.

La Convención legisó sobre ciertas instituciones y prácticas similares a la esclavitud, tales como la prisión por deudas, servidumbre, prostitución, explotación del trabajo de los niños; estimular prescripciones de edades mínimas para contraer matrimonio y el registro de casamientos; señalar la criminalidad del comercio de esclavos, y proveer sanciones penales para algunas prácticas relacionadas.

También proveer para la cooperación de los estados partes con los otros y con las Naciones Unidas, para dar efectividad a las prescripciones de la Convención.

Los Estados Partes comunicaron al Secretario General de las Naciones Unidas, las leyes, reglamentos y medidas administrativas indicadas o establecidas para dar efectividad a la aplicación de la Convención.

XV. — *Condición de los Sobrevivientes de los Campos de Concentración Nazi*

La Comisión sobre la Situación Legal de la Mujer, llamó —mayo de 1950— la atención por las mujeres sobrevivientes de los campos de concentración, que fueron sometidas durante el régimen Nazi, para ser utilizadas en experimentos médicos.

Después de estudiar el informe de la Comisión, el Consejo Económico y Social requirió —julio de 1950— del Secretario General que considere con las autoridades competentes, tan pronto como fuere posible, los medios para aliviar la situación de tales víctimas, tanto varones como mujeres.

Como resultado de los esfuerzos hechos por las Naciones Unidas, el Gobierno de la República Federal de Alemania aceptó la responsabilidad para compensar a los sobrevivientes de los campos de experimentación de los doctores Nazi.

Más de 500 reclamos fueron enviados a los gobiernos por las Naciones Unidas. Las demandas aceptadas han recibido sumas que van desde los 25,000 marcos de indemnización por experimentos sulfamídicos, a 2,000 marcos, más o menos, como indemnización por esterilización.

XVI. — *Personas Extrajeras*

Uno de los más graves problemas causados por la Segunda Guerra Mundial, fue la desaparición sin ninguna evidencia de muerte, de millares de seres humanos. Estas desapariciones resultaban principalmente de deportaciones, encarcelamientos en campos de concentración, y otros métodos de exterminación practicados por los Nazis y algunos de sus aliados.

Estas desapariciones dieron lugar, en muchos casos, a dificultades legales. Así, no podía establecerse el título de heredero ni la propiedad de la herencia de las personas desaparecidas; un esposo sobreviviente no podía contraer nuevas nupcias, y la tutela de los niños huérfanos no podía ser establecida.

En vista de tales circunstancias, el Consejo Económico y Social requirió del Secretario General que preparara una convención en colaboración con la O. I. R. y otras organizaciones competentes para remediar este problema.

El Consejo, en marzo de 1949, nombró un comité ad hoc, para estudiar el proyecto de convención y preparar un proyecto más ampliado u otras propuestas. Después de considerado el proyecto del comité ad hoc, la Asamblea General decidió, en diciembre de 1949, llamar a una conferencia internacional de gobernantes para incluir una convención multilateral sobre la materia.

La Conferencia se reunió en Lake Success, Nueva York, desde el 15 de marzo al 6 de abril de 1950, y consagró, dejando abierta para su firma, una Convención sobre la Declaración de Muerte de las Personas Perdidas.

¹ - *El establecimiento de un Bureau Internacional para la Declaración de Muerte* es un establecimiento dentro de la estructura de las Naciones Unidas, de un Bureau Internacional para la Declaración de Muerte.

El Secretario General determinó su asiento, composición, organización y métodos de funcionamiento. El Bureau se abrió en Génova el 1 de octubre de 1952, como una sección separada dentro de la Oficina Europea de las Naciones Unidas.

XVII. — *Informaciones Concernientes a los Derechos Humanos*

Las Naciones Unidas reciben cada año muchos miles de informaciones respecto a los derechos humanos, proveniente de grupos o de individuos de todas partes del mundo. Como las Naciones Unidas es una Organización inter-gubernamental, no tiene un rol determinado con respecto a las quejas de los grupos o de los individuos, acerca de las violaciones de los derechos humanos.

La Secretaría envió copia de las comunicaciones a los gobiernos referidos, sin dar la identificación de sus autores, excepto cuando lo consientan. Si algún gobierno lleva a cabo alguna acción por la comunicación así enviada, esta queda librada a su entera discreción.

La Secretaría también prepara listas confidenciales de las comunicaciones para la información de la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de la Situación Legal de la Mujer.

XVIII. — *Prisioneros de Guerra*

En 1950, la Asamblea General sugirió al Secretario General que eligiera tres "personas calificadas e imparciales" para encargarse el pro-

blema de los prisioneros de la Segunda Guerra Mundial, que no habían sido repatriados o por otra razón tenidos en cuenta”.

Los tres miembros de la Comisión “ad hoc” sobre Prisioneros de Guerra, compilaron hechos y formas, y en numerosas ocasiones reclamaron la reunión de gobernantes para poner fin al problema. La Comisión en 1957, sometió a la Secretaría General, un informe total de los prisioneros de guerra, o los considerados así desde 1950.

Se estableció que un total de 28.535 prisioneros alemanes (3.088 civiles), 65 italianos, y 33,778 japoneses estarían en condiciones de ser repatriados.

Los Gobiernos de Italia, Japón y de la República Federal Alemana, informaron a la Comisión que había todavía varios miles de prisioneros de guerra o civiles, que no habían sido repatriados o de otra manera considerados.

La Comisión apeló a los gobiernos, para que se reunieran y dieran una solución con un espíritu puramente humanitario, ya directamente, o a través de los buenos oficios de las Sociedades de Cruz Roja.

TEXTOS

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS

Entre los días 2 de marzo y 14 de abril de 1961 tuvo lugar en la ciudad de Viena la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Diplomáticas convocada por la Asamblea General de acuerdo con la resolución N° 1450 (XIV) del 7 de diciembre de 1959. Como resultado general de dicha Conferencia se firmó el 18 de abril de 1961 un Acta final (A/CONF. 20/10); una Convención sobre Relaciones Diplomáticas (A/Conf. 20/13); un Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad (A/Conf. 20/11), y un Protocolo facultativo para la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias (A/Conf. 20/12). Asimismo la Conferencia aprobó cuatro Resoluciones (A/Conf. 20/10/Add. 1), sobre Misiones Especiales, Examen de Reclamaciones Civiles; y dos homenajes, uno a la Comisión de Derecho Internacional y otro al gobierno y al pueblo de Austria.

En la Conferencia estuvieron representados 81 Estados y a invitación de la Asamblea General los siguientes Organismos Especializados: Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la UNESCO. También se encontraban representados la Organización Internacional de Energía Atómica y dos Organismos intergubernamentales, la Liga de Estados Arabes y el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano.

La Conferencia con la presidencia del señor Alfred Verdross, comenzó su tarea analizando el informe de la Comisión de Derecho Internacional y las observaciones que al proyecto de la Comisión hubieran formulado los distintos gobiernos. También consideró la documentación reunida por la Secretaría de las Naciones Unidas y la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos adoptada por la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, 20 de febrero de 1928).

La Convención y los dos Protocolos aprobados por la Conferencia estuvieron abiertos a la firma hasta el 31 de octubre de 1961 en el Mi-

Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Austria y hasta el 31 de marzo de 1962 en la Sede de las Naciones Unidas, a todos los Estados Miembros de ese organismo, de todo Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General, como así de los organismos especializados. La Convención entrará en vigor —así como también los dos Protocolos— el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, el vigésimo segundo instrumento de ratificación o de adhesión; y para los Estados que ratificaren o se adhieran a la convención el trigésimo día después de haber depositado el instrumento de ratificación. La República Argentina, por decreto-ley Nº 7672, del 13 de setiembre de 1963, (Boletín Oficial, 19 de setiembre de 1963), aprobó y ratificó la Convención y el Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad. El citado decreto-ley establece: "Vistas: . . . Que con fecha 18 de abril de 1961, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunities Diplomáticas, reunida en Viena, aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y un Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad, instrumentos que fueron suscriptos por la República, el primero, en razón de que unifica la interpretación y explicita la forma legal aplicable en la materia, con lo cual se procura evitar los consiguientes conflictos, contribuyendo así eficazmente a garantizar el mejor funcionamiento de las misiones diplomáticas en beneficio de las amistosas relaciones entre los Estados; y el segundo, pues constituye la consagración de una práctica a la que los usos internacionales ya han otorgado categoría de norma jurídica consuetudinaria y que coincide con la observada en la República por la aplicación de las normas legales internas y de las reglas del derecho internacional; . . . Artículo 5º: Apruébase la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunities Diplomáticas en Viena el 18 de abril de 1961 y suscripta por la República Argentina en esa misma fecha. Apruébase el Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad, adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunities Diplomáticas en Viena el 18 de abril de 1961 y suscripto por la República Argentina el 25 de octubre de 1961. Autorízase al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a preparar el correspondiente instrumento de ratificación y a efectuar su depósito ante el Secretario General de las Naciones Unidas".

La Convención comprende 53 artículos, considerando como textos auténticos el chino, español, francés, inglés y ruso. En una forma con características de las leyes del sistema jurídico anglosajón, la Convención precisa en su primer artículo qué se entiende por Jefe de Misión, demás

membros de la misión del personal diplomático, locales de misión, etc. Fija cuáles son las funciones de una misión diplomática, la notificación del Estado acreditante al Estado receptor, las obligaciones del Estado acreditante frente al Estado receptor, reproduciendo en el artículo 14 la clasificación de jefes de misión enunciada ya en el Congreso de Viena de 1815. Aunque la Convención, —a diferencia del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional— no tiene dividido su articulado en capítulos y títulos, las principales disposiciones que contiene son las siguientes: a) Definiciones de términos usados en la Convención; b) las relaciones diplomáticas en general; c) Establecimiento y funciones de una misión diplomática; d) nombramiento de jefe de misión, nómina de miembros y clases de jefe de misión; e) privilegios e inmunidades diplomáticas; f) locales y archivo, inviolabilidad de los mismos; g) libertad de tránsito y comunicación, privilegios e inmunidades personales y a los miembros de la familia; h) inviolabilidad de la persona y de la residencia; i) inmunidad de jurisdicción, franquicias aduaneras, duración de los privilegios; j) comportamiento de los diplomáticos en caso de ruptura de relaciones; k) terminación de la misión diplomática; l) disposiciones generales sobre fecha, firma, y entrada en vigor de la Convención.

El Protocolo Facultativo sobre adquisición de nacionalidad establece que los miembros de la misión que no sean nacionales del Estado receptor, como así los miembros de su familia que formen parte de su casa, no adquieren la nacionalidad de dicho estado por el solo efecto de su legislación.

El Protocolo Facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversia que no fue firmado por la Argentina, establece que someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia toda controversia originada por la interpretación o aplicación de la Convención; disponiendo un procedimiento previo de arbitraje o conciliación.

ENRIQUE C. HERRERA
(Profesor Asociado de Derecho Internacional Público)

CONVENCION DE VIENA
SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS

Los Estados Partes en la Presente Convención,

Teniendo presente que desde antiguos tiempos los pueblos de todas las naciones han reconocido el estatuto de los funcionarios diplomáticos,

Teniendo en cuenta los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativa a la igualdad soberana de los Estados, al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y al fomento de las relaciones de amistad entre las naciones,

Estimando que una convención internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades diplomáticas contribuirá al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social,

Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados,

Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención:

- a) Por "jefe de misión" se entiende la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal;
- b) Por "miembros de la misión", se entiende el jefe de la misión y los miembros del personal de la misión;
- c) Por "miembros del personal de la misión", se entiende los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión;

- d) Por "miembros del personal diplomático", se entiende los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomático;
- e) Por "agente diplomático", se entiende el jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión;
- f) Por "miembros del personal administrativo y técnico", se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión;
- g) Por "miembros del personal de servicio", se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio doméstico de la misión;
- h) Por "criado particular", se entiende toda persona al servicio doméstico de un miembro de la misión, que no sea empleada del Estado acreditante;
- i) Por "locales de la misión", se entiende los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos.

Artículo 2

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo.

Artículo 3

1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

- a) Representar al Estado acreditado ante el Estado receptor;
- b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- c) Negociar con el gobierno del Estado receptor;
- d) Enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante;
- e) Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

2. Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática.

Artículo 4

1. El Estado acreditante deberá asegurarse de que la persona que se proponga acreditar como jefe de la misión ante el Estado receptor ha obtenido el asentimiento de ese Estado.

2. El Estado receptor no está obligado a expresar al Estado acreditante los motivos de su negativa a otorgar el asentimiento.

Artículo 5

1. El Estado acreditante podrá, después de haberlo notificado en debida forma a los Estados receptores interesados, acreditar a un jefe de misión ante dos o más Estados, o bien destinar a ellos a cualquier miembro del personal diplomático, salvo que alguno de los Estados receptores se oponga expresamente.

2. Si un Estado acredita a un jefe de misión ante dos o más Estados, podrá establecer una misión diplomática dirigida por un encargado de negocios *ad interim* en cada uno de los Estados en que el jefe de la misión no tenga su sede permanente.

3. El jefe de misión o cualquier miembro del personal diplomático de la misión podrá representar al Estado acreditante ante cualquier organización internacional.

Artículo 6

Dos o más Estados podrán acreditar a la misma persona como jefe de misión ante un tercer Estado, salvo que el Estado receptor se oponga a ello.

Artículo 7

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5, 8, 9 y 11, el Estado acreditante nombrará libremente al personal de la misión. En el caso de los agregados militares, navales o aéreos, el Estado receptor podrá exigir que se le sometan de antemano sus nombres, para su aprobación.

Artículo 8

1. Los miembros del personal diplomático de la misión habrán de tener, en principio, la nacionalidad del Estado acreditante.

2. Los miembros del personal diplomático de la misión no podrán ser elegidos entre personal que tengan la nacionalidad del Estado re-

ceptor, excepto con el consentimiento de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento.

3. El Estado receptor podrá reservarse el mismo derecho respecto de los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado acreditante.

Artículo 9

1. El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona non grata, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda. Toda persona podrá ser declarada non grata o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.

2. Si el Estado acreditante se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate.

Artículo 10

1. Se notificará al Ministerio de Relaciones Exteriores, o al Ministerio que se haya convenido, del Estado receptor:

- a) El nombramiento de los miembros de la misión, su llegada y su salida definitiva o la terminación de sus funciones en la misión;
- b) La llegada y la salida definitiva de toda persona perteneciente a la familia de un miembro de la misión y, en su caso, el hecho de que determinada persona entre a formar parte o cese de ser miembro de la familia de un miembro de la misión;
- c) La llegada y la salida definitiva de los criados particulares al servicio de las personas a que se refiere el inciso a) de este párrafo y, en su caso, el hecho de que cesen en el servicio de tales personas;
- d) La contratación y el despido de personas residentes en el Estado receptor como miembros de la misión o criados particulares que tengan derecho a privilegios e inmunidades.

2. Cuando sea posible, la llegada y la salida definitiva se notificarán también con antelación.

Artículo 11

1. A la falta de acuerdo explícito sobre el número de miembros de la misión, el Estado receptor podrá exigir que ese número esté dentro de los límites de lo que considere que es razonable y normal, según las circunstancias y condiciones de ese Estado y las necesidades de la misión de que se trate.

2. El Estado receptor podrá también, dentro de esos límites y sin discriminación alguna, negarse a aceptar funcionarios de una determinada categoría.

Artículo 12

El Estado acreditante no podrá, sin el consentimiento previo y expreso del Estado receptor, establecer oficinas que formen parte de la misión en localidades distintas de aquellas en que radiquen la propia misión.

Artículo 13

1. Se considerará que el jefe de misión ha asumido sus funciones en el Estado receptor desde el momento en que haya presentado sus cartas credenciales o en que haya comunicado su llegada y presentado copia de estilo de sus cartas credenciales al Ministerio de Relaciones Exteriores, o al Ministerio que se haya convenido, según la manera práctica en vigor en el Estado receptor, que deberá aplicarse de manera uniforme.

2. El orden de presentación de las cartas credenciales o de su copia de estilo se determinará por la fecha y hora de llegada del jefe de misión.

Artículo 14

1. Los jefes de misión se dividen en tres clases:

- a) Embajadores o nuncios acreditados ante los Jefes de Estado, y otros jefes de misión de rango equivalente;
- b) Enviados, ministros o internuncios acreditados ante los Jefes de Estado;
- c) Encargados de negocios acreditados ante los Ministros de Relaciones Exteriores.

2. Salvo por lo que respecta a la precedencia y a la etiqueta, no se hará ninguna distinción entre los jefes de misión por razón de su clase.

Artículo 15

Los Estados se pondrán de acuerdo acerca de la clase a que habrán de pertenecer los jefes de sus misiones.

Artículo 16

1. La precedencia de los jefes de misión, dentro de cada clase, se establecerá siguiendo el orden de la fecha y hora en que hayan asumido sus funciones, de conformidad con el artículo 13.

2. Las modificaciones en las cartas credenciales de un jefe de misión que no entrañen cambio de clase no alterarán su orden de precedencia.

3. Las disposiciones de este artículo se entenderán sin perjuicio de los usos que acepte el Estado receptor respecto de la precedencia del representante de la Santa Sede.

Artículo 17

El jefe de misión notificará al Ministerio de Relaciones Exteriores, o al Ministerio que se haya convenido, el orden de precedencia de los miembros del personal diplomático de la misión.

Artículo 18

El procedimiento que se siga en cada Estado para la recepción de los jefes de misión será uniforme respecto de cada clase.

Artículo 19

1. Si queda vacante el puesto de jefe de misión, o si el jefe de misión no puede desempeñar sus funciones, un encargado de negocios *ad interim* actuará provisionalmente como jefe de la misión. El nombre del encargado de negocios *ad interim* será comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, o al Ministerio que se haya convenido, por el jefe de misión o, en el caso en que éste no pueda hacerlo, por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado acreditante.

2. Caso de no estar presente ningún miembro del personal diplomático de la misión en el Estado receptor, un miembro del personal administrativo y técnico podrá, con el consentimiento del Estado receptor, ser designado por el Estado acreditante para hacerse cargo de los asuntos administrativos corrientes de la misión.

Artículo 20

La misión y su jefe tendrán derecho a colocar la bandera y el

recudo del Estado acreditante en los locales de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión y en los medios de transportes de ésta.

Artículo 21

1. El Estado receptor deberá, sea facilitar la adquisición en su territorio de conformidad con sus propias leyes, por el Estado acreditante, de los locales necesarios para la misión, o ayudar a éste a obtener alojamiento de otra manera.

2. Cuando sea necesario, ayudará también a las misiones a obtener alojamiento adecuado para sus miembros.

Artículo 22

1. Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión.

2. El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

Artículo 23

1. El Estado acreditante y el jefe de la misión estarán exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, sobre los locales de la misión de que sean propietarios o inquilinos, salvo de aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados.

2. La exención fiscal a que se refiere este artículo no se aplica a los impuestos y gravámenes que, conforme a las disposiciones legales del Estado receptor, estén a cargo del particular que contrate con el Estado acreditante o con el jefe de la misión.

Artículo 24

Los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables, dondequiera que se hallen.

Artículo 25

El Estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión.

Artículo 26

Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor garantizará a todos los miembros de la misión la libertad de circulación y de tránsito por su territorio.

Artículo 27

1. El Estado receptor permitirá y protegerá la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales. Para comunicarse con el gobierno y con las demás misiones y consulados del Estado acreditante, dondequiera que radiquen, la misión podrá emplear todos los medios de comunicación adecuados, entre ellos los correos diplomáticos y los mensajes en clave o en cifra. Sin embargo, únicamente con el consentimiento del Estado receptor podrá la misión instalar y utilizar una emisora de radio.

2. La correspondencia oficial de la misión es inviolable. Por correspondencia oficial se entiende toda correspondencia concerniente a la misión y a sus funciones.

3. La valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida.

4. Los bultos que constituyan la valija diplomática deberán ir provistos de signos exteriores visibles indicadores de su carácter y sólo podrán contener documentos diplomáticos u objetos de uso oficial.

5. El correo diplomático, que debe llevar consigo un documento oficial en el que conste su condición de tal y el número de bultos que constituyan la valija, estará protegido, en el desempeño de su función, por el Estado receptor. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.

6. El Estado acreditante o la misión podrán designar correos diplomáticos *ad hoc*. En tales casos se aplicarían también las disposiciones del párrafo 5 de este artículo, pero las inmunidades en él mencionadas dejarán de ser aplicables cuando dicho correo haya entregado al destinatario la valija diplomática que se le haya encomendado.

7. La valija diplomática podrá ser confiada al comandante de una aeronave comercial que haya de aterrizar en un aeropuerto de entrada autorizado. El comandante deberá llevar consigo un documento oficial en el que conste el número de bultos que constituyan la valija, pero no podrá ser considerado como correo diplomático. La misión podrá enviar a uno de sus miembros, a tomar posesión directa y libremente de la valija diplomática de manos del comandante de la aeronave.

Artículo 28

Los derechos y aranceles que perturban la misión por actos oficiales están exentos de todo impuesto y gravamen.

Artículo 29

La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

Artículo 30

1. La residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la misión.
2. Sus documentos, su correspondencia y, salvo lo previsto en el párrafo 3 del artículo 31, sus bienes, gozarán igualmente de inviolabilidad.

Artículo 31

1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

- a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;
- b) De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;
- c) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático no está obligado a testificar.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos (a), (b) y (c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

Artículo 32

1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 37,

2. La renuncia ha de ser siempre expresa.

3. Si un agente diplomático o una persona que goce de inmunidad de jurisdicción conforme al artículo 37 entabla una acción judicial no le será permitido invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconversión directamente ligada a la demanda principal.

4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia.

Artículo 33

1. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el agente diplomático estará, en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante, exento de las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado receptor.

2. La exención prevista en el párrafo 1 de este artículo se aplicará también a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo del agente diplomático, a condición de que:

- a) No sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él residencia permanente; y
- b) Estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado.

3. El agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo, habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores.

4. La exención prevista en los párrafos 1 y 2 de este artículo no impedirá la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor, a condición de que tal participación esté permitida por ese Estado.

5. Las disposiciones de este artículo se entenderán sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social ya concertados y no impedirán que se concierten en lo sucesivo acuerdos de esa índole.

Artículo 34

El agente diplomático estará exento de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales, con excepción:

- a) De los impuestos indirectos de la índole de los normalmente incluídos en el precio de las mercaderías o servicios;
- b) De los impuestos y gravámenes sobre los bienes inmuebles privados que radiquen en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante y para los fines de la misión;
- c) De los impuestos sobre las sucesiones que corresponda percibir al Estado receptor, salvo lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 39;
- d) De los impuestos y gravámenes sobre los ingresos privados que tengan su origen en el Estado receptor y de los impuestos sobre el capital que gravan las inversiones efectuadas en empresas comerciales en el Estado receptor;
- e) De los impuestos y gravámenes correspondientes a servicios particulares prestados;
- f) Salvo lo dispuesto en el artículo 23, de los derechos de registro, aranceles judiciales, hipoteca y timbre, cuando se trate de bienes inmuebles.

Artículo 35

El Estado receptor deberá eximir a los agentes diplomáticos de toda prestación personal, de todo servicio público cualquiera que sea su naturaleza y de cargas militares tales como las requisiciones, las contribuciones y los alojamientos militares.

Artículo 36

1. El Estado receptor, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulgue, permitirá la entrada, con exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos:

- a) De los objetos destinados al uso oficial de la misión;
- b) De los objetos destinados al uso personal del agente diplomático o de los miembros de su familia que formen parte de su casa, incluídos los efectos destinados a su instalación.

2. El agente diplomático estará exento de la inspección de su equipaje personal, a menos que haya motivos fundados para suponer que contiene objetos no comprendidos en las exenciones mencionadas en el párrafo 1 de este artículo, u objetos cuya importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor o sometida a sus reglamentos de cuarentena. En este caso, la inspección sólo se podrá efectuar en presencia del agente diplomático o de su representante autorizado.

Artículo 37

1. Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa, gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor.

2. Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 29 a 35, salvo que la inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor especificada en el párrafo 1 del artículo 31 no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones. Gozarán también de los privilegios especificados en el párrafo 1 del artículo 36, respecto de los objetos importados al efectuar su primera instalación.

3. Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios y de la exención que figura en el artículo 33.

4. Los criados particulares de los miembros de la misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. A otros respecto, sólo gozarán de privilegios e inmunidades en la medida reconocida por dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.

Artículo 38

1. Excepto en la medida en que el Estado receptor conceda otros privilegios e inmunidades, el agente diplomático que sea nacional de ese Estado o tenga en él residencia permanente sólo gozará de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones.

2. Los otros miembros de la misión y los criados particulares que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él su residencia permanente, gozará de los privilegios e inmunidades únicamente en la medida en que lo admita dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.

Artículo 39

1. Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convertido.

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión.

3. En caso de fallecimiento de un miembro de la misión, los miembros de su familia continuarán en el goce de los privilegios e inmunidades que les correspondan hasta la expiración de un plazo razonable en el que puedan abandonar el país.

4. En caso de fallecimiento de un miembro de la misión que no sea nacional del Estado receptor ni tenga en él residencia permanente, o de un miembro de su familia que forme parte de su casa, dicho Estado permitirá que se saquen del país los bienes muebles del fallecido, salvo los que hayan sido adquiridos en él y cuya exportación se halle prohibida en el momento del fallecimiento. No serán objeto de impuestos de sucesión los bienes muebles que se hallaren en el Estado receptor por el solo hecho de haber vivido allí el causante de la

sucesión como miembro de la misión o como persona de la familia de un miembro de la misión.

Artículo 40

1. Si un agente diplomático atraviesa el territorio de un tercer Estado que le hubiere otorgado visado del pasaporte si tal visado fuere necesario, o se encuentra en él para ir a tomar posesión de sus funciones, para reintegrarse a su cargo o para volver a su país, el tercer Estado le concederá la inviolabilidad y todas las demás inmunidades necesarias para facilitarle el tránsito o el regreso. Esta regla igualmente aplicable a los miembros de su familia que gocen de privilegios e inmunidades y acompañen al agente diplomático o viajen separadamente para reunirse con él o regresar a su país.

2. En circunstancias análogas a las previstas en el párrafo 1 de este artículo, los terceros Estados no habrán de dificultar el paso por su territorio de los miembros del personal administrativo y técnico, del personal de servicio de una misión o de los miembros de sus familias.

3. Los terceros Estados concederán a la correspondencia oficial y a otras comunicaciones oficiales en tránsito, incluso a los despachos en clave o en cifra, la misma libertad y protección concedida por el Estado receptor. Concederán a los correos diplomáticos a quienes hubieren otorgado el visado del pasaporte si tal visado fuere necesario, así como a las valijas diplomáticas en tránsito, la misma inviolabilidad y protección que se halla obligado a prestar el Estado receptor.

4. Las obligaciones de los terceros Estados en virtud de los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo serán también aplicables a las personas mencionadas respectivamente en esos párrafos, así como a las comunicaciones oficiales y a las valijas diplomáticas, que se hallen en el territorio del tercer Estado a causa de fuerza mayor.

Artículo 41

1. Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado.

2. Todos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido.

3. Los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión tal como están enunciadas

en la presente Convención, en otras normas del derecho internacional general o en los acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

Artículo 42

El agente diplomático no ejercerá en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio.

Artículo 43

Las funciones del agente diplomático terminarán, principalmente:

- a) cuando el Estado acreditante comunique al Estado receptor que las funciones del agente diplomático han terminado;
- b) cuando el Estado receptor comunique al Estado acreditante que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 9, se niega a reconocer al agente diplomático como miembro de la misión.

Artículo 44

El Estado receptor deberá, aun en caso de conflicto armado, dar facilidades para que las personas que gozan de privilegios e inmunidades y no sean nacionales del Estado receptor, así como los miembros de sus familias, sea cual fuere su nacionalidad, puedan salir de su territorio lo más pronto posible. En especial, deberá poner a su disposición, si fuere necesario, los medios de transporte indispensables para tales personas y bienes.

Artículo 45

En caso de ruptura de las relaciones diplomáticas entre dos Estados, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal:

- a) El Estado receptor estará obligado a respetar y a proteger, aun en caso de conflicto armado, los locales de la misión así como sus bienes y archivos;
- b) El Estado acreditante podrá confiar la custodia de los locales de la misión, así como de sus bienes y archivos, a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor.
- c) El Estado acreditante podrá confiar la protección de sus intereses y de los intereses de sus nacionales a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor.

Artículo 46

Con el consentimiento previo del Estado receptor y a petición de un tercer Estado no representado en él, el Estado acreditante podrá

asumir la protección temporal de los intereses del tercer Estado y de sus nacionales.

Artículo 47

1. En la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, el Estado receptor no hará ninguna discriminación entre los Estados.
2. Sin embargo, no se considerará como discriminatorio:
 - a) Que el Estado receptor aplique con criterio restrictivo cualquier disposición de la presente Convención, porque con tal criterio haya sido aplicada a su misión en el Estado acreditante;
 - b) Que, por costumbre o acuerdo, los Estados se conceden recíprocamente un trato más favorable que el requerido en las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 48

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la Convención, de la manera siguiente: hasta el 31 de octubre de 1961, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Austria; y después, hasta el 31 de marzo de 1962, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Artículo 49

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 50

La presente Convención abierta a la adhesión de los Estados pertenecientes a alguna de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 48. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 51

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de los Estados pertenecientes a alguna de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 48. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo segundo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 52

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados pertenecientes a cualquiera de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 48:

- a) Qué países han firmado la presente Convención y cuales han depositado los instrumentos de ratificación o adhesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48, 49 y 50;
- b) En qué fecha entrará en vigor la presente Convención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.

Artículo 53

El original de la presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia certificada a todos los Estados pertenecientes a cualquiera de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 48.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascriptos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

HECHA en Viena, el día dieciocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

PROTOCOLO FACULTATIVO SOBRE ADQUISICION DE NACIONALIDAD

Los Estados Partes en el presente Protocolo y en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que en adelante este documento se denominará "la Convención", aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Viena del 2 de marzo al 14 de abril de 1961,

Expresando su deseo de establecer entre ellos normas sobre adquisición de nacionalidad por los miembros de sus misiones diplomáticas y de las familias que formen parte de sus respectivas casas,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo I

A los efectos del presente Protocolo la expresión "miembros de la misión" tendrá el significado que se indica en el inciso b) del artículo 1 de la Convención; es decir "el jefe de la misión y los miembros del personal de la misión".

Artículo II

Los miembros de la misión que sean nacionales del Estado receptor y los miembros de sus familias que formen parte de su casa, no adquirieren la nacionalidad de dicho Estado por el solo efecto de su legislación.

Artículo III

El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados que puedan ser partes en la Convención, de la manera siguiente: hasta el 31 de octubre de 1961, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Austria; y después, hasta el 31 de marzo de 1962, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Artículo IV

El presente Protocolo estará sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo V

El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de todos los Estados que puedan ser partes en la Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder el Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo VI

1. El presente Protocolo entrará en vigor el mismo día que la Convención o el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el segundo instrumento de ratificación del Protocolo o de adhesión a él, si ese día fuera posterior.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, el Protocolo entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo VII

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados que puedan ser partes en la Convención:

- a) Qué países han firmado el presente protocolo y cuáles han depositado los instrumentos de ratificación o de adhesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos III, IV y V;
- b) En qué fecha entrará en vigor el presente Protocolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI.

Artículo VIII

El original del presente Protocolo, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia certificada a todos los Estados a que se refiere el artículo III.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascriptos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

HECHO en VIENA, el día dieciocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Los Estados Partes en el presente Protocolo y en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que en adelante en este documento se denominará "la Convención", aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada en Viena, del 2 de marzo al 14 de abril de 1961,

Expresando su deseo de recurrir a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en todo lo que concierna respecto de las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, a menos que las partes hayan aceptado de común acuerdo, dentro de un plazo razonable, alguna otra forma de arreglo,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo I

Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender en ellas a demanda

de cualquiera de las partes en la controversia que sea Parte en el presente Protocolo.

Artículo II

Dentro de un plazo de dos meses, después de la notificación por una u otra de las partes de que, a su juicio, existe un litigio, éstas podrán convenir en recurrir a un tribunal de arbitraje en vez de recurrir a la Corte Internacional de Justicia. Una vez transcurrido ese plazo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte mediante una demanda.

Artículo III

1. Dentro del mismo plazo de dos meses, las partes podrán convenir en adoptar un procedimiento de conciliación antes de recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

2. La comisión de conciliación deberá formular sus recomendaciones dentro de los cinco meses siguientes a su constitución. Si sus recomendaciones no fueran aceptadas por las partes en Egipto dentro de un plazo de dos meses después de haber sido formuladas, cualquiera de las partes podrá someter el litigio a la Corte mediante una demanda.

Artículo IV

Los Estados Partes en la Convención, en el Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad y en el presente Protocolo, podrán en cualquier momento declarar que desean extender las disposiciones del presente Protocolo a las controversias originadas por la interpretación o aplicación del Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad. Tales declaraciones serán notificadas al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo V

El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados que puedan ser Partes en la Convención, de la manera siguiente: hasta el 31 de octubre de 1961, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Austria; y después, hasta el 31 de marzo de 1962, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Artículo VI

El presente Protocolo está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo VII

El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de todos los Estados que puedan ser Partes en la Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo VIII

1. El presente Protocolo entrará en vigor el mismo día de la Convención, o el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el segundo instrumento de ratificación o de adhesión, si ese día fuera posterior.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él una vez que esté vigente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, el Protocolo entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo IX

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados que puedan ser Partes en la Convención:

- a) Qué países han firmado el presente Protocolo y cuáles han depositado instrumentos de ratificación o de adhesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos V, VI y VII;
- b) Qué declaraciones se han hecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo IV del presente Protocolo;
- c) En qué fecha entrará en vigor el presente Protocolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII.

Artículo X

El original del presente Protocolo, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien enviará copia certificada a todos los Estados a que se refiere el artículo V.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

HECHO en Viena, el día dieciocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE RELACIONES CONSULARES

En el viejo palacio de Neue Hofburg se reunió nuevamente una conferencia auspiciada por las Naciones Unidas, con el objeto esta vez de llegar a una convención que codificara las relaciones consulares. El 4 de marzo de 1963 se reúnen en Viena en virtud de la Resolución N° 1885 (XVI) del 18 de Diciembre de 1961 de Conferencia Internacional de plenipotenciarios de 92 países, inclusive el nuestro, y con la asistencia de observadores de los organismos especializados e intergubernamentales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización para la Agricultura y la Alimentación, el Organismo Internacional de la Energía Atómica y el Consejo de Europa.

La Conferencia eligió como presidente al representante austriaco Stephan Verosta y el trabajo de la misma se distribuyó en dos comisiones principales. La primera de ellas tuvo a su cargo la redacción del Preambulo y los capítulos I, IV y V del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, el Acta Final de la Conferencia y los dos protocolos adjuntos que se firmaron. La segunda comisión se dedicó al estudio de los capítulos II y III del Proyecto que constitulan en sí el núcleo del problema, esto es el de los privilegios e inmunidades de las Oficinas Consulares y de los funcionarios consulares. Además se constituyó un Comité de Redacción y un Comité de Credenciales. Como es costumbre en estas conferencias de las Naciones Unidas el Secretario General de este organismo, en este caso representado por el Sr. C. A. Stravopoulos, ofició de Secretario de la Conferencia y el Director de la División Codificación de la Oficina Legal de las Naciones Unidas, Sr. Yuen-Li Liang, como Secretario ejecutivo.

La Conferencia en sus 33 días laborales tuvo en consideración los 71 artículos del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, basado en el informe presentado por el relator especial de la misma Sr. Jaroslav Zourek, que actuó asimismo como experto en la Conferencia; las 172

enmiendas a estos artículos realizadas por los gobiernos consultados; el texto de la Convención sobre Agentes Consulares firmada en la VI Conferencia Internacional Americana el 20 de febrero de 1928; y la colección de tratados bilaterales, los proyectos de Codificación de la Harvard Law School, los informes de la Sociedad de las Naciones, y la práctica de los Estados, por medio de sus leyes y regulaciones internas, que fueron publicados por la Secretaría de las Naciones Unidas (Consular intercourse and Immunities, Laws and Regulations, ST/LEG/SER.B/13).

Al término de su labor el 24 de Abril de 1963, la Conferencia firmó los siguientes documentos: a) un Acta Final (A/CONF. 25/13); la Convención de Viena sobre relaciones consulares (A/CONF. 25/12); c) Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad (A/CONF. 25/14); d) Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias (A/CONF. 25/15) y tres Resoluciones: sobre refugiados; expresando tributo a la Comisión de Derecho Internacional, y al gobierno y pueblo austriaco.

La Convención de Viena sobre relaciones consulares comienza con un Preambulo en el que manifiesta la creencia de que tanto la Convención sobre relaciones diplomáticas como la de consulares servirá para promover el desarrollo de las relaciones amistosas entre los pueblos. Como en otras convenciones firmadas últimamente la parte dispositiva comienza con un artículo I que contiene las definiciones de los distintos términos que se emplearan en la convención, como oficina consular, funcionario consular, miembros del personal consular, etc., unificando así la terminología que se había manifestado divergente en los distintos tratados bilaterales. El capítulo I comprende de los artículos 2 al 27. Trata de las relaciones consulares en general y se divide en dos secciones; la primera, del establecimiento y ejercicio de las relaciones consulares y la segunda, de la terminación de las relaciones consulares. El Capítulo II abarca del artículo 28 hasta el 57 y estudia todo lo referente a las facilidades, privilegios e inmunidades relativos a las oficinas consulares, a los funcionarios consulares de carrera y a otros miembros de la Oficina consular. Comprende también dos secciones: la primera referente a la facilidad, de privilegios e inmunidades de la Oficina consular, y la segunda a los Funcionarios consulares de carrera y demás miembros de la oficina consular. El capítulo III comprende los artículos 58 al 60, introduciendo en la Convención, un régimen aplicable a los funcionarios consulares, honorarios y a las oficinas consulares dirigidas por los mismos. Esta institución es introducida en la Convención a pedido de numerosos Estados que tienen en su legislación interna paralelamente al Cónsul de carrera, a funcionarios consulares honorarios. El capítulo IV, que comprende

desde el artículo 69 al 73, trae disposiciones generales sobre los agentes consulares que no sean Jefe de Oficina; la aplicación de esta Convención a las misiones diplomáticas que ejerzan funciones consulares, a las inmunidades y privilegios que le corresponden a los funcionarios consulares nacionales o residentes permanentes del Estado receptor, la no discriminación del Estado receptor con respecto a otros Estados, y la compatibilidad entre la Convención y los convenios internacionales que los Estados desearan firmar con el propósito de ampliar o completar las disposiciones de aquella.

Por último, el Capítulo V, artículos 74 al 79, trae las disposiciones comunes a este tipo de convenciones como firma, ratificación, adhesión y entrada en vigor; las comunicaciones por el Secretario General de las Naciones Unidas de la fecha que entrará en vigor; y la declaración de considerar como textos auténticos al chino, español, francés, inglés y ruso.

ERNESTO C. HERNÁNDEZ
(Profesor Asociado de Derecho Internacional Público).

CONVENCION DE VIENA
SOBRE RELACIONES CONSULARES

Los Estados Parte en la presente Convención,

Teniendo presente que han existido relaciones consulares entre los pueblos desde hace siglos,

Teniendo en cuenta los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos a la igualdad soberana de los Estados, al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y al fomento de las relaciones de amistad entre las naciones.

Considerando que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, abierta a la firma de los Estados el 18 de abril de 1961,

Afirmando que una convención internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades consulares contribuirá también al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social,

Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos,

Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán regiendo las materias que no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones de la presente Convención,

Han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO I

Definiciones

1. A los efectos de la presente Convención, las siguientes expresiones se entenderán como se precisa a continuación:

- a) por "oficina consular", todo consulado general, consulado, vice-consulado o agencia consular;
- b) por "circunscripción consular", el territorio atribuido a una oficina consular para el ejercicio de las funciones consulares;
- c) por "jefe de oficina consular", la persona encargada de desempeñar al función;
- d) por "funcionario consular", toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares;
- e) por "empleado consular", toda persona empleada en el servicio administrativo o técnico de una oficina consular;
- f) por "miembro del personal de servicio", toda persona empleada en el servicio doméstico de una oficina consular;
- g) por "miembros de la oficina consular", los funcionarios y empleados consulares y los miembros del personal de servicio;
- h) por "miembros del personal consular", los funcionarios consulares salvo el jefe de oficina consular, los empleados consulares y los miembros del personal de servicio;
- i) por "miembro del personal privado", la persona empleada exclusivamente en el servicio particular de un miembro de la oficina consular;
- j) por "locales consulares", los edificios o las partes de los edificios y el terreno contiguo que, cualquiera que sea su propietario, se utilicen exclusivamente para las finalidades de la oficina consular;
- k) por "archivos consulares", todos los papeles, documentos, correspondencia, libros, películas, cintas magnetofónicas y registros de la oficina consular, así como las cifras y claves, los ficheros y los muebles destinados a protegerlos y conservarlos.

2. Los funcionarios consulares son de dos clases: funcionarios consulares de carrera y funcionarios consulares honorarios. Las disposiciones del Capítulo II de la presente Convención se aplican a las oficinas consulares dirigidas por funcionarios consulares de carrera; las disposiciones del Capítulo III se aplican a las oficinas consulares dirigidas por funcionarios consulares honorarios.

3. La situación particular de los miembros de las oficinas consulares que son nacionales o residentes permanentes del Estado receptor se rige por el artículo 71 de la presente Convención.

Capítulo I

DE LAS RELACIONES CONSULARES EN GENERAL

Sección I

ESTABLECIMIENTO Y EJERCICIO DE LAS RELACIONES CONSULARES

Artículo 2

Establecimiento de relaciones consulares

1. El establecimiento de relaciones consulares entre Estados se efectuará por consentimiento mutuo.

2. El consentimiento otorgado para el establecimiento de relaciones diplomáticas entre dos Estados implicará, salvo indicación en contrario, el consentimiento para el establecimiento de relaciones consulares.

3. La ruptura de relaciones diplomáticas no entrañará, *ipso facto*, la ruptura de relaciones consulares.

Artículo 3

Ejercicio de las funciones consulares

Las funciones consulares serán ejercidas por las oficinas consulares. También las ejercerán las misiones diplomáticas según las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 4

Establecimiento de una oficina consular

1. No se podrá establecer una oficina consular en el territorio del Estado receptor sin su consentimiento.

2. La sede del consulado, su clase y la circunscripción consular, las fijará el Estado que envía y serán aprobadas por el Estado receptor.

3. El Estado que envía no podrá modificar posteriormente la sede de la oficina consular, su clase, ni la circunscripción consular sin el consentimiento del Estado receptor.

4. También se necesitará el consentimiento del Estado receptor si un consulado general o un consulado desea abrir un viceconsulado o una agencia consular en una localidad diferente de aquella en la que radica la misma oficina consular.

5. No se podrá abrir fuera de la sede de la oficina consular una dependencia que forme parte de aquélla, sin haber obtenido previamente el consentimiento expreso del Estado receptor.

Artículo 5

Funciones consulares

Las funciones consulares consistirán en:

- a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención;
- c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas;
- d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;
- e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;
- f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;
- g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión

por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;

- h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela;
- i) representar a los nacionales del Estado que envía a tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no pueden defenderlos oportunamente;
- j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;
- k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones;
- l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, examinar y referendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales y los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía;
- m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor.

ARTÍCULO 6

Ejercicio de funciones consulares fuera de la circunscripción consular

En circunstancias especiales, el funcionario consular podrá, con el consentimiento del Estado receptor, ejercer sus funciones fuera de su circunscripción consular.

ARTÍCULO 7

Ejercicio de funciones consulares en terceros Estados

El Estado que envía podrá, después de notificarlo a los Estados interesados y salvo que uno de éstos se oponga expresamente a ello, encargar a una oficina consular establecida en un Estado, que asuma el ejercicio de funciones consulares en otros Estados.

ARTÍCULO 8

Ejercicio de funciones consulares por cuenta de un tercer Estado

Una oficina consular del Estado que envía podrá, previa la adecuada notificación al Estado receptor y siempre que éste no se oponga, ejercer funciones consulares por cuenta de un tercer Estado, en el Estado receptor.

ARTÍCULO 9

Categorías de jefes de oficina consular

1. Los jefes de oficina consular serán de cuatro categorías:

- a) cónsules generales;
- b) cónsules;
- c) vicecónsules;
- d) agentes consulares.

2. El párrafo 1 de este artículo no limitará en modo alguno el derecho de cualquiera de las Partes Contratantes a determinar la denominación de funcionarios consulares que no sean jefes de oficina consular.

Artículo 10

Nombramiento y admisión de los jefes de oficina consular

1. Los jefes de oficina consular serán nombrados por el Estado que envía y serán admitidos al ejercicio de sus funciones por el Estado receptor.

2. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Convención, los procedimientos de nombramiento y admisión del jefe de oficina consular serán determinados por las leyes, reglamentos y prácticas del Estado que envía y del Estado receptor, respectivamente.

Artículo 11

Carta patente o notificación de nombramiento

1. El jefe de la oficina consular será provisto por el Estado que envía de un documento que acredite su calidad, en forma de carta patente u otro instrumento similar, extendido para cada nombramiento y en el que indicará, por lo general, su nombre completo, su clase y categoría, la circunscripción consular y la sede de la oficina consular.

2. El Estado que envía transmitirá la carta patente o instrumento similar, por vía diplomática o por otra vía adecuada, al gobierno del Estado en cuyo territorio el jefe de oficina consular haya de ejercer sus funciones.

3. Si el Estado receptor lo acepta, el Estado que envía podrá remitir al primero, en vez de la carta patente u otro instrumento similar, una notificación que contenga los datos especificados en el párrafo 1 de este artículo.

Artículo 12

Exequatur

1. El jefe de oficina consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamada exequatur, cualquiera que sea la forma de esa autorización.

2. El Estado que se niegue a otorgar el exequatur no estará obligado a comunicar al Estado que envía los motivos de esa negativa.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13 y 15, el jefe de oficina consular no podrá iniciar sus funciones antes de haber recibido el eseqüitur.

Artículo 13

Admisión provisional del jefe de oficina consular

Hasta que se le conceda el eseqüitur, el jefe de oficina consular podrá ser admitido provisionalmente al ejercicio de sus funciones. En este caso le serán aplicables las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 14

Modificación a las autoridades de la circunscripción consular

Una vez que se haya admitido al jefe de oficina consular, aunque sea provisionalmente, al ejercicio de sus funciones, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin dilación a las autoridades competentes de la circunscripción consular. Asimismo, estará obligado a velar porque se tomen las medidas necesarias para que el jefe de oficina consular pueda cumplir los deberes de su cargo y beneficiarse de las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 15

Ejercicio temporal de las funciones de jefe de la oficina consular

1. Si quedase vacante el puesto de jefe de la oficina consular, o si el jefe no pudiese ejercer sus funciones, podrá actuar provisionalmente, en calidad de tal, un jefe interino.

2. El nombre del jefe interino será comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor o a la autoridad designada por éste, por la misión diplomática del Estado que envía, o, si éste no tuviera tal misión en el Estado receptor, por el jefe de la oficina consular o, en caso de que éste no pudiese hacerlo, por cualquier autoridad competente del Estado que envía. Como norma general, dicha notificación deberá hacerse con antelación. El Estado receptor podrá subordinar a su aprobación la admisión como jefe interino de una persona que

no sea agente diplomático ni funcionario consular del Estado que envía en el Estado receptor.

3. Las autoridades competentes del Estado receptor deberán prestar asistencia y protección al jefe interino. Durante su gestión, le serán aplicables las disposiciones de la presente Convención, en las mismas condiciones que al jefe de oficina consular de que se trate. Sin embargo, el Estado receptor no estará obligado a otorgar a un jefe interino las facilidades, privilegios e inmunidades de que goce el titular, en el caso de que en aquél no concurren las mismas condiciones que reina el titular.

4. Cuando en los casos previstos en el párrafo 1 de este artículo, el Estado que envía designe a un miembro del personal diplomático de una misión diplomática en el Estado receptor como jefe interino de una oficina consular, continuará gozando de los privilegios e inmunidades diplomáticas, si el Estado receptor no se opone a ello.

ARTÍCULO 16

Precedencia de los jefes de oficinas consulares

1. El orden de precedencia de los jefes de oficina consular estará determinado, en su respectiva categoría, por la fecha de concesión del escañatur.

2. Sin embargo, en el caso de que el jefe de oficina consular sea admitido provisionalmente al ejercicio de sus funciones antes de obtener el escañatur, la fecha de esta admisión determinará el orden de precedencia, que se mantendrá aun después de concedido el mismo.

3. El orden de precedencia de dos o más jefes de oficina consular que obtengan en la misma fecha el escañatur o la admisión provisional, estará determinado por la fecha de presentación de sus cartas patentes o instrumentos similares, o de las notificaciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 11.

4. Los jefes interinos seguirán, en el orden de precedencia, a los jefes de oficina titulares y, entre ellos, la precedencia estará determinada por la fecha en que asuman sus funciones como tales y que será la que conste en las notificaciones a las que se refiere el párrafo 2 del artículo 15.

5. Los funcionarios consulares honorarios que sean jefes de oficina seguirán a los jefes de oficina consular de carrera en el orden de prece-

dencia en su respectiva categoría, según el orden y las normas establecidas en los párrafos anteriores.

6. Los jefes de oficina consular tendrán precedencia sobre los funcionarios consulares que no lo sean.

Artículo 17

Cumplimiento de actos diplomáticos por funcionarios consulares

1. En un Estado en que el Estado que envía no tenga misión diplomática y en el que no esté representado por la de un tercer Estado, se podrá autorizar a un funcionario consular, con el consentimiento del Estado receptor y sin que ello afecte a su *status* consular, a que realice actos diplomáticos. La ejecución de esos actos por un funcionario consular no le concederá derecho a privilegios e inmunidades diplomáticas.

2. Un funcionario consular podrá, previa notificación al Estado receptor, actuar como representante del Estado que envía cerca de cualquier organización intergubernamental. En el cumplimiento de esas funciones tendrá derecho a gozar de todos los privilegios e inmunidades que el derecho internacional consuetudinario o los acuerdos internacionales concedan a esos representantes. Sin embargo, en el desempeño de cualquier función consular no tendrá derecho a una mayor inmunidad de jurisdicción que la reconocida a un funcionario consular en virtud de la presente Convención.

Artículo 18

Nombramiento de la misma persona como funcionario consular por dos o más Estados

Dos o más Estados podrán, con el consentimiento del Estado receptor, designar a la misma persona como funcionario consular en ese Estado.

Artículo 19

Nombramiento de miembros del personal consular

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 20, 22 y 23, el Estado que envía podrá nombrar libremente a los miembros del personal consular.

2. El Estado que envía comunicará al Estado receptor el nombre completo, la clase y la categoría de todos los funcionarios consulares

que no sean jefes de oficina consular, con la antelación suficiente para que el Estado receptor pueda, si lo considera oportuno, ejercer el derecho que le confiere el párrafo 3 del Artículo 23.

3. El Estado que envía podrá, si sus leyes y reglamentos lo exigen, pedir al Estado receptor que conceda el exequátur a un funcionario consular que no sea jefe de una oficina consular.

4. El Estado receptor podrá, si sus leyes y reglamentos lo exigen, conceder el exequátur a un funcionario consular que no sea jefe de oficina consular.

Artículo 20

Número de miembros de la oficina consular

El Estado receptor podrá, cuando no exista un acuerdo expreso sobre el número de miembros de la oficina consular, exigir que ese número se mantenga dentro de los límites que considere razonables y normales, según las circunstancias y condiciones de la circunscripción consular y las necesidades de la oficina consular de que se trate.

Artículo 21

Precedencia de los funcionarios consulares de una oficina consular

La misión diplomática del Estado que envía o, falta de tal misión en el Estado receptor, el jefe de la oficina consular, comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, o a la autoridad que éste designe, el orden de precedencia de los funcionarios de un oficina consular y cualquier modificación del mismo.

Artículo 22

Nacionalidad de los funcionarios consulares

1. Los funcionarios consulares habrán de tener, en principio, la nacionalidad del Estado que envía.

2. No podrá nombrarse funcionarios consulares a personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor, excepto con el consentimiento expreso de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento.

3. El Estado receptor podrá reservarse el mismo derecho de los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado que envía.

Artículo 23

Persona declarada "non grata"

1. El Estado receptor podrá comunicar en todo momento al Estado que envía un funcionario consular es persona *non grata*, o que cualquier que envía, que un funcionario consular es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal ya no es aceptable. En ese caso, el Estado que envía retirará a esa persona, o pondrá término a sus funciones en la oficina consular, según proceda.

2. Si el Estado que envía se negase o no ejecutase en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, el Estado receptor podrá retirar el estatus a dicha persona, o dejar de considerarla como miembro del personal consular.

3. Una persona designada miembro de la oficina consular podrá ser declarada no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor, o antes de que inicie sus funciones en aquella si está ya en dicho Estado. En cualquiera de esos casos el Estado que envía deberá retirar el nombramiento.

4. En los casos a los que se refieren los párrafos 1 y 3 de este artículo, el Estado receptor no estará obligado a exponer al Estado que envía los motivos de su decisión.

Artículo 24

Notificación al Estado receptor de los nombramientos, llegada y salida

1. Se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, o a la autoridad que éste designe:

- a) el nombramiento de los miembros de una oficina consular, su llegada una vez nombrado para la misma, su salida definitiva o la terminación de sus funciones y los demás cambios de su condición jurídica que puedan ocurrir durante su servicio en la oficina consular;

- b) la llegada y la salida definitiva de toda persona de la familia de un miembro de la oficina consular que viva en su casa y, cuando proceda, el hecho de que una persona entre a formar parte de esa familia o deje de pertenecer a la misma;
- c) la llegada y la salida definitiva de los miembros del personal privado y, cuando proceda, al hecho de que terminen sus servicios como tales;
- d) la contratación de personas residentes en el Estado receptor en calidad de miembros de una oficina consular o de miembros del personal privado que tengan derecho a privilegios e inmunidades; así como el despido de las mismas.

2. La llegada y la salida definitiva se notificarán también con antelación, siempre que sea posible.

Sección II

TERMINACION DE LAS FUNCIONES CONSULARES

Artículo 25

Terminación de las funciones de un miembro de la oficina consular

Las funciones de un miembro de la oficina consular terminará *inter alia*:

- a) por la notificación del Estado que envía al Estado receptor de que se ha puesto término a esas funciones;
- b) por la revocación del exequátur;
- c) por la notificación del Estado receptor al Estado que envía de que ha cesado de considerar a la persona de que se trate como miembro del personal consular.

Artículo 26

Salida del territorio del Estado receptor

Aun en caso de conflicto armado, el Estado receptor deberá dar a los miembros de la oficina consular y a los miembros del personal privado, que no sean nacionales del Estado receptor, y a los miembros de

su familia que vivan en su casa, cualquiera que sea su nacionalidad, el plazo necesario y las facilidades precisas para que puedan preparar su viaje y salir lo antes posible, una vez que tales personas hayan terminado sus funciones. En especial, deberá poner a su disposición, si tuere necesario, los medios de transporte indispensables para dichas personas y sus bienes, con excepción de los adquiridos en el Estado receptor cuya exportación esté prohibida en el momento de la salida.

Artículo 27

Protección de los locales y archivos consulares y de los intereses del Estado que envía en circunstancias excepcionales

1. En caso de ruptura de las relaciones consulares entre dos Estados:

- a) el Estado receptor estará obligado a respetar y a proteger, incluso en caso de conflicto armado, los locales consulares, los bienes de la oficina consular y sus archivos;
- b) el Estado que envía podrá confiar la custodia de los locales consulares, de los bienes que en ellos se hallan y de los archivos, a un tercer Estado que sea aceptable para el Estado receptor;
- c) el Estado que envía podrá confiar la protección de sus intereses y de los intereses de sus nacionales a un tercer Estado, que sea aceptable para el Estado receptor.

2. En caso de clausura temporal o definitiva de una oficina consular, se aplicarán las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 de este artículo. Además,

- a) si el Estado que envía, aunque no estuviese representado en el Estado receptor por una misión diplomática, tuviera otra oficina consular en el territorio de ese Estado, se podrá encargar a la misma de la custodia de los locales consulares que hayan sido clausurados, de los bienes que en ellos se encuentren y de los archivos consulares y, con el consentimiento del Estado receptor, del ejercicio de las funciones consulares en la circunscripción de dicha oficina consular; o
- b) si el Estado que envía no tiene misión diplomática ni otra oficina consular en el Estado receptor, se aplicarán las disposiciones de los apartados b) y c) del párrafo 1 de este artículo.

Capítulo II

FACILIDADES, PRIVILEGIOS E INMUNIDADES RELATIVOS A LAS OFICINAS CONSULARES, A LOS FUNCIONARIOS CONSULARES DE CARRERA Y A OTROS MIEM- BROS DE LA OFICINA CONSULAR

Sección I

FACILIDADES, PRIVILEGIOS E INMUNIDADES RELATIVOS A LA OFICINA CONSULAR

Artículo 28

Facilidades concedidas a la oficina consular por su labor

1. El Estado receptor concederá todas las facilidades para el ejercicio de las funciones de la oficina consular.

Artículo 29

Uso de la bandera y del escudo nacionales

1. El Estado que envía tendrá derecho a usar su bandera y su escudo nacionales en el Estado receptor, de conformidad con las disposiciones de este artículo.
2. El Estado que envía podrá izar su bandera y poner su escudo en el edificio ocupado por la oficina consular, en su puerta de entrada, en la residencia del jefe de la oficina consular y en sus medios de transporte, cuando éstos se utilicen para asuntos oficiales.
3. Al ejercer los derechos reconocidos por este artículo, se tendrán en cuenta las leyes, los reglamentos y los usos del Estado receptor.

Artículo 30

Locales

1. El Estado receptor deberá facilitar, de conformidad con sus leyes y reglamentos la adquisición, en su territorio, por el Estado que

envía, de los locales necesarios para la oficina consular, o ayudarlo a obtenerlos de alguna otra manera.

2. Cuando sea necesario, ayudará también a la oficina consular a conseguir alojamiento adecuado para sus miembros.

Artículo 31

Inviolabilidad de los locales consulares

1. Los locales consulares gozarán de la inviolabilidad que les concede este artículo.

2. Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de oficina consular se presumirá en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección.

3. Con sujeción a las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, el Estado receptor tendrá la obligación especial de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger los locales consulares, con arreglo a las disposiciones de los párrafos anteriores, contra toda intrusión o daño y para evitar que se perturbe la tranquilidad de la oficina consular o se atente contra su dignidad.

4. Los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa, por razones de defensa nacional o de utilidad pública. Si para estos fines fuera necesaria la expropiación, se tomarán las medidas posibles para evitar que se perturbe el ejercicio de las funciones consulares y se pagará al Estado que envía una compensación inmediata, adecuada y efectiva.

Artículo 32

Exención fiscal de los locales consulares

1. Los locales consulares y la residencia del jefe de la oficina consular de carrera de los que sea propietario o inquilino el Estado que envía, o cualquiera persona que actúe en su representación, estarán exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales y munici-

cipales, excepto de los que constituyen el pago de determinados servicios prestados.

2. La exención fiscal a que se refiere el párrafo 1 de este artículo, no se aplicará a los impuestos y gravámenes que, conforme a la legislación del Estado receptor, deba satisfacer la persona que contrate con el Estado que envía o con la persona que actúe en su representación.

Artículo 33

Inviolabilidad de los archivos y documentos consulares

Los archivos y documentos consulares son siempre inviolables dondequiera que se encuentren.

Artículo 34

Libertad de tránsito

Sin perjuicio de lo dispuesto en sus leyes y reglamentos relativos a las zonas de acceso prohibido o limitado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor garantizará la libertad de tránsito y de circulación en su territorio, a todos los miembros de la oficina consular,

Artículo 35

Libertad de comunicación

1. El Estado receptor permitirá y protegerá la libertad de comunicación de la oficina consular para todos los fines oficiales. La oficina consular podrá utilizar todos los medios de comunicación apropiados, entre ellos, los correos diplomáticos o consulares, la valija diplomática o consular y los mensajes en clave o cifra, para comunicarse con el gobierno, con las misiones diplomáticas y con los demás consulados del Estado que envía, dondequiera que se encuentren. Sin embargo, solamente con el consentimiento del Estado receptor, podrá la oficina consular instalar y utilizar una emisora de radio.

2. La correspondencia oficial de la oficina consular será inviolable. Por correspondencia oficial se entenderá toda correspondencia relativa a la oficina consular y a sus funciones.

3. La valija consular no podrá ser abierta ni retenida. No obstante, si las autoridades competentes del Estado receptor tuviesen ra-

zones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia, los documentos o los objetos a los que se refiere el párrafo 4 de este artículo, podrán pedir que la valija sea abierta, en su presencia, por un representante autorizado del Estado que envía. Si las autoridades del Estado que envía rechazan la petición, la valija será devuelta a su lugar de origen.

4. Los bultos que constituyan la valija consular, deberán ir provistos de signos exteriores visibles, indicadores de su carácter, y sólo podrán contener correspondencia y documentos oficiales, u objetos destinados exclusivamente al uso oficial.

5. El correo consular deberá llevar consigo un documento oficial en el que se acredite su condición de tal y el número de bultos que constituyan la valija consular. Esa persona no podrá ser nacional del Estado receptor ni, a menos que sea nacional del Estado que envía, residente permanente en el Estado receptor, excepto si lo consiente dicho Estado. En el ejercicio de sus funciones estará protegida por el Estado receptor. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.

6. El Estado que envía, su misión diplomática y sus oficinas consulares podrán designar correos consulares especiales. En ese caso, serán también aplicables las disposiciones del párrafo 5 de este artículo, con la salvedad de que las inmunidades que en él se especifican dejarán de ser aplicables cuando dicho correo haya entregado la valija consular a su cargo al destinatario.

7. La valija consular podrá ser confiada al comandante de un buque, o de una aeronave comercial, que deberá aterrizar en un aeropuerto autorizado para la entrada. Este comandante llevará consigo un documento oficial en el que conste el número de bultos que constituyan la valija, pero no será considerado como correo consular. La oficina consular podrá enviar a uno de sus miembros a hacerse cargo de la valija, directa y libremente de manos del comandante del buque o de la aeronave, previo acuerdo con las autoridades locales competentes.

Artículo 36

Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

- a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
- b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, lo será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
- c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

ARTÍCULO 37

Información en casos de defunción, tutela, curatela, naufragio y accidente aéreo

Cuando las autoridades competentes del Estado receptor posean la información correspondiente, dichas autoridades estarán obligadas:

- a) a informar sin retraso, en caso de defunción de un nacional del Estado que envía, a la oficina consular en cuya circunscripción ocurra el fallecimiento;

- b) a comunicar sin retraso, a la oficina consular competente, todos los casos en que el nombramiento de tutor o de curador sea de interés para un menor o un incapacitado nacional del Estado que envía. El hecho de que se facilite esa información, no será obstáculo para la debida aplicación de las leyes y reglamentos relativos a esos nombramientos;
- c) a informar sin retraso, a la oficina consular más próxima al lugar del accidente, cuando un buque, que tenga la nacionalidad del Estado que envía, naufrague o encalle en el mar territorial o en las aguas interiores del Estado receptor, o cuando un avión matriculado en el Estado que envía sufra un accidente en territorio del Estado receptor.

Artículo 38

Comunicación con las autoridades del Estado receptor

Los funcionarios consulares podrán dirigirse en el ejercicio de sus funciones:

- a) a las autoridades locales competentes de su circunscripción consular;
- b) a las autoridades centrales competentes del Estado receptor, siempre que sea posible y en la medida que lo permitan las leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes.

Artículo 39

Derechos y aranceles consulares

1. La oficina consular podrá percibir en el territorio del Estado receptor los derechos y aranceles que establezcan las leyes y reglamentos del Estado que envía para las actuaciones consulares.

2. Las cantidades percibidas en concepto de los derechos y aranceles previstos en el párrafo 1 de este artículo y los recibos correspondientes, estarán exentos de todo impuesto y gravamen en el Estado receptor.

Sección II

FACILIDADES, PRIVILEGIOS E INMUNIDADES RELATIVOS A LOS FUNCIONARIOS CONSULARES DE CARRERA Y A LOS DEMÁS MIEMBROS DE LA OFICINA CONSULAR

Artículo 40

Protección de los funcionarios consulares

El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

Artículo 41

Inviolabilidad personal de los funcionarios consulares

1. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente.

2. Excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal sino en virtud de sentencia firme.

3. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y, excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando en las circunstancias previstas en el párrafo 1 de este artículo sea necesario detener a un funcionario consular, el correspondiente procedimiento contra él deberá iniciarse sin la menor dilación.

Artículo 42

Comunicación en caso de arresto, detención preventiva o instrucción de un procedimiento penal

Cuando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado

receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al jefe de oficina consular. Si esas medidas se aplicasen a este último, el Estado receptor deberá poner el hecho en conocimiento del Estado que envía, por vía diplomática.

Artículo 43

Inmunidad de jurisdicción

1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares.

2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán en el caso de un procedimiento civil:

- a) que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o
- b) que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor.

Artículo 44

Obligación de comparecer como testigo

1. Los miembros del consulado podrán ser llamados a comparecer como testigos en procedimientos judiciales o administrativos. Un empleado consular o un miembro del personal de servicio no podrá negarse, excepto en el caso al que se refiere el párrafo 3 de este artículo, a comparecer como testigo. Si un funcionario consular se negase a hacerlo, no se le podrá aplicar ninguna medida coactiva o sanción.

2. La autoridad que requiera el testimonio deberá evitar que se perturbe al funcionario consular en el ejercicio de sus funciones. Podrá recibir el testimonio del funcionario consular en su domicilio o en la oficina consular, o aceptar su declaración por escrito, siempre que sea posible.

3. Los miembros de una oficina consular no estarán obligados a declarar sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aqué-

los. Asimismo, podrán negarse a deponer como expertos respecto de las leyes del Estado que envía.

ARTÍCULO 43

Renuncia a los privilegios e inmunidades

1. El Estado que envía podrá renunciar, respecto de un miembro de la oficina consular, a cualquiera de los privilegios e inmunidades establecidos en los artículos 41, 43 y 44.

2. La renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo, y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor.

3. Si un funcionario consular o un empleado consular entabla una acción judicial en una materia en que goce de inmunidad de jurisdicción conforme al artículo 43, no podrá alegar esa inmunidad en relación con cualquier demanda reconvenzional que esté directamente ligada a la demanda principal.

4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de acciones civiles o administrativas no implicará, en principio, la renuncia a la inmunidad en cuanto a las medidas de ejecución de la resolución que se dicte, que requerirán una renuncia especial.

ARTÍCULO 45

Exención de la inscripción de extranjeros y del permiso de residencia

1. Los funcionarios y empleados consulares y los miembros de su familia que vivan en su casa, estarán exentos de todas las obligaciones prescritas por las leyes y reglamentos del Estado receptor relativos a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia.

2. Sin embargo, las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a los empleados consulares que no sean empleados permanentes del Estado que envía o que ejerzan en el Estado receptor una actividad privada de carácter lucrativo, ni a los miembros de la familia de esos empleados.

ARTÍCULO 47

Exención del permiso de trabajo

1. Los miembros de la oficina consular estarán exentos, respecto de los servicios que presten al Estado que envía, de cualquiera de las obligaciones relativas a permisos de trabajo que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor referentes al empleo de trabajadores extranjeros.

2. Los miembros del personal privado de los funcionarios y empleados consulares estarán exentos de las obligaciones a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo, siempre que no ejerzan en el Estado receptor ninguna otra ocupación lucrativa.

ARTÍCULO 48

Exención del régimen de seguridad social

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo, los miembros de la oficina consular y los miembros de su familia que vivan en su casa estarán exentos, en cuanto a los servicios que presten al Estado que envía, de las disposiciones sobre seguridad social que estén en vigor en el Estado receptor.

2. La exención prevista en el párrafo 1 de este artículo se aplicará también a los miembros del personal privado que estén al servicio exclusivo de los miembros de la oficina consular, siempre que:

- a) no sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor, y
- b) estén protegidos por las normas sobre seguridad social, en vigor en el Estado que envía o en un tercer Estado.

3. Los miembros de la oficina consular que empleen a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo, habrán de cumplir las obligaciones que las disposiciones de seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores.

4. La exención prevista en los párrafos 1 y 2 de este artículo no impedirá la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor, siempre que sea permitida por ese Estado.

Artículo 49

Exención fiscal

1. Los funcionarios y empleados consulares, y los miembros de su familia que vivan en su casa, estarán exentos de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales y municipales, con excepción:

- a) de aquellos impuestos indirectos que están normalmente incluidos en el precio de las mercancías y de los servicios;
- b) de los impuestos y gravámenes sobre los bienes inmuebles privados que radiquen en el territorio del Estado receptor, salvo lo dispuesto en el artículo 52;
- c) de los impuestos sobre las sucesiones y las transmisiones exigibles por el Estado receptor, a reserva de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 51;
- d) de los impuestos y gravámenes sobre los ingresos privados, incluidas las ganancias de capital, que tengan su origen en el Estado receptor y de los impuestos sobre el capital correspondiente a las inversiones realizadas en empresas comerciales o financieras en ese mismo Estado;
- e) de los impuestos y gravámenes exigibles por determinados servicios prestados;
- f) de los derechos de registro, aranceles judiciales, hipoteca y timbre, a reserva de lo dispuesto en el artículo 32.

2. Los miembros del personal de servicio estarán exentos de los impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios.

3. Los miembros de la oficina consular, a cuyo servicio se hallen personas cuyos sueldos o salarios no estén exentos en el Estado receptor de los impuestos sobre los ingresos, cumplirán las obligaciones que las leyes y reglamentos de ese Estado impongan a los empleadores en cuanto a la exacción de dichos impuestos.

Artículo 50

Franchicia aduanera y exención de inspección aduanera

1. El Estado receptor permitirá, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulgue, la entrada, con exención de todos los derechos

de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, de los objetos destinados:

- a) al uso oficial de la oficina consular;
- b) al uso personal del funcionario consular y de los miembros de su familia que vivan en su casa, incluidos los efectos destinados a su instalación. Los artículos de consumo no deberán exceder de las cantidades que esas personas necesitan para su consumo directo.

2. Los empleados consulares gozarán de los privilegios y exenciones previstos en el párrafo 1 de este artículo, en relación con los objetos importados al efectuar su primera instalación.

3. El equipaje personal que lleven consigo los funcionarios consulares y los miembros de su familia que vivan en su casa estará exento de inspección aduanera. Sólo se lo podrá inspeccionar cuando haya motivos fundados para suponer que contiene objetos diferentes de los indicados en el apartado b) del párrafo 1 de este artículo, o cuya importación o exportación esté prohibida por las leyes y reglamentos del Estado receptor, o que estén sujetos a medidas de cuarentena por parte del mismo Estado. Esta inspección sólo podrá efectuarse en presencia del funcionario consular o del miembro de su familia interesado.

Artículo 51

Sucesión de un miembro del consulado o de un miembro de su familia

En caso de defunción de un miembro de la oficina consular o de un miembro de su familia que viva en su casa, el Estado receptor estará obligado:

- a) a permitir la exportación de los bienes muebles propiedad del fallecido, excepto de los que haya adquirido en el Estado receptor y cuya exportación estuviera prohibida en el momento de la defunción;
- b) a no exigir impuestos nacionales, municipales o regionales sobre la sucesión ni sobre la transmisión de los bienes muebles, cuando éstos se encuentren en el Estado receptor como consecuencia directa de haber vivido allí el causante de la sucesión, en calidad de miembro de la oficina consular o de la familia de un miembro de dicha oficina consular.

ARTÍCULO 52

Exención de prestaciones personales

El Estado receptor deberá eximir a los miembros de la oficina consular y a los miembros de su familia que vivan en su casa de toda prestación personal, de todo servicio de carácter público, cualquiera que sea su naturaleza, y de cargas militares, tales como requisas, contribuciones y alojamientos militares.

ARTÍCULO 53

Principio y fin de los privilegios e inmunidades consulares

1. Los miembros de la oficina consular gozarán de los privilegios e inmunidades señalados por la presente Convención, desde el momento en que entren en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de ese cargo o, si se encuentran ya en ese territorio, desde el momento en que asuman sus funciones en la oficina consular.

2. Los miembros de la familia de un miembro de la oficina consular que vivan en su casa, y los miembros de su personal privado, gozarán de los privilegios e inmunidades previstos en la presente Convención, desde la fecha en que el miembro del consulado goce de privilegios e inmunidades con arreglo al párrafo 1 de este artículo, o desde su entrada en el territorio del Estado receptor o desde el día en que lleguen a formar parte de la familia o del personal privado del miembro de la oficina consular. De esas fechas regirá la que sea más posterior.

3. Cuando terminen las funciones de un miembro de la oficina consular, cesarán sus privilegios e inmunidades así como los de cualquier miembro de su familia que viva en su casa y los de su personal privado; normalmente ello ocurrirá en el momento mismo en que la persona interesada abandone el territorio del Estado receptor o en cuanto expire el plazo razonable que se le conceda para ello, determinándose el caso por la fecha más anterior, aunque subsistirán hasta ese momento incluso en caso de conflicto armado. Los privilegios e inmunidades de las personas a las que se refiere el párrafo 2 de este artículo terminarán en el momento en que esas personas dejen de pertenecer a la familia o de estar al servicio de un miembro de la oficina consular. Sin embargo, cuando esas personas se dispongan a salir del Estado receptor dentro de un plazo de tiempo razonable, sus privilegios e inmunidades subsistirán hasta el momento de su salida.

4. No obstante, por lo que se refiere a los actos ejecutados por un funcionario consular o un empleado consular en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad de jurisdicción subsistirá indefinidamente.

5. En caso de fallecimiento de un miembro de la oficina consular, los miembros de su familia que vivan en su casa seguirán gozando de los privilegios e inmunidades que les correspondan hasta que salgan del Estado receptor o hasta la expiración de un plazo prudencial que les permita abandonarlo. De estas fechas regirá la que sea más anterior.

Artículo 54

Obligaciones de los terceros Estados

1. Si un funcionario consular atraviesa el territorio o se encuentra en el territorio de un tercer Estado que, de ser necesario, le haya concedido un visado, para ir a asumir sus funciones o reintegrarse a su oficina consular o regresar al Estado que envía, dicho tercer Estado le concederá todas las inmunidades reguladas por los demás artículos de la presente Convención que sean necesarias para facilitarle el paso o el regreso. La misma disposición será aplicable a los miembros de su familia que vivan en su casa y gocen de esos privilegios e inmunidades, tanto si acompañan al funcionario consular, como si viajan separadamente para reunirse con él o regresar al Estado que envía.

2. En condiciones análogas a las previstas en el párrafo 1 de este artículo, los terceros Estados no deberán dificultar el paso por su territorio de los demás miembros de la oficina y de los miembros de la familia que vivan en su casa.

3. Los terceros Estados concederán a la correspondencia oficial y a las demás comunicaciones oficiales en tránsito, incluso a los despachos en clave o en cifra, la misma libertad y protección que el Estado está obligado a concederles con arreglo a la presente Convención. Concederán a los correos consulares, a los cuales, de ser necesario, se les extenderán un visado, y a las valijas consulares en tránsito, la misma inviolabilidad y protección que el Estado receptor está obligado a concederles de conformidad con la presente Convención.

5. Las obligaciones que prescriben los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo para los terceros Estados, se aplicarán asimismo a las personas mencionadas respectivamente en dichos párrafos, y también a las comunicaciones oficiales y valijas consulares, cuya presencia en el territorio del tercer Estado se deba a un caso de fuerza mayor.

Artículo 55

Respeto de las leyes y reglamentos del Estado receptor

1. Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También estarán obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado.

2. Los locales consulares no serán utilizados de manera incompatible con el ejercicio de las funciones consulares.

3. Lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo no excluye la posibilidad de instalar en parte del edificio en que se hallen los locales consulares las oficinas de otros organismos o dependencias, siempre que los locales destinados a las mismas estén separados de los que utilice la oficina consular. En este caso, dichas oficinas no se considerarán, a los efectos de la presente Convención, como parte integrante de los locales consulares.

Artículo 56

Seguro contra daños causados a terceros

Los miembros de la oficina consular deberán cumplir todas las obligaciones que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor relativas al seguro de responsabilidad civil por daños a terceros por la utilización de vehículos, buques o aviones.

Artículo 57

Disposiciones especiales sobre las actividades privadas de carácter lucrativo

1. Los funcionarios consulares de carrera no ejercerán en provecho propio ninguna actividad profesional o comercial en el Estado receptor.

2. Los privilegios e inmunidades previstos en este capítulo no se concederán:

- a) a los empleados consulares o a los miembros del personal de servicio que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor;

- b) a los miembros de la familia de las personas a que se refiere el apartado a) de este párrafo, o a su personal privado;
- c) a los miembros de la familia del miembro de la oficina consular que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor.

Capítulo III

REGIMEN APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS CONSULARES HONORARIOS Y A LAS OFICINAS CONSULARES DIRIGIDAS POR LOS MISMOS

Artículo 58

Disposición general relativa a facilidades, privilegios e inmunidades

1. Los artículos 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 38 y 39, el párrafo 3 del artículo 54 y los párrafos 2 y 3 del artículo 55 se aplicarán a las oficinas consulares dirigidas por un funcionario consular honorario. Además, las facilidades, los privilegios y las inmunidades de esas oficinas se registrarán por los artículos 59, 60, 61 y 62.

2. Los artículos 42 y 43, el párrafo 3 del artículo 44, los artículos 45 y 53 y el párrafo 1 del artículo 55 se aplicarán a los funcionarios consulares honorarios. Además, las facilidades, privilegios e inmunidades de esos funcionarios consulares se registrarán por los artículos 63, 64, 65, 66 y 67.

3. Los privilegios e inmunidades establecidos en la presente Convención no se concederán a los miembros de la familia de un funcionario consular honorario, ni a los de la familia de un empleado consular de una oficina consular dirigida por un funcionario consular honorario.

4. El intercambio de valijas consulares entre dos oficinas consulares situadas en diferentes Estados y dirigidas por funcionarios consulares honorarios no se admitirá sino con el consentimiento de los dos Estados receptores.

Artículo 59

Protección de los locales consulares

El Estado receptor adoptará las medidas que sean necesarias para proteger los locales consulares de una oficina consular, cuyo jefe sea un

funcionario consular honorario, contra toda intrusión o daño y para evitar que se perturbe la tranquilidad de dicha oficina consular o se atente contra su dignidad.

ARTÍCULO 60

Exención fiscal de los locales consulares

1. Los locales consulares de una oficina consular, cuyo jefe sea un funcionario consular honorario y de los cuales sea propietario o inquilino el Estado que envía, estarán exentos de todos los impuestos y contribuciones nacionales, regionales y municipales, salvo de los exigibles en pago de determinados servicios prestados.

2. La exención fiscal a que se refiere el párrafo 1 de este artículo no será aplicable a aquellos impuestos y contribuciones que, según las leyes y reglamentos del Estado receptor, habrán de ser pagados por la persona que contrate en el Estado que envía.

ARTÍCULO 61

Inviolabilidad de los archivos y documentos consulares

Los archivos y documentos consulares de una oficina consular, cuyo jefe sea un funcionario consular honorario, serán siempre inviolables dondequiera que se encuentren, a condición de que estén separados de otros papeles y documentos y, en especial, de la correspondencia particular del jefe de la oficina consular y de la de toda persona que trabaje con él, y de los objetos, libros y documentos referentes a su profesión o a sus negocios.

ARTÍCULO 62

Franquicia aduanera

El Estado receptor, con arreglo a las leyes y reglamentos que promulge, permitirá la entrada con exención de todos los derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, de los siguientes artículos, cuando se destinen al uso oficial de una oficina consular dirigida por un funcionario consular honorario: escudos, banderas, letras, timbres y sellos, libros, impresos oficiales, muebles y útiles de oficina y otros objetos análogos.

que sean suministrados a la oficina consular por el Estado que envía, o a instancia del mismo.

ARTÍCULO 63

Procedimiento penal

Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular honorario, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida a ese funcionario por razón de su carácter oficial y, excepto en el caso de que esté detenido o puesto en prisión preventiva, de manera que se perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando sea necesario detener a un funcionario consular honorario, se iniciará el procedimiento contra él con el menor retraso posible.

ARTÍCULO 64

Protección de los funcionarios consulares honorarios

El Estado receptor tendrá la obligación de conceder al funcionario consular honorario la protección que pueda necesitar por razón de su carácter oficial.

ARTÍCULO 65

Exención de la inscripción de extranjeros y del permiso de residencia.

Los funcionarios consulares honorarios, salvo aquellos que ejerzan en el Estado receptor cualquier profesión o actividad comercial en provecho propio, estarán exentos de las obligaciones prescritas por las leyes y reglamentos de ese Estado referentes a la inscripción de extranjeros y a permisos de residencia.

ARTÍCULO 66

Exención fiscal

Los funcionarios consulares honorarios estarán exentos de todos los impuestos y gravámenes sobre las retribuciones y los emolumentos que perciban del Estado que envía como consecuencia del ejercicio de funciones consulares.

Artículo 67

Ejeción de prestaciones personales

El Estado receptor eximirá a los funcionarios consulares honorarios de toda prestación personal y de todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza, y de las obligaciones de carácter militar, especialmente de las relativas a requetas, contribuciones y alojamientos militares.

Artículo 68

Carácter facultativo de la institución de los funcionarios consulares honorarios

Todo Estado podrá decidir libremente si ha de nombrar o recibir funcionarios consulares honorarios.

Capítulo IV

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 69

Agentes consulares que no sean jefes de oficinas consular

1. Los Estados podrán decidir libremente si establecen o aceptan agencias consulares dirigidas por agentes consulares que no hayan sido designados como jefes de oficina consular por el Estado que envía.

2. Las condiciones en las cuales podrán ejercer su actividad las agencias consulares a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo, y los privilegios e inmunidades que podrán disfrutar los agentes consulares que las dirijan, se determinarán de común acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor.

Artículo 70

Ejercicio de funciones consulares por las misiones diplomáticas

1. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán también, en la medida que sea procedente, al ejercicio de funciones consulares por una misión diplomática.

2. Se comunicarán al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor o a la autoridad designada por dicho Ministerio los nombres de los miembros de la misión diplomática que están agregados a la sección consular, o están encargados del ejercicio de las funciones consulares en dicha misión.

3. En el ejercicio de las funciones consulares, la misión diplomática podrá dirigirse:

- a) a las autoridades locales de la circunscripción consular;
- b) a las autoridades centrales del Estado receptor, siempre que lo permitan las leyes, los reglamentos y los usos de ese Estado o los acuerdos internacionales aplicables.

4. Los privilegios o inmunidades de los miembros de la misión diplomática a los que se refiere el párrafo 2 de este artículo, seguirán rigiéndose por las normas de derecho internacional relativas a las relaciones diplomáticas.

ARTÍCULO 71

Nacionales o residentes permanentes del Estado receptor

1. Excepto en el caso de que el Estado receptor conceda otras facilidades, privilegios e inmunidades, los funcionarios consulares que sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor, sólo gozarán de inmunidad de jurisdicción y de inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones, y del privilegio establecido en el párrafo 3 del artículo 44. Por lo que se refiere a estos funcionarios consulares, el Estado receptor deberá también cumplir la obligación prescrita en el artículo 42. Cuando se instruya un procedimiento penal contra esos funcionarios consulares, las diligencias se practicarán, salvo en el caso en que el funcionario esté arrestado o detenido, de manera que se perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares.

2. Los demás miembros de la oficina consular que sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor y los miembros de su familia, así como los miembros de la familia de los funcionarios consulares a los que se refiere el párrafo 1 de este artículo, gozarán de facilidades, privilegios e inmunidades sólo en la medida en que el Estado receptor se los conceda. Las personas de la familia de los miembros de la oficina consular y los miembros del personal privado que sean nacionales o re-

sidentes permanentes del Estado receptor, gozarán asimismo de facilidades, privilegios e inmunidades, pero sólo en la medida en que este Estado se los otorgue. Sin embargo, el Estado receptor deberá ejercer su jurisdicción sobre esas personas de manera que no se perturbe indebidamente el ejercicio de las funciones de la oficina consular.

Artículo 72

No discriminación entre los Estados

1. El Estado receptor no hará discriminación alguna entre los Estados al aplicar las disposiciones de la presente Convención.
2. Sin embargo, no se considerará discriminación:
 - a) que el Estado receptor aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de la presente Convención, porque a sus oficinas consulares en el Estado que errita les sean aquéllas aplicadas de manera restrictiva;
 - b) que por costumbre o acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato más favorable que el establecido en las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 73

Relación entre la presente Convención y otros acuerdos internacionales

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán a otros acuerdos internacionales en vigor entre los Estados que sean parte en los mismos.
2. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención impedirá que los Estados concluyan acuerdos internacionales que confirmen, completen, extiendan o amplíen las disposiciones de aquélla.

Capítulo V

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 74

Firma

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser Parte en la Convención, de la manera siguiente: hasta el 31 de octubre de 1963, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República de Austria; y después, hasta el 31 de marzo de 1964, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Artículo 75

Ratificación

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 76

Adhesión

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de los Estados pertenecientes a alguna de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 74. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 77

Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimosegundo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimosegundo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 78

Comunicaciones por el Secretario General

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados pertenecientes a cualquiera de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 74:

- a) las firmas de la presente Convención y el depósito de instrumentos de ratificación o adhesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 74, 75 y 76;
- b) la fecha en que entre en vigor la presente Convención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.

Artículo 79

Textos auténticos

El original de la presente Convención, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien enviará copia certificada a todos los Estados pertenecientes a cualquiera de las cuatro categorías mencionadas en el artículo 74.

EN TESTIMONIO DE LO QUAL los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN VIENA, el día veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y tres.

MARBURY v. MADISON
(CRANCH'S REPORT - VOL. 1 - P. 49)

Traducido por ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

El Presidente de la Corte, Marshall, expuso la opinión del tribunal.

En último término, sobre los affidavits leídos y registrados por el escribiente, se ha establecido en este caso una orden, requiriendo al secretario de estado la presentación de los motivos justificantes de por qué no sería emitido un mandamus, ordenándole entregar a William Marbury su nombramiento como juez de paz por el condado de Washington, en el distrito de Columbia.

Dichos motivos justificantes no han sido presentados y el presente recurso es por un mandamus. Lo peculiarmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la real dificultad que presenta, atendiendo a los puntos que en él se tratan, requiere una exposición completa de los principios en los cuales se ha de fundar la opinión de la Corte.

Estos principios han sido muy hábilmente argüidos en los estrados por parte del recurrente.

Al desarrollar la opinión de la Corte debemos comenzar formal y no sustancialmente desde los puntos establecidos en dicho argumento. Se han considerado y decidido las siguientes cuestiones en el orden en que esta Corte ha examinado el asunto:

1. ¿Tiene el recurrente un derecho al nombramiento que demanda?
2. ¿Si tiene tal derecho y el mismo ha sido violado, hay remedio para él en las leyes de este país?
3. ¿Si las leyes contemplan ese remedio, es él un mandamus a emitir por esta Corte?

El primer objeto de análisis, es:

1. Tiene el recurrente un derecho al nombramiento que demanda?
Su derecho se origina en una ley del congreso de febrero de 1801, concerniente al distrito de Columbia.

Después de dividir dicho distrito en dos condados, la sección número once de esta ley establece: "deberá ser designado en y para cada uno de dichos condados tal número de personas discretas para desempeñarse como jueces de paz, como el presidente de los Estados Unidos crea —de tiempo en tiempo— conveniente, permaneciendo en el cargo durante cinco años".

Surge de los affidavit que, en cumplimiento de esta ley, el entonces presidente de los Estados Unidos John Adams, firmó un nombramiento para que William Marbury se desempeñara como juez de paz en el condado de Washington; después de lo cual se colocó el sello de los Estados Unidos; pero el nombramiento jamás encontró la persona para quien fue hecho.

Con el objeto de determinar de qué manera él es titular de dicho nombramiento, se hace necesario averiguar de qué manera fue designado para ocupar el cargo. Porque si fue designado, la ley lo mantiene en su cargo por cinco años, y él es el titular en la posesión de esas pruebas de su cargo, las cuales hallándose completas, hacen que el mismo sea de su propiedad.

La segunda sección del artículo segundo de la Constitución declara: "El presidente propondrá, y con acuerdo y consentimiento del senado, nombrará embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y todos los demás funcionarios de los Estados Unidos cuyos nombramientos no estén aquí de otra manera dispuestos".

La tercera sección declara que: "nombrará a todos los funcionarios de los Estados Unidos".

Una ley del congreso ordena al secretario de estado guardar el sello de los Estados Unidos: "para probar y registrar, y sellar todos los nombramientos de funcionarios civiles de los Estados Unidos a ser designados por el presidente con el consentimiento del Senado, o sólo por el presidente; se establece que dicho sello no deberá ser puesto a ningún nombramiento antes de que el mismo haya sido firmado por el presidente de los Estados Unidos".

Estas son las cláusulas de la Constitución y leyes de los Estados Unidos que conciernen a esta parte del caso. Nos parece contemplar tres operaciones diversas:

- 1) La proposición: es un acto solamente presidencial y es completamente voluntario.
- 2) La designación: este es también un acto del presidente y es también voluntario, pero sólo se completa con el acuerdo y consentimiento del senado.

3) El nombramiento: garantizar un nombramiento a una persona designada, podría quizás ser considerado un deber impuesto por la Constitución. "El deberá", dice dicho instrumento, "nombrar a todos los funcionarios de los Estados Unidos".

Los actos de designación para un cargo, y nombramiento de la persona designada, difícilmente pueden ser considerados como un único y mismo acto, desde que el poder de realizarlos está dado en dos secciones distintas y separadas de la Constitución. La distinción entre la designación y el nombramiento parecerá más clara si se advierte que la sección segunda de la constitución autoriza al congreso: "a confiar por ley, con carácter exclusivo al presidente, a los tribunales de justicia o a los jefes de departamento la designación de los empleados inferiores que juzgare conveniente", esto contempla los casos en que la ley puede mandar al presidente nombrar un funcionario designado por las cortes o por los jefes de departamento. En tal caso, emitir un nombramiento requeriría una obligación distinta a la de designación, el cumplimiento de la cual quizás no podría ser rechazado por ley.

Además la cláusula de la constitución que requiere al presidente nombrar todos los funcionarios de los Estados Unidos nunca puede ser aplicada a funcionarios que el mismo no haya designado, con todo, sería difícil negar al poder legislativo el poder de aplicarla aún a tales casos.

En consecuencia, la distinción constitucional entre la designación para un cargo y el nombramiento de un funcionario que ya ha sido designado, continúa siendo la misma, tanto si el presidente ha nombrado funcionarios designados por él mismo o por otra autoridad.

De la existencia de tal distinción, se sigue, asimismo, que si una designación fuera a ser probada por un acto público distinto al nombramiento, el cumplimiento de tal acto público habría creado al funcionario; y si dicho funcionario no pudiera ser removido por desuso del presidente, podría ello darle derecho a su nombramiento o habilitarlo a cumplir sus tareas sin nombramiento alguno.

Estas observaciones se incluyen sólo con el propósito de hacer más inteligibles aquellas que se aplican más directamente al caso particular en análisis.

Esta es una designación hecha por el presidente con acuerdo y consentimiento del senado y no se prueba con ningún acto que no sea el mismo nombramiento. En tal caso, el nombramiento y la designación parecen inseparables; es casi imposible justificar una designación de otra manera que probando la existencia de un nombramiento; no obstante el nombramiento no es necesariamente la designación; pero es su evidencia concluyente.

¿Pero a qué punto se llega con esta evidencia concluyente?

La respuesta a esta pregunta parece obvia. Si la designación es sólo un acto del presidente, se hallará completamente probada cuando se demuestre que el presidente ha hecho todo lo necesario para ejecutarla.

En lugar de ser la prueba de una designación, un nombramiento podría aún ser considerado como constituyendo la designación misma; ésta acción se hallaría realizada cuando el último acto a efectuarse por el presidente hubiera sido ejecutado, o, yendo más lejos, cuando el nombramiento estuviera completo.

El último acto a efectuar por el presidente es la firma del nombramiento. El ha actuado con el acuerdo y consentimiento del senado para su nombramiento. El tiempo para deliberar ha concluido. El ha decidido. Su decisión, con el acuerdo y consentimiento del senado concurrentes con su propuesta, ha sido tomada, y el funcionario está designado. Esta designación es evidenciada por un acto claro e inequívoco; y siendo el último acto requerido a la persona que lo ha hecho, excluye necesariamente la idea de que, en lo que respecta a la designación, se trate de una gestión comenzada pero inconclusa.

Debe tenerse en cuenta algún momento decisivo, en el cual debe cesar el poder del ejecutivo sobre un funcionario que no es removible por su voluntad. Este momento decisivo lo hallamos cuando el poder constitucional de designación ha sido realizado. Este último acto es la firma del nombramiento. Esta idea parece haber prevalecido en la legislación cuando fue sancionada la ley que convirtió al departamento de asuntos exteriores en el departamento de estado. Por esa ley se estableció que el secretario de estado debía guardar el sello de los Estados Unidos "y hará recibo y archivará, y colocará dicho sello a todos los nombramientos de funcionarios civiles de los Estados Unidos, a ser designados por el Presidente". "Se establece asimismo que dicho sello no se colocará a ningún nombramiento, antes de que el mismo haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos; ni tampoco a ningún otro instrumento o acto, sin la garantía presidencial para ello".

La firma es una garantía para la colocación del gran sello; y el gran sello sólo puede ser colocado en un instrumento completo. Ello atestigua, por un acto que se supone público y notorio la autenticidad de la firma presidencial.

Nunca podrá colocarse hasta que el nombramiento se encuentre firmado, a causa de que la firma, que otorga fuerza y efectividad al nombramiento, es la evidencia concluyente de que la designación ha sido hecha.

Habiéndose firmado el nombramiento, el subsiguiente deber del secretario de estado se halla prescripto por la ley, y no queda sujeto a la libre voluntad del presidente. El debe colocar el sello de los Estados Unidos en el nombramiento y debe archivarlo.

Este no es un procedimiento que pueda variarse, porque el ejecutivo sugiera uno más conveniente, sino que es una vía precisa y exactamente establecida por la ley, la cual debe cumplirse estrictamente. Es el deber del secretario de estado conformarse con la ley, y en esto, él es un funcionario de los Estados Unidos, obligado a obedecer las leyes. El actúa, a este respecto, como ha sido correctamente establecido en el foro, bajo la autoridad de la ley, y no por instrucciones del presidente. Es un acto ministerial que la ley ordena a un funcionario específico para un propósito específico.

Si se supusiera que la solemnidad de la colocación del sello es necesaria no sólo para la validez del nombramiento sino también para completar una designación, la conclusión es que recién cuando se coloca el sello la designación es hecha, y el nombramiento válido. Ninguna otra solemnidad se requiere por ley; ningún otro acto debe realizarse por el gobierno. Todo lo que el ejecutivo puede hacer para investir a una persona con su función ya está hecho; y si no se considera que la designación ha sido hecha, el ejecutivo no puede hacer una sin la cooperación de otros.

Después de buscar ansiosamente los principios sobre los cuales puede hallarse basada la opinión contraria, no ha sido hallado ninguno que aparezca con fuerza suficiente para mantener la doctrina opuesta.

Tal como la imaginación de la Corte pudo sugerir, han sido examinados con toda deliberación, y después de concederles todo el peso que aparece posible de concesión, ellos no han alterado la opinión ya formada.

Considerando esta cuestión, se conjeturó, que el nombramiento puede haber sido autimado a una escritura pública, para la validez de la cual es esencial la tradición.

Esta idea está basada en la suposición de que el nombramiento no es meramente la evidencia de una designación, sino que es, él mismo, la designación real; una suposición de ningún modo incuestionable. Pero para el propósito de examinar claramente esta objeción se nos debe conceder que el principio buscado para fundarla se halla establecido.

La designación debe ser, bajo la constitución, hecha personalmente por el presidente, y la entrega del instrumento documentante de la designación debe ser hecha también por el presidente, si ello es necesario para completar el acto. No es necesario que la entrega sea hecha perso-

malmente al beneficiario del cargo: nunca se hace así. La ley parece contemplar que la entrega se hace al secretario de estado, desde que ella ordena al secretario colocar el sello al nombramiento después que ha sido firmado por el presidente. Entonces, si el acto de entrega es necesario para dar validez al nombramiento, él ha sido entregado cuando se realizó y se da al secretario con el propósito de que se selle, archive y se entregue a la parte interesada.

Pero en todos los casos de patentes de privilegio, se requieren ciertas solemnidades por la ley, dichas solemnidades son la evidencia de validez del instrumento. ¿Una entrega formal al interesado no está entre ellas. En caso de nombramientos la firma manuscrita del presidente, y el sello de los Estados Unidos, son dichas solemnidades. Por lo que, esta objeción, no hace al caso.

Ha ocurrido también, y aunque sea raro es posible, que la transmisión del nombramiento y su aceptación pudieran ser consideradas necesarias para completar el derecho del demandante.

La transmisión del nombramiento es una práctica que ordena la conveniencia, pero no la ley. No puede, por lo tanto, constituir la designación, la cual debe precederlo y que es un mero acto del presidente. Si el ejecutivo requirió que toda persona designada para un cargo, debía ella misma arbitrar los medios necesarios para procurar su nombramiento, la designación no sería en ese caso lo menos valioso de la cuenta. La designación es el acto aislado del presidente; la transmisión del nombramiento es el acto aislado del funcionario a quien se le ha asignado ese deber, y puede ser acelerado o retardado por circunstancias que pueden no tener influencia en la designación. Un nombramiento es transmitido o una persona ya designada; no a una persona que va a ser designada o no, así la carta que contiene el nombramiento podría ocurrir que entrara en el correo y encontrara su destino, o podría extraviarse.

Puede haber alguna tendencia a elucidar este punto, o preguntarse si la posesión del nombramiento original es indispensablemente necesaria para autorizar a una persona, designada para un cargo para cumplir con los deberes que el cargo impone. Si ello es necesario, entonces la pérdida del nombramiento haría perder el cargo. No sólo la negligencia, sino el accidente o el fraude o el fuego o el robo, pueden privar a un individuo de su cargo. En tal caso, presumo, sin lugar a dudas, que una copia del archivo del secretario de estado, sería para todo intento o propósito, igual al original. La ley del Congreso lo ha establecido así expresamente. Para dar validez a esa copia no sería necesario probar que el original ha sido transmitido y perdido con posterioridad. La copia sería la completa evidencia de que el original ha existido, y que la

designación ha sido hecha, pero no de que el original ha sido transmitido. Ciertamente, si ocurriera que el original hubiera sido trapapeado en la oficina de estado, esa circunstancia no afectaría la operación de la copia. Cuando todos los requisitos han sido cumplidos, lo cual autoriza a un funcionario de archivo a archivar el instrumento de que se trate, y la orden para ello ha sido dada, el instrumento es, en derecho, considerado archivado, aún cuando la labor manual de insertarlo en un libro destinado a esos fines no haya sido realizada.

En el caso de nombramientos, la ley ordena al secretario de estado archivarlos. Cuando, por tanto, los nombramientos se hallan firmados y sellados, la orden para su archivo está dada; y se inserten o no en el libro, se hallan en derecho archivados.

Una copia de este archivo es declarada igual al original, y los honorarios a ser pagados por la persona que requiera una copia están determinados por la ley. ¿Puede un encargado de un registro público hacer desaparecer de allí un nombramiento que haya sido registrado? ¿O puede él rebuzar la entrega de una copia a una persona que la solicita en los términos prescritos por la ley?

Tal copia podría, igualmente que el original, autorizar al juez de paz a proceder al cumplimiento de su deber, por cuanto la misma atestigüa, igualmente que su original, su designación.

Si la transmisión de un nombramiento no es considerada necesaria para dar validez a una designación, todavía lo es menos su aceptación. La designación es el acto del presidente; la aceptación es el acto del funcionario, y es, en simple sentido común, posterior a la designación. Así como puede renunciar, así puede no aceptar; pero ni una cosa ni la otra pueden convertir a la designación en inexistente.

Tal es la convicción del gobierno, ella se manifiesta a través del tenor de su conducta global.

Un nombramiento lleva fecha, y el salario de un funcionario público comienza desde su designación, no desde la transmisión o aceptación de su nombramiento. Cuando una persona, designada en cualquier cargo, rechaza dicho cargo, el sucesor es nombrado en el lugar de la persona que ha declinado la aceptación y no en el lugar de la persona que ha estado previamente en posesión del cargo y que ha creado la vacante original.

Es por lo tanto, decididamente la opinión de la Corte, que cuando un nombramiento ha sido firmado por el presidente, la designación ha sido hecha y que el nombramiento se completa cuando el sello de los Estados Unidos se le coloca por el secretario de estado.

Donde un funcionario público es removible por voluntad del ejecutivo, la circunstancia que completa su designación no tiene relevancia; por cuanto el acto es revocable en cualquier tiempo y el nombramiento puede ser detenido si está todavía en la oficina. Pero cuando el funcionario público no es removible por voluntad del ejecutivo la designación no es revocable y no puede ser anulada. Ella ha conferido derechos legales que no pueden ser recuperados.

El poder discrecional del ejecutivo debe ejercitarse hasta que la designación ha sido hecha. Pero una vez hecha la designación su poder sobre el funcionario ha terminado en todos los casos, desde que, por ley, el funcionario no puede ser removido por él. El derecho al cargo está, entonces, en la persona designada, y ella tiene el absoluto e incondicional poder de aceptarlo o rechazarlo.

Entonces, Mr. Marbury estaba designado desde que su nombramiento fue firmado por el presidente y sellado por el secretario de estado; y como la ley que crea el cargo otorga al funcionario el derecho de permanecer en él por cinco años, independientemente del ejecutivo, la designación no es revocable; sino que se halla investido con los derechos legales del funcionario, los cuales se hallan protegidos por las leyes de su país.

Por lo tanto, detener el nombramiento, es un acto que la Corte considera no autorizado por la ley, y violatorio de un derecho legal absoluto.

Esto nos lleva a la segunda pregunta, que es:

2. ¿Si él tiene un derecho, y ese derecho ha sido violado, traen las leyes de su país un remedio a tal situación?

La esencia de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo para reclamar la protección de las leyes, toda vez que recibe un daño. Uno de los primeros deberes del gobierno es otorgar dicha protección. En Gran Bretaña, el mismo rey es demandado mediante la respetuosa forma de la demanda, y él nunca deja de cumplir con el fallo de su corte.

En el tercer volumen de sus Comentarios, p. 23, Blackstone establece dos casos en los cuales la solución está dada por la mera efectividad de la ley.

"En todos los otros casos", dice, "es una regla general e indisputable que donde hay un derecho legal hay también un remedio legal por demanda o acción judicial toda vez que ese derecho sea invadido".

Poco después, pág. 109 del mismo volumen, dice: "Voy a considerar tales daños como justificables por tribunales de common law. E in-

cluso remarcaré, sólo para el presente, que todo daño posible, que no caiga dentro del conocimiento exclusivo de los tribunales eclesiásticos, militares o marítimos, será por esa misma razón del conocimiento de las cortes de justicia de common law; pues es un principio fijo e invariable en las leyes de Inglaterra, que todo derecho, que es negado, debe tener un remedio, y todo daño su reparación”.

El gobierno de los Estados Unidos ha expresado enfáticamente ser un gobierno de leyes y no de hombres. Y, ciertamente, dejar de merecer este alto título, si las leyes no proveen remedios para la violación de derechos legales absolutos.

Si esta deshonra se derramara sobre la jurisprudencia de este país, ella surgiría necesariamente del carácter singular de este caso. Nos corresponde entonces investigar si hay en su composición algún ingrediente que vaya a quedar exceptuado de la investigación legal, o si se excluirá a la parte dañada de la reparación legal. Al seguir esta investigación, la primera pregunta que ella presenta es, si esto puede ser asimilado con esa clase de casos que se conoce bajo el género *damnum absque injuria* una pérdida sin daño.

Este género de casos nunca ha sido tratado, y no se cree que pueda considerarse comprensivo de cargos de confianza, de honor o de provecho. El cargo de juez de paz del distrito de Columbia es uno de tales cargos; es además digno de atención y amparo de las leyes. Ha recibido dicha atención y amparo. Ha sido creado por una ley especial del congreso, y ha sido asegurado, en la medida en que las leyes pueden dar seguridad a una persona designada para ocuparlo por cinco años. No es entonces, a causa de la inutilidad de la cosa que se persigue, que pueda declararse sin remedio el perjuicio de la parte interesada.

Está en la naturaleza de la transacción? Debe considerarse que el acto de entrega o retención de un nombramiento es un acto político y que concierne solamente al poder ejecutivo, para el cumplimiento del cual nuestra Constitución deposita plena confianza en el poder ejecutivo; y ante cualquier mal empleo respecto del mismo el individuo perjudicado queda sin remedio?

No se cuestiona que puedan existir tales casos; pero no puede admitirse que todo acto debido y que deba cumplirse en cualquiera de los grandes departamentos de gobierno, constituya uno de esos casos.

Por la ley concerniente a los inválidos, pasada en junio de 1794, se ordenó al secretario de guerra colocar en la lista de pensiones, a todas las personas cuyos nombres estuvieran incluidos en el informe previamente elaborado por él para el Congreso. ¿Si él hubiera rehusado hacer eso, hubieran quedado sin remedio los veteranos heridos? ¿Debe

sostenerse que si la ley en términos precisos ordena el cumplimiento de un acto en el cual se halla interesado un individuo, la ley es incapaz de asegurar la obediencia a su mandato? ¿Es a causa del carácter de la persona contra quien se dirige la demanda? ¿Debe sostenerse que los jefes de departamentos no se hallan sujetos a las leyes de su país?

Sea lo que fuere la práctica en ocasiones particulares, la teoría de este principio no debería, ciertamente, mantenerse nunca. Ninguna ley de la legislatura confiere un privilegio tan extraordinario, ni tampoco puede recibir el patrocinio del *common law*. Después de establecer que se presume imposible un daño personal inferido por el rey a cualquier persona, Blackstone, vol. III, p. 255, dice: "Pero los daños a los derechos de propiedad, raramente pueden ser cometidos por la corona sin la intervención de sus funcionarios: a quienes, en materia de derechos subjetivos, la ley no obsequia con respecto ni delicadeza; pero contempla diversos métodos para descubrir los errores y malos manejos de aquellos agentes, por los cuales el rey ha sido engañado e inducido a cometer una injusticia temporaria".

Por la ley pasada en 1796, autorizando la venta de tierras sobre la desembocadura del río Kentucky, el comprador pagando su moneda de compra, se convierte en titular de la propiedad comprada; y entregando al secretario de estado el recibo del tesorero sobre un certificado requerido por la ley, el presidente de los Estados Unidos está autorizado a garantizarle una patente. Además, se halla establecido en la ley que todas la patentes deben ser referendadas por el secretario de estado y archivadas en su oficina. Si al secretario se le ocurriera detener esta patente; o la patente se perdiera y rehusara dar copia de ella, ¿puede imaginarse que la ley no dé remedio a la persona perjudicada?

Es increíble que a cualquier persona, sea quien fuere, se le ocurriera mantener tal proposición.

Se sigue entonces, que la cuestión de si la legalidad de un acto de un jefe de departamento es o no examinable en una corte de justicia, debe depender en todo caso de la naturaleza de ese acto.

Si algunos actos son examinables y otros no, debe haber alguna regla de derecho para guiar a la corte en el ejercicio de su jurisdicción.

Algunas veces puede haber dificultad en la aplicación de la regla a casos particulares; pero no puede haber mucha dificultad abandonando la regla.

Por la constitución de los Estados Unidos el presidente se halla investido con ciertos importantes poderes políticos, en el ejercicio de los cuales él usa su propia discreción, y es responsable sólo ante su país en su carácter político, y ante su propia conciencia. Para ayudarlo en

el cumplimiento de estos deberes, él está autorizado para designar ciertos funcionarios quienes actúan por su mandato y de conformidad con sus órdenes.

En tales casos, los actos de aquéllos son actos de él mismo; y cualquiera sea la opinión que pueda ofrecerse sobre la manera en que la discrecionalidad ejecutiva puede ser usada, todavía no existe, ni puede existir un poder para controlarla. Los sujetos son políticos. Ellos respetan la Nación, no los derechos individuales, y hallándose encomendados al ejecutivo, la decisión del ejecutivo es concluyente. La aplicación de esta advertencia será percibida si se observa la ley del Congreso que establece el ministerio de relaciones exteriores. Este funcionario cuyos deberes se hallan prescritos en dicha ley, debe conformar precisamente el deseo del presidente. Es un simple órgano por el cual tal deseo es comunicado. Los actos de tal funcionario, como funcionario, nunca pueden ser examinados por las cortes.

Pero cuando la legislatura procede a imponer otros deberes a tal funcionario; cuando se le ordena parentóricamente el cumplimiento de ciertos actos; cuando hay derechos individuales que defender del cumplimiento de tales actos; él es hasta ahí un funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta; y no puede, discrecionalmente, burlar los derechos absolutos de otras personas.

La conclusión que ofrece este razonamiento es que, si los jefes de departamentos son los agentes políticos o confidenciales del ejecutivo, que se hallan sólo para ejecutar el deseo del presidente, o más bien para actuar en casos en que el ejecutivo posee discrecionalidad legal o constitucional, nada puede estar más perfectamente claro que sus actos sólo son examinables políticamente. Pero si la ley les asigna un deber específico, y los derechos individuales dependen del cumplimiento de ese deber, parece igualmente claro que el individuo que se considere dañado tiene un derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener remedio.

Si esta es la regla, permítansenos analizar cómo se aplica al caso que se halla bajo consideración de la Corte.

El poder de proposición al senado, y el poder de designar la persona propuesta son poderes políticos a ser ejercidos por el presidente de acuerdo a su propia discrecionalidad. Cuando él ha hecho una designación, ha ejercido todo su poder, y su discrecionalidad ha sido completamente aplicada al caso. Si, por ley, el funcionario puede ser removido por simple deseo del presidente, entonces puede hacerse una nueva designación inmediatamente, y los derechos del funcionario se han terminado. Pero como un hecho que ha existido no puede hacerse desaparecer como si nunca hubiera sido, la designación no puede ser aniqui-

lada; y consecuentemente si el funcionario es —por ley— no removible por desao del presidente, los derechos que ha adquirido están protegidos por la ley y no se pueden resumir por el presidente. Ellos no pueden extinguirse por la autoridad ejecutiva, y él tiene el privilegio de defenderlos del mismo modo que si ellos hubieran derivado de cualquier otra fuente.

La cuestión de si un derecho ha sido o no investido es judicial por su naturaleza, y debe ser juzgado por la autoridad judicial. Si, por ejemplo, Mr. Marbury hubiera prestado los juramentos de un magistrado y hubiera procedido a actuar como tal; y como consecuencia de ello se instaurara un juicio en su contra, en el cual su defensa dependiera en el hecho de ser o no un magistrado; la validez de su designación debe determinarse por la autoridad judicial.

Así, si él creyera que por virtud de su designación tiene un derecho legal, ya al nombramiento que ha sido hecho para él, ya a una copia de tal nombramiento, es igualmente una cuestión examinable en una corte, y la decisión de la corte sobre ello, deberá depender de la opinión favorable que se tenga sobre la designación.

Esta cuestión ha sido discutida y la opinión es que, el último momento que puede tenerse en cuenta al completarse y evidenciarse la designación era cuando después de la firma del presidente, el sello de los Estados Unidos era colocado al nombramiento.

Es entonces opinión de la Corte:

1. Que firmando la designación de Mr. Marbury, el presidente de los Estados Unidos lo designó como juez de paz para el condado de Washington en el distrito de Columbia; y que el sello de los Estados Unidos, también colocado allí por el secretario de estado es un testimonio concluyente de la autoridad de la firma y de la compleción de la designación; y que la designación le confirió un derecho legal al cargo por el espacio de cinco años.

2. Que, teniendo su título legal para el cargo, él tiene en consecuencia un derecho al nombramiento; una negativa a entregarlo es una violación lisa y llana de ese derecho, para lo cual las leyes de su país contemplan un remedio.

Falta considerar si:

3. El se halla habilitado para obtener el remedio al que acude.

Esto depende de:

- 1) La naturaleza del mandamiento a aplicarse, y
- 2) El poder de esta Corte.

1) La naturaleza del mandamiento

Blackstone en el tercer volumen de sus Comentarios, pág. 110, define al mandamus (mandamiento o auto de mandamus) como "una orden emitida en nombre del rey por la Corte del Banco del Rey, y dirigida a cualquier persona, sociedad o corte inferior o judicatura, dentro de los dominios del rey, requiriéndoles hacer alguna cosa en particular, que allí se especifica, la cual se relacione con su cargo y deber, y que la Corte del Banco del Rey haya determinado previamente, o al menos se suponga está de acuerdo a derecho y justicia".

Lord Mansfield, en 3 Burrows, 1266, en el caso del Rey vs. Baker et al. establece con mucha precisión y claridad los casos en los cuales se puede usar este mandamiento.

"Toda vez que" dice el luminoso juez, "hay un derecho a desempeñar un cargo, realizar un servicio, o hacer uso de una franquicia especialmente si ocurre en materia de interés público o que produzca provecho) y una persona es desposeída o despojada de ese derecho, y no tiene otro remedio legal específico, esta corte debe asistirle por medio de un mandamus, por razones de justicia, como expresa el mismo auto, y por razones de política pública, para preservar la paz, el orden y el buen gobierno". En el mismo caso dice: "Este auto debe ser usado en todas las ocasiones en que la ley no prevé un remedio específico, y donde, en justicia y buen gobierno debe existir uno".

Además de las autoridades ya citadas, se contó con muchas otras en el tribunal, que muestran hasta qué punto la práctica ha confirmado las mencionadas doctrinas generales.

Este mandamiento, si se concede, será dirigido a un funcionario público del gobierno, y su mandato con respecto a él será, usando las palabras de Blackstone, "para hacer una cosa particular, allí especificada, que corresponda a su cargo y deber, y que la corte haya determinado previamente o al menos se suponga hallarse de acuerdo con derecho y justicia". O con las palabras de Lord Mansfield, el peticionario, en este caso, tiene un derecho a desempeñar un cargo de interés público y se lo ha desposeído de ese derecho.

Claramente estas circunstancias concurren en este caso. Todavía, para que el mandamus suministre un remedio apropiado, el funcionario a quien se dirija debe ser alguien a quien, de acuerdo con los principios legales pueda ser el destinatario del mismo; y la persona que peticione debe hallarse sin ningún otro remedio legal específico.

1. Con respecto al funcionario a quien el auto será dirigido. La íntima relación política, sublatente entre el presidente de los Estados

Unidos y los jefes de departamentos, hace, necesariamente, que cualquier investigación legal de los actos de uno de aquellos altos funcionarios sea tan particularmente fastidiosa como delicada; y produce alguna vacilación con respecto a la propiedad de iniciar tal investigación. Frecuentemente se han recibido impresiones sin mucha reflexión o examen; y no es de asombrarse que en un caso como este, la afirmación, por un individuo, de sus pretensiones legales en una corte de justicia, a las cuales, la Corte tiene el deber de atender, fueran a ser consideradas por alguno, a primera vista, como un intento de inmiscuirse en el gabinete, e interferir con las prerrogativas del ejecutivo.

No es necesario que la corte rechace todas las pretensiones a tal jurisdicción. Una extravagancia tan absurda y excesiva no podría haber sido tomada en consideración ni siquiera por un instante. La corte es competente, sólo para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir como el ejecutivo a los funcionarios del ejecutivo cumplen los deberes en los cuales tienen poder discrecional. Cuestiones de naturaleza política, o que se hallan sometidas al ejecutivo por la constitución y las leyes, nunca pueden ser traídas a esta Corte.

Pero si no se trata de tal cuestión; si lejos de ser una intromisión en los secretos del gabinete, se refiere a un papel, el cual se halla archivado de acuerdo con la ley, y a una copia del cual la ley da derecho mediante el pago de diez centavos; si no hay intromisión en una materia sobre la cual puede considerarse que el ejecutivo haya ejercido algún control. ¿qué hay en la posición exaltada del funcionario público que pueda prohibir a un ciudadano alegar en una corte de justicia sus derechos legales, o pueda prohibir a una corte escuchar su pretensión, o emitir un mandamus por el cual se ordena la ejecución de un deber, independiente del poder discrecional del ejecutivo, pero sobre actos particulares del congreso y los principios generales de la ley?

Si uno de los jefes de departamento realiza un acto ilegal, bajo el amparo de su cargo, por el cual un individuo sufre una injuria, no puede pretenderse que sólo su cargo lo exima de ser demandado de acuerdo con los principios comunes del proceso, y de ser obligado a obedecer el juicio de la ley. ¿Cómo, entonces, puede su cargo eximirle de este particular modo de decidir sobre la legalidad de su conducta, si en el mismo caso, se autorizaría el proceso siendo la parte demandada cualquier otro individuo?

No es por el cargo de la persona a quien el mandamiento es dirigido, sino por la naturaleza del acto a ejecutarse, que debe ser determinada la propiedad o impropiedad de emitir un mandamus. Donde el jefe de un departamento actúa en un caso en el cual se ejercerá el po-

der discrecional del ejecutivo; en el cual él es un simple órgano de la voluntad ejecutiva; se repite nuevamente, que cualquier petición hecha a la corte para controlar su conducta, en cualquier aspecto, debe ser rechazada sin dudar.

Pero cuando la ley le ordena realizar cierto acto que afecte los derechos absolutos de los ciudadanos, en el cumplimiento del cual él no se encuentra bajo la dirección particular del presidente, y el cumplimiento del cual el presidente no puede prohibir legalmente, y además nunca se presumió que lo prohibiera; como por ejemplo, registrar un nombramiento, o una patente de tierra (patent for land) que ha recibido todas las solemnidades legales; o entregar una copia de ese registro; en tales casos, no se percibe por qué razón las cortes de este país se hallan nuevamente excusadas del deber de juzgar, ese derecho de un individuo perjudicado, que si los mismos servicios fueran a ser cumplidos por una persona que no fuera jefe de departamento.

No parece que sea esta la primera vez que esta opinión va a ser admitida en este país.

No debe olvidarse que en 1792 se pasó una ley ordenando al secretario de guerra colocar en la lista de pensiones a aquellos oficiales y soldados impedidos que las cortes de circuito le indicaran, tal ley, en lo que respecta al deber impuesto a las cortes, se juzgó inconstitucional; pero alguno de los jueces, creyendo que la ley podría ser ejecutada por ellos en el carácter de comisionados, procedieron a actuar y a informar en ese carácter.

Esta ley, al ser considerada inconstitucional en los circuitos, fue derogada y se estableció un sistema diferente; pero la cuestión de si esas personas a quienes los jueces, como comisionados, indicaron, tenían derechos, en consecuencia de esa indicación, a ser colocados en la lista de pensiones, era una cuestión legal, y podían las cortes determinarla con propiedad, aún cuando el acto de colocar a dichas personas en la lista fuera a ser realizado por el jefe de un departamento.

Para que esta cuestión pudiera ser correctamente determinada, el Congreso pasó una ley en febrero de 1793, haciendo un deber del secretario de guerra, en conjunto con el procurador general, el tomar las medidas que fueran necesarias para obtener una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la validez de alguno de esos derechos, pedidos en base a la ley mencionada.

Después que esta ley fue pasada, se instauró un mandamus, a ser dirigido al secretario de guerra, ordenándole colocar en la lista de pensión a una persona que declaraba hallarse en el informe de los jueces.

Hay, además, mucha razón para creer, que este modo de juzgar

el derecho legal del peticionario, fue considerado por el jefe de un departamento, y por el más alto funcionario de ley de los Estados Unidos, el más adecuado que pudo ser elegido para dicho propósito.

Cuando el asunto fue sometido a la corte la decisión fue, no que el mandamus no fuera dirigido al jefe de un departamento ordenándole el cumplimiento de un acto, contemplado por la ley, en cuya realización un individuo tenía interés absoluto; sino que no debe emitirse un mandamus en ese caso —la decisión debe tomarse necesariamente si el informe de los comisionados no confería un derecho legal al peticionario.

En ese caso se entiende que el juicio ha decidido sobre los méritos de todas las peticiones de esa especie; y las personas que se hallan en el informe de los comisionados, encontraron necesario seguir el modo prescrito por la ley subsiguiente a aquel que ha sido juzgado inconstitucional, con el objeto de colocarse en la lista de pensión.

Además, la doctrina que hemos adelantado ahora, no es, de ninguna manera, novedosa.

Es cierto que el mandamus ahora instaurado, no es para que se cumpla expresamente contemplado por estatuto.

Es para entregar un nombramiento; materia sobre la cual las leyes del congreso guardan silencio. No se considera que esta diferencia afecte el caso. Ya ha sido establecido que el peticionario tiene, con respecto a ese nombramiento, un derecho legal absoluto, del cual no puede privarlo el ejecutivo. El ha sido designado para un cargo, del cual no puede ser removido por voluntad del ejecutivo; y hallándose así designado, tiene un derecho al nombramiento que el secretario ha recibido del presidente para su uso. Ciertamente que la ley del Congreso no ordena al secretario de estado que se lo envíe, pero lo coloca en sus manos para la persona que resulte su titular; y no puede ser retenido por él con más derecho que por cualquier otra persona.

Al principio se dudó si la acción contra el detentador (*action of detinuer*) no era un remedio legal específico para el nombramiento que le había sido retenido al señor Marbury, en cuyo caso un mandamus sería impropio. Pero esta duda ha caído ante la consideración de que el juicio contra el detentador (*in detinuer*) es para la cosa misma, o su valor. El valor de un cargo público que no puede ser vendido, es de estimación imposible; y el peticionario tiene un derecho al cargo mismo e no tiene derecho a nada. El obtendrá el cargo mediante la obtención del nombramiento, o su copia que se encuentra en el archivo.

Entonces, esto es un típico caso de mandamus, ya para entregar el

nómbreamiento, ya para entregar una copia del mismo; y sólo puede preguntarse:

Si la corte puede emitirlo.

La ley para establecer las cortes judiciales de los Estados Unidos autoriza a la Corte Suprema "a emitir autos de mandamus en los casos justificados por los principios y usos legales, a todas las cortes designadas o personas en ejercicio de su cargo, bajo la autoridad de los Estados Unidos".

El secretario de estado, siendo una persona en ejercicio de un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos se halla precisamente dentro de la letra de la descripción; y si esta corte no está autorizada a emitir un auto de mandamus a tal funcionario, debe ser porque la ley es inconstitucional, y además absolutamente incapaz de conferir la autoridad, y asignar los deberes que sus palabras implican deben conferirse y asignarse.

La Constitución inviste todo el poder judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema, y en las cortes inferiores que el Congreso ordenará y establecerá de tiempo en tiempo. Este poder se halla expresamente extendido en todos los casos que se suscitan bajo las leyes de los Estados Unidos; y consecuentemente, de alguna manera, puede ser ejercido sobre el presente caso, porque el derecho peticionado se halla otorgado por una ley de los Estados Unidos.

En la distribución de este poder se ha declarado que "la suprema corte tendrá jurisdicción originaria en todos los casos concernientes a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en los cuales sea parte un Estado. En todos los casos restantes, la corte suprema tendrá jurisdicción apelada".

Se ha insistido ante los estrados que como la garantía originaria de jurisdicción es general para las cortes inferiores y supremas, y la cláusula que asigna jurisdicción originaria a la corte suprema no contiene palabras negativas ni restrictivas; subsiste en el Congreso el poder para asignar jurisdicción originaria a esa corte en casos diferentes a los especificados en el artículo que ha sido transcrito; es de incumbencia del poder judicial de los Estados Unidos proveer esos casos.

Se ha entendido dejar a la discreción de la legislatura el prorrateo del poder judicial entre las cortes inferiores y la suprema de acuerdo con la voluntad de aquel cuerpo, hubiera sido inútil, ciertamente, haber hecho algo más que definir al poder judicial, y a los tribunales en los cuales se investirá. La parte subsiguiente de la sección es puro excedente,

enteramente sin significado, si tal debe ser la construcción. Si el congreso queda en libertad de dar a esta corte jurisdicción apelada, donde la Constitución ha declarado que su jurisdicción será originaria; y jurisdicción originaria donde la Constitución ha declarado que deberá ser apelada; la distribución de jurisdicción hecha en la Constitución, es forma sin sustancia.

Frecuentemente las palabras afirmativas son, en sus efectos, negativas de otras cosas que aquellas que se afirman; y en este caso, les debe ser dado un sentido negativo o exclusivo, de otra manera no tendrían efecto alguno.

No puede presumirse se haya querido que alguna cláusula en la Constitución fuera ineficaz; y además, tal construcción es inadmisíble, a menos que las palabras la requieran.

Si la solicitud de la convención respecto a nuestra paz con los poderes extranjeros, causó una disposición de que la corte suprema debería tener jurisdicción originaria en los casos en que se supusiera pudieran hallarse afectados; aún así, la cláusula no habría procedido más allá que lo dispuesto para tales casos, si es que no se han querido más restricciones para los poderes del Congreso. No existe restricción por el hecho de que la corte debería tener jurisdicción apelada en todos los otros casos, con las excepciones que el Congreso pudiera hacer, a menos que se juzgara que las palabras son exclusivas de la jurisdicción originaria.

Cuando un instrumento que organiza fundamentalmente un sistema judicial lo divide en una corte suprema y tantas cortes inferiores como la legislatura pueda ordenar y establecer; entonces enumera sus facultades y procede luego a distribuir las, define la jurisdicción de la corte suprema declarando los casos en que debe tener jurisdicción originaria, y aquellos otros en que tendrá jurisdicción apelada, el simple significado de las palabras parece ser que, en una clase de casos la jurisdicción será originaria y no apelada; y en los otros será apelada y no originaria. Si alguna otra construcción tomara inoperante la cláusula, esa es una razón más para rechazar tal construcción, y para adherirse al obvio significado.

Para habilitar entonces a esta Corte a emitir mandamus, ello debe manifestarse como un ejercicio de jurisdicción apelada, o ser necesario habilitarla para ejercer jurisdicción apelada.

Ha sido establecido en los estrados que la jurisdicción apelada puede ser ejercida de diversas maneras, y que si es voluntad de la legislatura que un mandamus fuera usado con ese propósito esa voluntad de-

be ser obedecida. Esto es verdad; aún así la jurisdicción debe ser apelada, no originaria.

Es criterio esencial de la jurisdicción apelada, que por ella se revisa y corrigen los procedimientos en una causa ya instaurada, es decir, que no crea el caso. Aunque, luego, un mandamus puede ser dirigido a las cortes, aún así emitir tal auto a un funcionario para la entrega de un papel, es en efecto lo mismo que sustentar una acción originaria por ese papel, y por ello parece pertenecer a la jurisdicción originaria y no a la apelada. Tampoco es necesario en un caso como este permitir a la Corte ejercer su jurisdicción apelada.

Por ello, la autoridad dada a la corte suprema, por la ley que establece las cortes judiciales de los Estados Unidos, para emitir autos de mandamus contra funcionarios públicos no aparece garantizada por la Constitución; y se hace necesario preguntarse si una jurisdicción así conferida puede ejercerse.

La cuestión de si una ley repugnante a la Constitución puede convertirse en ley del país es una cuestión de mucho interés para los Estados Unidos; y, felizmente no presenta muchas dificultades. Parece que para decidirlo sólo es necesario reconocer ciertos principios que se supone han sido bien y largamente establecidos.

Que el pueblo tenga un derecho originario de establecer para su gobierno futuro tales principios, que en su opinión, conducirán a la mayoría a su propia felicidad, es la base sobre la cual ha sido erigido el edificio de toda América. El ejercicio de este derecho originario es un gran esfuerzo; no puede ni debe ser frecuentemente repetido. Por esto, los principios así establecidos se juzgan fundamentales, y como la autoridad de que proceden es suprema y rara vez puede actuar, se hallan destinados a ser permanentes.

Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno, y asigna a diferentes departamentos sus respectivos poderes. Ella podría detenerse allí; o establecer ciertos límites inuperables para aquellos departamentos.

El gobierno de los Estados Unidos está dentro de la última descripción. Los poderes de la legislación se hallan definidos y con límites no pueden ser equivocados ni olvidados, la Constitución está escrita. ¿Para qué propósito se han limitado los poderes y para qué propósito por escrito; si esos límites pueden ser en cualquier momento traspasados por aquellos a quienes se quiso limitar?

La diferencia entre un gobierno con poderes limitados y no limitados se ha abolido, si aquellos límites no confirman a las personas a

quienes se les impone, y si las leyes permitidas y las leyes prohibidas son de igual obligatoriedad.

Es una proposición demasiado simple para ser discutida, o la Constitución controla cualquier acto legislativo repugnante a ella: o la legislatura puede alterar la Constitución por una ley común.

Entre estas alternativas no hay posibilidad intermedia. La Constitución es o una ley superior, principalísima, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como otras leyes, es alterable cuando a la legislatura le parece.

Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley si la última parte es verdad, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, de limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han forjado constituciones escritas han contemplado que formarían la ley suprema y fundamental de la nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, repugnante a la Constitución, es nula.

Esta teoría se halla esencialmente agregada a una constitución escrita y consecuentemente debe ser considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Por ello esto no debe perderse de vista en la siguiente consideración de este tema.

¿Si una ley de la legislatura, repugnante a la constitución, es nula, puede ella, no obstante su invalidez comparecer a las cortes y obligarlas a darle efectividad?

O, en otras palabras, aunque no sea ley, ¿Constituye una norma con la misma efectividad que si fuera ley? Esto sería para echar abajo en la práctica lo que se ha establecido en teoría; y parecería a primera vista un absurdo demasiado grande para insistir en él. Sin embargo, deberá recibir una consideración más atenta.

Constituye enfáticamente un deber del poder judicial y es de su competencia, decir lo que la ley es. Aquellos que aplican la norma a casos particulares deben necesariamente explicar e interpretar dicha norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, las cortes deben decidir cual es la efectiva.

Así si una ley se opone a la constitución: y ambas, la ley y la constitución se aplican a un caso particular, la corte debe o bien decidir el caso conforme a la ley dejando de lado la constitución, o bien conforme a la constitución dejando de lado la ley: la corte debe determinar cual

de estas normas en conflicto rige el caso. Esto es de la misma esencia del deber judicial.

Entonces, si las cortes deben contemplar la constitución y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la constitución, y no tal ley ordinaria debe regir el caso al cual ambas se aplican.

Entonces, aquellos que controvierten el principio de que la constitución debe ser considerada por la corte como ley suprema, se ven en la necesidad de sostener que las cortes deben cerrar los ojos a la constitución y ver sólo la ley.

Esta doctrina subvertiría el fundamento mismo de todas las constituciones escritas. Declararía que una ley que, conforme con los principios y teoría de nuestro gobierno es completamente nula, es aún así, en la práctica, completamente obligatoria. Declararía que si la legislatura hiciera lo que está expresamente prohibido, tal ley, no obstante la prohibición expresa, es en realidad efectiva. Se estaría dando a la legislatura una omnipotencia real y práctica con el mismo aliento que profesa restringir sus poderes dentro de estrechos límites. Se prescriben límites y se declara que esos límites pueden excederse a voluntad.

De este modo se reduce a nada lo que hemos juzgado como el más grande logro en materia de instituciones políticas una constitución escrita debería ser suficiente por sí misma en América donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la construcción. Pero las peculiares expresiones de la constitución de los Estados Unidos suministran argumentos adicionales en favor de su rechazo.

El poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que se suscitan bajo la constitución.

¿Pudo haber sido la intención de aquellos que confirmaron este poder, decir que, en su uso, la constitución no debería ser examinada? ¿Que un caso surgido bajo la constitución debería decidirse sin examinar el instrumento bajo el cual surge?

Esto es demasiado extravagante para sostenerse.

Entonces, en algunos casos la constitución debe ser examinada por los jueces. ¿Y si ellos pueden abrirla totalmente, que parte de ella se les prohíbe leer u obedecer?

Hay muchas otras partes de la constitución que sirven para ilustrar este tema.

Se ha declarado que "No deberá imponerse ningún derecho de aduana o impuesto sobre artículos exportados de cualquier estado". Supongamos un derecho de aduana sobre la exportación de algodón. ¿Debe

juzgarse tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la constitución y ver únicamente la ley?

La constitución declara que "No será pasada ninguna ley que condene a individuos por traición (bill of attainder) o ley ex post facto".

¿Sí, a pesar de ello, tal ley fuera pasada y una persona debiera ser procesada bajo ella, debe la corte condenar a muerte a aquellas víctimas que la constitución intenta preservar?

"Nadie" dice la constitución "será convicto de traición sino con el testimonio de por lo menos dos testigos del hecho criminoso o por confesión en tribunal público".

Aquí el lenguaje de la constitución está dirigido especialmente a las cortes. Se prescribe, directamente para ellas, una regla de evidencia para que no se aparten de ella. ¿Si la legislatura cambiara esa regla y se declarará que un testigo o una confesión fuera de la corte son suficientes para ser convicto, debe el principio constitucional ceder al acto legislativo?

De estas y muchas otras selecciones que podrían hacerse, es evidente que los forjadores de la constitución contemplaron a este instrumento como una regla para el gobierno tanto de las cortes como de la legislatura.

Porqué también ordena a los jueces prestar juramento para apoyarla?

Este juramento ciertamente se refiere, de una manera especial, a su conducta en su carácter de funcionario. ¿Que inmoral imponérselo, si ellos fueran a ser usados como instrumentos, e instrumentos conscientes, para violar lo que juraron apoyar!

Además, el juramento de cargo, impuesto por la legislatura, es completamente demostrativo de la opinión de la legislatura en esta materia. Estas son sus palabras: "Juro solemnemente que administraré justicia sin distinción de personas, y conceder igual derecho al pobre que al rico; y que cumpliré fiel e imparcialmente todos los deberes que me incumben de acuerdo con mi mejor capacidad y entendimiento, conformemente con la constitución y las leyes de los Estados Unidos".

¿Porqué jura un juez cumplir sus deberes conformemente con la constitución de los Estados Unidos, si esa constitución no concibe regla para su gobierno? Si está cerrada para él y no puede ser analizada por él.

Si tal fuera el estado real de cosa, esto es peor que una burla solemne. Prescribir, o prestar este juramento constituya, igualmente, un crimen.

Tampoco es enteramente indigno de observación que, al declararse cual será la ley suprema de la nación, la misma constitución es la primera en mencionarse, y no las leyes de los Estados Unidos en general, sino que tienen ese rango sólo aquellas que serán hechas en cumplimiento de la constitución.

En estos términos, la peculiar fraseología de la constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas, que una ley repugnante a la constitución es nula, y que las cortes, tanto como otros departamentos se hallan legalmente obligados por ese instrumento.

La regla debe ser cumplida.

ESCRITOS JUDICIALES

INTERDICTO DE OBRA NUEVA. MEDIDAS DE NO INNOVAR.
HABILITACION DE DIA Y HORA.

Por RICARDO D. J. BALLESTERO BARRUTI

Señor Juez:

Don _____, con domicilio real en la Avenida Gral. Paz N° _____, constituyendo el legal en la calle Juncal N° _____ (Estudio del Dr. _____), que nos patrocina, quien a los fines de la ley arancel, lo constituye en el mismo lugar, a V. S. digo:

I. — Que promuevo interdicto de impedir obra nueva (art. 563, inc. 4° del Cód. de Ptos.), y para que se paralizen las obras que vienen realizándose e indicaremos más adelante, contra _____, con domicilio en esta Capital, en la calle Ombú N° _____, solicitando se haga lugar al mismo, con costas.

II. — Fundo la presente acción en las consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer:

Que arrendé al señor _____, el 1° de noviembre de 1958 en la finca de su propiedad, ubicada en Av. Chivilcoy N° _____ esquina Pasaje Altamira, un local existente en la ochava de la casa, con frente a la esquina, para instalar en él un negocio de venta de cigarrillos, artículos de librería, revistas, etc. La locación aludida comprendía el uso de las instalaciones sanitarias existentes en la casa y el suministro de energía eléctrica. Que el acceso al local lo era por la puerta de entrada de la casa, a través de un patio, habiéndosle entregado la llave de aquella, al firmar el contrato. Acompañé el mismo y el correspondiente recibo de locación del mes de julio próximo pasado. El negocio aludido se encuentra inscripto en la Municipalidad de la Capital, agregando la respectiva fotocopia del permiso correspondiente por encontrarse el mismo colocado en el local a que hizo mención.

Sin inconvenientes de ninguna naturaleza se desarrolló la locación hasta el mes próximo pasado en el que recibí el original telegrama que

acompañó, "Rechusándose desalojar kiosco y recibir \$ 4.000 procederé judicialmente. A su cargo serán traternos y mayores riesgos por construcción. —————, propietario. Colaciónese".

Que restó trascendencia al mismo por encontrarse al amparo de las leyes vigentes en esta materia y creer absurda la pretensión de ————— de que en forma espontánea y gratuita desalojara, de la noche a la mañana, el local que ocupó, que es mi único medio de vida y el de mi familia.

Pocos días después, —————, resuelto a cumplir sus designios, o sea, "hacerse justicia por sí mismo", y avasallando mis derechos, inició con algunos obreros, trabajos de demolición de la casa, que rodeó con alto cerco de tablonés. De inmediato y llevando a cabo el anuncio que formulara en el telegrama precedentemente aludido, sacó la puerta de calle y comenzó la demolición del cuarto donde se encuentran las instalaciones sanitarias y retirando del mismo los artefactos correspondientes, previo corte de la luz eléctrica y dejando frente al mostrador del local el espacio indispensable para no obstruir en forma total el acceso de público al mismo, pero, encajonado por los tablonés con grave perjuicio para su comercio que ha visto en forma inmediata, disminuir la afluencia de público.

Que los trabajos de demolición de la obra existente, el desmantelamiento de las instalaciones aludidas y el retiro de la puerta de calle; el cercamiento con tablonés de la finca, la interrupción del suministro de energía eléctrica y la prosecución de los trabajos iniciados que "prima facie" se reconocen en el telegrama acompañado importan turbación del derecho de locatario que invoco, que aumentará y se agudizará con la prosecución de los trabajos, viéndose así privado de ejercer su actividad comercial con la plenitud correspondiente por los actos arbitrarios e injustificados de la contraparte.

III. — Que el interdicto ampara la posesión cualquiera sea su naturaleza, desde que nadie puede turbarlo arbitrariamente (art. 2469 Cód. Civil), pues nadie puede hacerse justicia por sí mismo; por consiguiente puede ser intentado por el simple tenedor y con mayor razón cuando la tenencia se funda en un título, como sería el contrato de locación (Conf. Abina, Tratado, III-468).

IV. — El interdicto procede contra el autor material de la turbación, aunque él pretenda haber obrado en interés y por orden de un tercero, según resulta de la nota del codificador, al art. 2482, del Cód. Civil.

V. — Como enseña Albina, obra citada, pág. 490, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2509 del Cód. Civil y 585 del Cód. de Ptos., al deducir el interdicte el actor puede solicitar la suspensión de los trabajos mediante una orden de no innovar. Para ello basta que el actor lo solicite bajo su responsabilidad, sin que proceda caución alguna. Tal medida es imperativa para el Juez y no queda librada a su prudente arbitrio en cada caso.

V. — Por ello se solicita la inmediata paralización de la demolición iniciada, causante de la turbación a fin de que el accionante pueda efectivizar sus derechos de ejercer el comercio del local arrendado, sin inconveniente ni desmedro alguno, tanto ahora como en el futuro. Pido habilitación de día y hora para el cumplimiento de la medida de no innovar requerida.

VII. — Prueba. Se tenga presente que ofrezco la siguiente prueba:

- a) Instrumental. El contrato de locación y telegrama acompañados, a los cuales se ha hecho referencia precedentemente.
- b) Confesional. Se citará al demandado a absolver posiciones y reconocer firmas y documentos, a tenor del interrogatorio que oportunamente se presentará, todo ello bajo apercibimiento de ley.
- c) Testimonial. Se cite a los siguientes testigos:
_____, domiciliado en Chivilcoy N° _____, estado civil casado, profesión comerciante.
_____, domiciliado en Av. Libertador N° _____, estado civil soltero, profesión comerciante.
_____, domiciliado en España N° _____, estado civil casado, profesión empleado.
- d) Pericial. Se designe perito de oficio para que, constituyéndose en el local arrendado por la actora informe: si como consecuencia de la demolición aludida y tabloncitos colocados, al fin que oportunamente se indicara, el normal acceso de público y mercaderías al local se encuentra impedido o dificultado seriamente. Si se ha retirado la puerta de acceso aludido y los artefactos sanitarios como se manifestara.
- e) Inspección ocular. Dada la importancia del perjuicio que ocasiona y ocasionará la situación existente solicito una previa inspección ocular de V. S. antes del traslado correspondiente.

VIII. — 1° Se me tenga por presentado, por parte y constituido el domicilio.

2º) Se agregue la documentación acompañada, reservándola en la Caja de Hierro del Juzgado, a cuyo efecto se acompañan fotocopias.

3º) Se haga lugar a la suspensión de los trabajos mediante la orden de no innovar en la forma requerida en los puntos V y VI de este escrito.

4º) Dada la importancia de la pericia solicitada en el punto VII, letra d) y sin perjuicio de su reiteración con el contralor de la contraria, pido que preventivamente se designe de oficio perito ingeniero o arquitecto, con habilitación de día y hora para que se espida de acuerdo a los puntos indicados.

5º) Se convoque oportunamente a juicio verbal (art. 575 del Cód. de Proc.).

6º) Se tenga presente que se reservan las acciones legales para reclamar daños y perjuicios.

7º) En su momento, V. S. haga lugar al interdicto interpuesto con expresa imposición de costas.

Proveer de conformidad.

SERA JUSTICIA.

UNIVERSITARIAS

TEMAS DE PEDAGOGIA JURIDICA
DIALOGO CON EL PROFESOR ANDRE TUNC.
SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN FRANCIA.

Por JOSE DOMINGO RAY

I

Desde las columnas de la Revista Jurídica de Buenos Aires, en el año 1957, comentando la obra del Profesor Charles Eisenmann sobre la enseñanza del derecho, destacamos que uno de los puntos más importantes que debían encararse en esta Facultad era la reforma del régimen de enseñanza y promoción, al igual que el plan de estudios¹.

A pesar del tiempo transcurrido y de la experiencia que se ha realizado con el nuevo sistema de cursos de "Promoción por concepto", consideramos que no se ha encarado la transformación que es necesario intentar en nuestra Facultad y hemos sugerido a la dirección de la Revista que se dedique esta sección al tema "Pedagogía jurídica".

Existe la esperanza de que los profesores de esta casa de estudios utilicen las columnas de esta Revista para formular sugerencias y suministrar toda la información que crean útil y las experiencias que recojan o conclusiones a que lleguen, en materia de pedagogía jurídica.

II

Sin perjuicio de enviar algunas colaboraciones que tenemos proyectadas para los próximos números, en éste creemos oportuno publicar el diálogo que mantuvimos acerca de la enseñanza del derecho en Francia, con uno de los más distinguidos profesores de la Universidad de París.

Nos referimos al Profesor André Tunc que visitó la República Ar-

¹ Véase CHARLES EISENMANN: "Les Sciences Sociales dans l'enseignement supérieur". Droit. Relación del Prof. Eisenmann, de la Universidad de París, en nombre del Comité Internacional de Derecho Comparado. UNESCO, Ginebra, 1954. Nuestra revista fue publicada en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1957. Año II.

gentina en el mes de Julio ppto. y tuvo la gentileza de contestar a un cuestionario que le formulamos de más de 20 preguntas y cuyas contestaciones reproducimos.

André Tunc fue profesor en la Facultad de Derecho de Grenoble, actualmente lo es en la de París y durante unos años residió en E.E.U.U., publicando en colaboración con su esposa, Suzanne Tunc, una obra sobre "El derecho de los E.E. UU.". Esta obra le valió a sus autores el premio consagrado por la "American Association for the comparative study of Law" y el Dupin Aínd de 1956 instituido por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París, al mejor trabajo realizado en Francia en un período de 3 años.

Es absolutamente innecesario destacar la obra del Profesor Tunc en materia jurídica. A partir de 1957 actualizó los 3 tomos de la obra de Henri y Leon Maxson sobre responsabilidad civil, que alcanzó así su 5ª edición y está siendo traducida al castellano; ha publicado numerosos trabajos y entre nosotros pronunció dos conferencias sobre el control del accionista en la sociedad anónima, una en el Colegio de Abogados y otra en la Facultad de Derecho. También disertó en la Asociación Argentina de Derecho Comparado acerca de la importancia del contrato social y jurídico comparatista, y, puede decirse, que el Profesor Tunc es de aquellos profesores franceses que más se han preocupado por el problema de la enseñanza del derecho y los planes de estudio.

Como complemento de esta publicación se incluye una síntesis del Decreto de 1962, al que se refiere el Prof. Tunc y dos trabajos en los que expone su opinión sobre la reforma efectuada en Francia en 1954 acerca de los planes de estudio y métodos de enseñanza.

Los dos trabajos han sido traducidos por el ex-profesor de la Facultad de Buenos Aires y actual Ministro de la Suprema Corte, Dr. Pedro Aberastury.

En el primero titulado "Salir del neolítico" el profesor Tunc aboga por un estudio más acorde con la realidad de la vida moderna y en el segundo aclara su pensamiento y refuta las críticas que le formularon algunos colegas franceses, después de la publicación del primero.

Agradecemos a los abogados Enrique H. Fijler y Jorge Martínez Favini por su colaboración para la grabación y reproducción del diálogo así como la información que este último nos ha dado¹.

¹ El Dr. Enrique H. Fijler grabó el diálogo y nos hizo llegar su reproducción textual. El Dr. Martínez Favini preparó su traducción y complementó la información que nos dió el profesor Tunc, con aclaraciones de interés. Entre ellas cabe señalar las referentes al Decreto de 1962, última modificación que se ha hecho en Francia sobre el tema y cuya síntesis se incluye.

A) PLAN DE ESTUDIOS VIGENTE EN FRANCIA

Ante todo, debe distinguirse entre los estudios para obtener la "licencia" y los estudios para el "doctorado".

La "licencia" es condición necesaria para ejercer la abogacía¹ o magistratura; en cambio, el "doctorado" supone estudios más especializados y profundos, que confieren una mejor formación jurídica, pero que no son necesarios para el ejercicio de una profesión.²

Antes de 1954 los estudios para obtener la licencia se hacían en tres años. En 1954 se decidió extender su duración para ampliar el programa. Ahora se realizan en cuatro años.

En 1954 se pensó que los dos primeros años serían comunes para todos nuestros estudiantes, quienes luego del segundo año, tendrían que elegir entre tres secciones: la de Derecho Privado, la de Derecho Público y la de Economía Política. Esta última, en razón de que en Francia, como en algunos otros países, la Economía Política es enseñada en las Facultades de Derecho.

¹ El "avocat" se limita —en principio— a realizar funciones equivalentes a las de los procuradores. Sin embargo, esas funciones han ido en aumento, al punto de existir proyectos en Francia para unificar ese título profesional con el de "avocat". A este último le están reservadas todas las presentaciones de fondo (plaidoiries). La profesión de "avocat" está reglamentada por Ordenanzas de las cuales las más importantes son las del 28 de junio y 2 de noviembre de 1905 y el Decreto del 19 de diciembre de 1945 y son nombradas por resolución del Ministro de Justicia.

² Es necesario señalar que la obtención de "la licencia" no habilita para el ejercicio profesional de la abogacía ante los Tribunales. Esto se encuentra reglamentado por las leyes del 25 de junio de 1941 y 3 de abril de 1954 y por los decretos del 15 de octubre y 7 de diciembre de ese mismo año, que instituyen como requisito la obtención de "un certificado de aptitud para ejercer la profesión de abogado".

La obtención del certificado supone haber seguido una serie de cursos y de ejercicios prácticos y haber rendido las correspondientes pruebas.

Algunas de esas pruebas se refieren al papel del abogado en la organización judicial francesa, legislación que rige la profesión y derecho comparado, interrogatorios sobre las reglas de la práctica y la ética profesional, preparación de antecedentes, técnica de la consulta y de la preparación de demandas, etc.

El Jurado que verifica la aptitud para el ejercicio profesional está compuesto por:

a) El Presidente, que es un profesor de la Facultad de Derecho designado por el Decano; b) Un profesor o adjunto (agrégé) de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas, designado por el Decano; c) Un magistrado designado por el Decano, de los propuestos por la Corte de Apelaciones reunida en pléno; d) Dos abogados designados por el Decano, a propuesta del Consejo de la Orden de Abogados inscriptos ante la Corte de Apelaciones; e) Un "avocat" de 1^{ra} Instancia designado por el Decano, a propuesta de la Cámara Departamental de 1^{ra} Instancia.

Luego, se buscó otorgar aún más autonomía a los estudios de Economía Política y vincular los estudios de Derecho Privado y los de Derecho Público, procediendo a una verdadera especialización sólo en el cuarto y último año¹.

También se debe señalar que desde 1954 la enseñanza se presenta bajo dos aspectos. Se han mantenido las clases magistrales de los profesores, pero se han agregado, a título obligatorio, trabajos o ejercicios prácticos que complementan la enseñanza del profesor.

1^a — *¿Se trata de formar al futuro egresado para el ejercicio de la profesión o también con una formación preferentemente científica?*

El objetivo de nuestras Facultades no es simplemente formar personas aptas para ejercer la profesión de abogado, escribano o magistrado, sino formar juristas y hombres de ciencia, personas que tengan esencialmente una buena preparación jurídica y sean capaces de tomar una posición personal frente a los problemas, de discutir la opinión de los demás y de captar por sí mismos el sentido de las reglas en temas que no hayan sido estudiados en la Facultad, lo que no obsta por otra parte a que tratemos de cubrir lo más ampliamente posible la enseñanza del Derecho positivo.

No desconocemos tampoco la formación profesional, pero la consideramos como algo accesorio. Tenemos una óptica más bien "científica" que "profesional".

2^a — *¿Hay cursos obligatorios y cursos optativos en la primera y segunda parte del ciclo de estudios?*

La pregunta es bastante compleja porque tenemos, a la vez, cursos obligatorios y cursos optativos.

El semestre es, en cierto modo, la unidad de trabajo y consiste en un curso de tres horas por semana durante seis meses.

a) En primer año, sobre diez cursos², ocho son obligatorios para todos los inscriptos y dos son reservados para los candidatos a la licencia.

¹ Ver el artículo siguiente sobre "La licencia en derecho" resumiendo el Decreto de 1962 y el comentario de Louis Tréabas, Profesor de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Aix-en-Provence y Marsella. Con respecto al ciclo de especialización en derecho privado o en público y ciencia política, Tréabas informa que estadísticamente de cada 10 egresados, 3 se inscriben al ejercicio profesional o la carrera judicial y los 8 restantes se distribuyen entre el desempeño de la función pública o de cargos en empresas.

(El nuevo régimen de la licencia en Derecho, en *Revue* Dalloz, 1962, cuad. 34).

² Traducimos y empleamos el término "curso" como equivalente a "semestre".

en Derecho o para los candidatos a la licencia en Ciencias Económicas. Esto es lo concerniente a la enseñanza teórica.

En lo que respecta a los trabajos prácticos, el estudiante debe elegir dos materias entre cinco posibles. Es decir, para los trabajos prácticos que acrecentarán la formación técnica y especialmente la formación profesional del estudiante, existe una mayor libertad que para la enseñanza teórica.

b) En segundo año, refiriéndonos solo a los estudiantes de Derecho todos los cursos son obligatorios. Para los trabajos prácticos hay que elegir dos materias entre cuatro de las que se establecen como elegibles.

c) En tercer año, seis cursos son comunes y obligatorios para todos los estudiantes y se pueden elegir cinco cursos entre un gran número de materias.

Sin embargo, la libertad no es total. Se exige a los estudiantes que tres de los cinco cursos que elijan formen un conjunto de *Derecho Privado* o de *Derecho Público*. Así por ejemplo, si se elige "Derecho Civil" va incluido también "Derecho Judicial Privado", y si por ejemplo se elige *Derecho Internacional Público*, también va incluido *Derecho Administrativo*.

Los otros dos cursos para totalizar los 5 optativos pueden elegirse libremente.

En lo concerniente a trabajos prácticos la elección continúa siendo de dos materias sobre un total de cuatro, como ya señalamos.

d) En cuarto año existe mucha más libertad y posibilidad de opción para los estudiantes.

La enseñanza se divide en dos partes:

La primera culmina con el otorgamiento de un certificado de "Derecho Privado" o un certificado de "Derecho Público". (En cada uno de esos certificados la opción es muy reducida).

La segunda se compone de cinco cursos y el candidato debe elegir entre las materias del certificado de "Derecho Privado" o "Derecho Público" que no eligió en la primera parte, o también entre las materias enseñadas en tercero o cuarto año de la "licencia" para el ciclo de "Ciencias económicas".

Reconocemos que puede ser útil para un jurista, cuya actividad profesional se oriente hacia el Derecho Privado o hacia el Derecho Público, realizar estudios de Economía Política más profundos que los que ha podido hacer en primero y segundo año. Debemos señalar, además, que las enseñanzas de la segunda parte del cuarto año y el examen co-

responderles, pueden ser reemplazados por estudios realizados en algunos Institutos que funcionan en la Universidad. (Institutos Judiciales; de Derecho aplicado a los negocios; de Derecho Comparado, etc.).

Los estudios en esos Institutos otorgan una formación especializada perfectamente válida y se justifica que el estudiante que ha seguido esos cursos sea dispensado de los cursos y de los exámenes correspondientes a la segunda parte del cuarto año.

P — ¿Cómo se preparan los programas en materias obligatorias, por ejemplo en Derecho Civil?

En realidad el Gobierno, la Administración Pública, sanciona, a propuesta de las Facultades de Derecho, los programas específicos de los cursos.

El profesor no desarrolla siempre íntegramente el curso, o, en todo caso, no lo hace con igual profundización. Suele a veces pasar rápidamente sobre ciertos temas para poder profundizar otros. Sin embargo, la regla es que el curso se desarrolle íntegramente, por lo menos para la "licencia", porque en el "doctorado" el profesor elige el tema y lo trata con el grado de profundidad que desea.

Teniendo en cuenta la contestación al punto 1º de este primer párrafo, se hace referencia a aspectos históricos de los institutos cada vez que se considera necesario y, por supuesto, se estudian las normas legales, la jurisprudencia y la doctrina. Eventualmente se hacen referencias de Derecho Comparado.

B) SISTEMA DE PROMOCION

1º — ¿El examen es por materias o en conjunto, un examen final por cada año?

El sistema de exámenes es bastante complicado en razón de que es necesario tener en cuenta la dualidad de la enseñanza, que comprende al mismo tiempo una enseñanza teórica y trabajos prácticos. El examen incluye dos series de pruebas: las escritas y las orales¹.

a) PRUEBAS ESCRITAS.

La primera prueba escrita versa sobre la enseñanza práctica. Se toma sobre una de las dos materias elegidas por el alumno para los trabajos prácticos del año.

¹ Ver artículo indicado nota 5.

La segunda prueba versa sobre una de las materias no elegidas para los trabajos prácticos. Esta materia es indicada por el Decano y no se da a conocer previamente a los alumnos.

De lo expuesto se deduce que el candidato que se presenta al examen sabe que deberá escribir sobre una materia de las que ha elegido para realizar los trabajos prácticos y sobre otra entre las que debió estudiar, sin que sepa de antemano cual de ellas será la indicada por el Decano.

b) PRUEBAS ORALES.

El estudiante que ha obtenido el promedio requerido como mínimo en las dos pruebas escritas puede presentarse a rendir las pruebas orales algunos días más tarde.

Estas pruebas comprenden todas las materias que no han sido objeto del examen escrito. El jurado o tribunal examinador delibera muy rápidamente luego de rendidas las pruebas orales y el candidato que obtiene el promedio mínimo es promovido al año superior. Si no obtienen ese promedio, el jurado considera especialmente el caso, examinando sus antecedentes y las calificaciones obtenidas durante la realización de los trabajos prácticos; cuando a algún examinando le faltan algunos puntos y se comprueba que sus antecedentes son buenos y que ha trabajado bien durante el año, se le da por aprobado el examen.

No se puede pasar de un año a otro sin haber aprobado este examen. Para rendirlo hay dos turnos: uno en los meses de junio y julio y otro en el mes de octubre.

2º — *¿Se exige un "examen final" antes de obtenerse el grado de "licenciado"?*

La licencia en Derecho se otorga a quienes han aprobado el examen de cuarto año. No se exige un examen final*.

3º — *El examen final, después de cumplido el curso, ¿es el único criterio que determina la promoción?*

No; se tienen en cuenta los resultados de los trabajos prácticos calificados durante el año. Los antecedentes de cada estudiante se presentan al tribunal examinador, que los estudia muy seriamente si el estudiante ha obtenido una nota inferior al promedio indispensable para la promoción.

Sería deseable que se tuvieran más en cuenta los trabajos realizados durante el año. Pero las dificultades son grandes en la Facultad de París dado el gran número de estudiantes.

* Ver la exigencia del certificado a que se hace referencia en la nota 4.

3^o — *¿La concurrencia a clase es libre u obligatoria?*

Teóricamente, los cursos deben ser seguidos por los estudiantes, pero prácticamente no hay ningún control y los estudiantes son libres de seguirlos o no.

De hecho, un gran número de estudiantes siguen los cursos. En París, concurren un poco más de la mitad, en lo que respecta a la mayor parte de cursos. En las provincias, la proporción de asistencia es mayor.

C) SISTEMA DE ENSEÑANZA TEÓRICA Y PRÁCTICA.

1^o — *Sistema de clases magistrales o con intervención activa del estudiante.*

Como se ha indicado, la enseñanza teórica se complementa con un régimen de trabajos prácticos. El profesor tiene a su cargo la organización de los trabajos prácticos. Así, por ejemplo, se les muestran a los estudiantes ciertos documentos para darles una "vivencia" del funcionamiento de ciertos institutos de Derecho Comercial. En materia de Sociedades se les presentan los estatutos, la inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio, se les hace leer actas de asambleas generales y ellos las reproducen o presentan documentos similares, discutiendo sus cláusulas, sus efectos, en las clases dictadas por los encargados de trabajos prácticos. A menudo también los trabajos prácticos consisten en la discusión de fallos, otras veces en ejercicios de carácter procesal, redacción de demandas entre dos estudiantes sobre la base de un caso concreto o de un caso imaginado por el profesor¹¹.

Este sistema de trabajos prácticos funciona muy bien en las Facultades de las provincias. En general, creo que casi todos los profesores y

que el examen final no sea el único criterio que determina la promoción y que tampoco pueda acceder al mismo cualquier alumno que lo desee, sin haber acreditado un mínimo de preparación, salvo casos excepcionales.

Es conveniente y debe distinguirse entre el sistema "regular" de un curso y el "libre", siempre que no exista discriminación para poder inscribirse como regular.

¹¹ En nuestra Facultad es un sistema anacrónico la distinción entre la enseñanza práctica en forma independiente de las cátedras.

A pesar de la coincidencia de los profesores, de los egresados y de los alumnos al respecto, no se encara la reforma.

El criterio que propugnamos de que la enseñanza sea teórico-práctica y los jobs de Trabajos Prácticos se incorporen a las distintas cátedras, no implica lesión para nadie porque todos los docentes que forman parte del Instituto de Enseñanza Práctica podrían incorporarse a las cátedras de su preferencia, y las de Derecho Procesal deben contar con un número suficiente para realizar una labor intensa, especialmente para la práctica profesional tribunalesca.

casi todos los estudiantes de Provincia están muy satisfechos con los trabajos prácticos.

En Parí no podemos estar igualmente satisfechos. El número de estudiantes nos obliga a tener muchos jefes de trabajos prácticos que se reclutan entre los aspirantes al cargo de profesor, entre magistrados, abogados o personas que están en los negocios y que tienen una cierta experiencia jurídica.

Todos no son buenos jefes de trabajos prácticos. Algunos tienen buenos conocimientos, pero carecen de sentido pedagógico; otros tienen a veces conocimientos suficientes. Hacemos las cosas lo mejor posible y me apenaría desacreditarlos, pues la mayoría trabaja con competencia y con una gran conciencia, pero es cierto que todos los grupos no son iguales y que el trabajo que se realiza, en algunos de ellos, no resulta muy útil para los estudiantes.

No advertimos claramente cómo podrían mejorarse los trabajos prácticos en sí, hasta que se recurrió al sistema de "monitores". Desde hace varios años se ensayó tomar estudiantes de primer año haciéndolos trabajar en pequeños grupos de 10, con monitores que los conducen de una manera más o menos permanente, les enseñan cómo trabajar, cómo buscar jurisprudencia y discuten con ellos, casi individualmente, los distintos fallos que se les recomiendan o se les hace buscar. Hemos podido constatar los resultados excelentes que ha dado este sistema de monitores.

En especial, siempre nos sentíamos muy desilusionados con los resultados de los exámenes de primer año. Nos causaba una gran preocupación verificar que al final del primer año cerca de las tres cuartas partes de nuestros estudiantes fracasaban en el examen. Es cierto que muchos estudiantes trabajaban relativamente poco, pero en conjunto nos pareció que lo hacían razonablemente bien y que tenían buenas aptitudes. Por ello aquella comprobación fue motivo de preocupación y hasta de cierto remordimiento de nuestra parte. Por cierto, ese hecho se debía a que los estudiantes no estaban habituados a la enseñanza superior pues egresaban directamente del liceo.

Por la razón señalada, hicimos en primer año la experiencia de designar "monitores". Comprobamos, entonces, que en los grupos a cargo de "monitores" la proporción se invertía, siendo lo más frecuente que por lo menos las tres cuartas partes de los alumnos aprobaran sus exámenes. En ciertos grupos se llegó a obtener un total de 100% de aprobados.

Estas circunstancias determinaron que el Decano Vedel realizara un gran esfuerzo para desarrollar la actividad de los monitores. Desde el

año pasado obtuvo del Ministerio el nombramiento de un gran número de monitores, comprobándose nuevamente el éxito del método. Para el año próximo, ha solicitado la designación de 100 monitores, de manera, que un gran número de estudiantes o la mayoría de ellos podrán ser dirigidos por estos auxiliares de docencia. El objetivo es llegar a que todos los estudiantes de primer año trabajen en pequeños grupos de 10 con ayuda de un monitor.

Tenemos entonces tres niveles de enseñanza: la enseñanza académica, dada por un profesor en cada materia; la enseñanza más cercana a los estudiantes, impartida por los encargados de trabajos prácticos y, finalmente, la orientación cotidiana dada en cierta manera por los monitores. Y esta última no parece ser la menos importante.

2º — *Utilización de los sistemas del "Case Method" o del "Problem method".*

Personalmente, sería muy partidario de un empleo más amplio de los métodos activos utilizados corrientemente en Inglaterra y en los Estados Unidos y llegar a la discusión de fallos o de problemas. Pero me parece necesario establecer una distinción entre los primeros años de estudio, por ejemplo, los dos primeros y los últimos.

Durante los primeros años de estudio, creo que nuestro método de enseñanza académica es muy útil y no presenta mayores inconvenientes. El pensamiento jurídico tiene una característica original: no es exactamente como el pensamiento matemático ni como el pensamiento literario sino que participa un poco de los dos. Supone a la vez el espíritu geométrico —tomando la terminología de Pascal— y el espíritu de finca. Ciertamente que al principio es inútil pretender hacer razonar al estudiante por sí mismo. La mejor formación que puede recibir es la de escuchar a un gran profesor y observar su manera de razonar, formándose así para el razonamiento jurídico. El método académico me parece entonces bueno, más aún, por estar acompañado de trabajos prácticos y la guía de monitores.

Por el contrario, a partir del momento en que los alumnos han realizado dos años de estudio, me temo que el profesor que dicta un curso académico pierde gran parte de su tiempo. Existen en todos los campos excelentes manuales y creo que el estudiante de tercero o cuarto año es capaz de trabajar con un manual.

La enseñanza académica en ese momento me parece menos útil. Y por otra parte, creo que presenta un grave inconveniente: el de mantener al estudiante en una situación de gran pasividad. El estudiante se limita a tomar apuntes y a aprender esos apuntes. Esto no lo acce-

sombra suficientemente a discutir, a razonar por sí mismo, y la formación que puede recibir a través de los trabajos prácticos resulta más valiosa que la recibida de un gran profesor.

Creo, en consecuencia, que en los dos últimos años de estudio el profesor debería ser dispensado de dictar el curso como lo hace actualmente, es decir, exponiendo el conjunto de la materia. Sería mejor que tuviera libertad total para emplear su tiempo como le parezca. Abordando una nueva materia, procurando mostrar su particularismo, sus métodos propios, más extensamente que lo que puede hacerlo en la actualidad.

Es bien cierto, por ejemplo, que un comercialista no piensa como un civilista. Sería interesante que el profesor de Derecho Comercial, en lugar de exponer el conjunto del Derecho Comercial, pudiera consagrar algunas horas al espíritu particular del Derecho Comercial, a las grandes ideas fundamentales de ese derecho. Luego, pediría a los estudiantes que estudiaran tal o cual capítulo o tal o cual sección de un manual y al debatir el tema con ellos, podría comprobar si lo han entendido, y destacar ciertos aspectos de la cuestión, pero sin tener que exponerlos todos. A veces discutiría un caso con los alumnos, a veces dictaría el curso no en el nivel actual, sino mucho más profundizado sobre una idea que le parezca interesante, por ejemplo, sobre la noción de título, sobre la importancia de la cuenta corriente en la vida comercial moderna, o sobre cualquier otro problema. En síntesis, me parece que en tercero y cuarto año la exposición más o menos monótona y a un cierto nivel uniforme del conjunto de una materia, debería ser reemplazada por métodos que son mucho más dinámicos y, al par, mucho más profundos.

3° — *Labor del Profesor titular. Directivos a impartir a los Adjuntos y Jefes de Trabajos Prácticos.*

Es recomendable que exista la colaboración más estrecha posible entre el Profesor titular y los asistentes. En París la dificultad consiste en que los asistentes, o en todo caso los jefes de trabajos prácticos, son muy numerosos y por consiguiente es muy difícil la relación personal con todos ellos¹⁴.

¹⁴ Si existe dificultad en que se vincule el profesor con los jefes de Trabajos Prácticos, el contacto del profesor con los alumnos prácticamente no existirá.

Según informes de egresados de la Facultad de París para conseguir una entrevista con el profesor de la materia es frecuente que deba solicitarse la fijación de hora por escrito y con la suficiente antelación.

En nuestra opinión, el profesor titular debe instruir preferentemente a los profesores adjuntos, jefes de trabajos prácticos y ayudantes de docencia para que complementen la enseñanza que él debe impartir desde la cátedra, para tratar así de

4^o — *Funciones.*

No tenemos simplemente asistentes sino toda una serie de personas, toda una jerarquía de personas encargadas de ayudar a los profesores. No somos más que 90 profesores para 16.000 estudiantes. (Ver nota 14). Los asistentes están encargados de ayudarnos, pero todos no disponemos de asistentes y no los tenemos siempre. Cuando tenemos asistentes ellos se encargan especialmente de ayudarnos en la preparación de trabajos prácticos. Por consiguiente son ellos quienes harán la búsqueda necesaria de los documentos que serán sometidos al estudio de los alumnos o también eventualmente quienes tendrán que encontrar fallos interesantes y exponerlos a consideración de los profesores.

Bajo los asistentes se encuentran los encargados de trabajos prácticos que como se ha explicado, tienen a su cargo a los estudiantes. Finalmente los monitores a cuya labor preferentemente en primer año me he referido.

D) DESIGNACION Y FUNCIONES DE LOS PROFESORES.

1^o — *Designación.*

Los profesores son nombrados por el Estado luego de un concurso que dura dos meses y que es muy difícil.

Los miembros del jurado son cuatro profesores de derecho y un miembro de la Corte de Casación en el Concurso para "adjunto" en Derecho Privado, y un miembro del Consejo de Estado en el concurso para "adjunto" en Derecho Público¹⁴.

Los jurados son realmente imparciales en cuanto a influencia personal. El jurado tiene un concepto político muy alto de su función y tiende a ser lo más imparcial posible. Un jurado puede cometer errores —todo hombre es falible— pero en general se puede descontar la imparcialidad de los miembros del jurado.

El concurso es muy largo y muy difícil. En primer lugar importa una prueba escrita de 7 horas y luego exposiciones de 45 minutos, después

modificar el llamado método *passus* en la enseñanza. Es evidente que en nuestra Facultad el profesor titular no puede tener un contacto directo con 500 ó 600 alumnos por año.

¹⁴ Traduzcamos la palabra "agrégat" por "adjunto" considerando que esta sería la jerarquía equivalente, porque toda "agrégat" está capacitado para enseñar. Existe un número limitado y periódicamente se realizan concursos para llenar vacantes o prever los nuevos cargos creados.

Se explica así que el concurso para designar "agrégat" sea muy severo y éste denota que para presentarse al mismo es necesario haber obtenido el título de Doctor y la posesión de la cátedra en cuya preparación se tratan bastante tiempo.

de 24 horas de preparación. Cada candidato extrae un tema por sorteo y al día siguiente, 24 horas más tarde, debe exponerlo durante 45 minutos. Es decir, que el concurso de "agregación" supone un examen escrito y cuatro exposiciones orales sobre cuatro materias diferentes.

2º — *Función del Profesor y posibilidad de dictar distintos cursos*

El profesor es titular de una cátedra y tiene el derecho de impartir la enseñanza correspondiente a esa cátedra.¹⁰ Sin embargo, con bastante frecuencia, y a raíz del azar administrativo, ocupa una cátedra que no corresponde a su especialidad. La elección de los cursos se hace por antigüedad, pero normalmente los profesores se ponen de acuerdo para distribuirlos entre ellos.

3º — *Cursos específicos y dispensa de sus tareas.*

El profesor tiene no solamente una tarea de enseñanza, sino también de investigación. De hecho, la mayor parte de su tiempo está probablemente consagrada a la investigación. Sin embargo nunca se encuentra dispensado de dictar un curso por el hecho de realizar investigaciones.

E) CURSOS PARA OBTENER EL GRADO DE "DOCTOR"

Para obtener el título de Doctor en Derecho es necesario en primer lugar haber obtenido un diploma de estudios superiores y luego, haber escrito una tesis.

Los diplomas de estudios superiores son más especializados que la licencia. Pueden versar sobre Historia del Derecho, Derecho Privado, Derecho Penal, Derecho Público, Derecho Político o Ciencias Económicas. Suponen un cierto número de exámenes sobre un cierto número de cursos especiales y también sobre cursos de los dictados para la licencia en Derecho.

La tesis supone un trabajo bastante importante y original bajo la dirección de un profesor. Realmente no puede afirmarse que todas las tesis son destacadas, pero muchas son trabajos importantes.

¹⁰ Señalamos que el título de "profesor" está reservado según Matthew Farnet, para quien entre nosotros es "profesor titular".

LA LICENCIA EN DERECHO SEGUN EL DECRETO N° 62.768
DEL 10 DE JULIO DE 1962 EN FRANCIA

La "licencia" en derecho se obtiene después de 4 años de estudio.

Al fin de cada año, los estudiantes deben rendir un examen de acuerdo con las condiciones establecidas por el Decreto 62.768 del 10 de Julio de 1962.

Los candidatos a obtener el grado de "licenciado en derecho" deben inscribirse cuatro veces.

Al inscribirse por primera vez deben justificar el grado de bachiller (enseñanza secundaria) o algunos de los títulos equivalentes y nadie puede inscribirse en el segundo, tercero o cuarto año si no ha rendido con éxito los exámenes de primero, segundo o tercer año respectivamente.

A todo estudiante que rinde con éxito el examen de segundo año, generalmente se le extiende un diploma o certificado de los estudios realizados.

— I —

DE LA ENSEÑANZA

La enseñanza impartida por las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas respecto de la licencia es teórica y práctica. Está organizada bajo la dirección y la responsabilidad de los profesores y de los que podríamos calificar de "adjuntos" (agregés).

ENSEÑANZA TEORICA

PRIMER AÑO

En el primer año, común a la licencia en derecho y a la licencia en ciencias económicas, se incluye la enseñanza teórica sobre las siguientes materias:

| | |
|---|-------------|
| Introducción al estudio del derecho y derecho civil (personas, familia, capacidad) | 2 semestres |
| Derecho constitucional e instituciones políticas | 2 " |
| Economía política general | 2 " |
| Historia de las instituciones públicas y de los hechos sociales hasta la Revolución | 2 " |

Materias especiales para los candidatos a la licencia en derecho.

| | | |
|---|---|---|
| Introducción a la sociología política | 1 | " |
| Instituciones internacionales | 1 | " |

En segundo y tercer año de licenciatura en derecho la enseñanza teórica versa sobre las materias siguientes:

Segundo Año

| | | |
|---|---|-----------|
| Derecho civil (obligaciones, derechos reales principales) | 2 | semestres |
| Derecho administrativo | 2 | " |
| Economía política | 2 | " |
| Derecho penal general y procedimiento penal | 2 | " |
| Finanzas públicas | 2 | " |
| Instituciones políticas y sociales de la antigüedad | 1 | " |

Tercer Año

Materias comunes a todos los candidatos:

| | | |
|---|---|-----------|
| Derecho comercial | 2 | semestres |
| Derecho del trabajo y seguridad social | 2 | " |
| Libertades públicas | 1 | " |
| Historia del derecho privado (las obligaciones en el derecho romano y en el antiguo derecho francés | 1 | " |
| O bien: | | |
| Historia de las instituciones públicas desde la Revolución Francesa | 1 | " |

MATERIAS OPTATIVAS

Cinco semestres a elección del candidato entre las materias siguientes:

| | | |
|--|---|-----------|
| Derecho internacional público | 2 | semestres |
| Derecho Civil (garantías, publicidad fundiaria, contratos principales) | 2 | " |
| Derecho administrativo | 1 | " |
| Método de las ciencias sociales | 1 | " |
| Derecho judicial privado | 1 | " |
| Criminología y ciencia penitenciaria | 1 | " |
| Historia de las instituciones privadas (propiedad) | 1 | " |

Los candidatos deben elegir ya sea el conjunto de materias optativas que comprenden el Derecho Civil y el Derecho Judicial Privado

o el conjunto de materias optativas que comprenden el Derecho Internacional Público y el Derecho Administrativo.

CUARTO AÑO

La enseñanza del cuarto año de la licencia en derecho se divide en dos partes y cada una culmina con un examen independiente.

La primera parte comporta un certificado en derecho privado o un certificado en derecho público y ciencias políticas, entre los cuales los candidatos pueden elegir. La segunda parte comprende materias optativas.

La dispensa de la enseñanza de la segunda parte y del examen correspondiente es acordada, a su solicitud, a los estudiantes que justifiquen alguno de los títulos expedidos por otra facultad o por un instituto u otro establecimiento de enseñanza superior francés o extranjero que figure en el elenco establecido por resolución del Ministerio de Educación Nacional, luego de recibir la opinión del Consejo de la Enseñanza Superior.

La Enseñanza teórica de cuarto año versa sobre las siguientes materias:

PRIMERA PARTE

Certificado en derecho privado:

| | |
|---|-------------|
| Derecho civil (régimen matrimonial, sucesiones, liberalidades) | 2 semestres |
| Derecho comercial y derecho fiscal de los negocios | 2 .. |
| Derecho internacional privado | 1 .. |
| Historia del derecho privado (la familia, régimen matrimonial, sucesiones, liberalidades) | 1 .. |
| O bien: | |
| Derecho privado comparado | 1 .. |

Certificado en derecho público y ciencias políticas:

| | |
|---|-------------|
| Grandes servicios públicos y empresas nacionales | 2 semestres |
| Historia de las ideas políticas hasta fin del Siglo XVIII | 1 .. |
| Historia de las ideas políticas a partir del Siglo XIX | 1 .. |
| Organizaciones europeas | 1 .. |
| Derecho de ultramar y de la cooperación | 1 .. |
| O bien: | |
| Grandes problemas políticos contemporáneos | 2 .. |

SEGUNDA PARTE

A elección del candidato cinco semestres entre las materias que no hayan sido elegidas para la primera parte, o entre las materias enseñadas en tercero o cuarto año de licencia en Ciencias Económicas con la condición que ellas no hayan sido objeto de una prueba, o entre las materias que figuren incluidas en una lista confeccionada para cada Facultad por el Ministro de Educación Nacional, a propuesta de la Asamblea de la Facultad interesada y luego de expresar su opinión el Consejo de Enseñanza Superior.

Los candidatos al Certificado de Derecho Privado que hayan optado por el curso de Historia del Derecho Privado pueden elegir entre los cinco semestres optativos y el curso de Derecho Privado Comparado, y a la inversa.

Los candidatos al Certificado de Derecho Público y Ciencias Políticas que hayan optado por los cursos de Organizaciones Europeas y de Derecho de Ultramar y de la Cooperación, pueden elegir entre los cinco semestres optativos y el curso de Grandes Problemas Políticos Contemporáneos, e inversamente.

La segunda parte puede ser reemplazada por aquella que el candidato no ha elegido para la primera parte.

ENSEÑANZA PRACTICA

La enseñanza práctica comporta dos sesiones semanales de una hora treinta minutos cada una. La concurrencia de los estudiantes es obligatoria. Nadie puede presentarse a examen si no ha concurrido regularmente a las sesiones de trabajos prácticos.

De todas maneras, para los estudiantes que estuvieran en la imposibilidad absoluta de asistir a las sesiones normales, la Asamblea de la Facultad establece condiciones especiales y el beneficio de este régimen lo acuerda el Decano.

La enseñanza práctica es realizada durante un año para las materias objeto de un curso anual (dos semestres), y durante un semestre para las materias objeto de un curso semestral.

En primero, segundo y tercer año, la enseñanza práctica se refiere, a elección del candidato, a dos de las materias o conjunto de materias siguientes:

PRIMERO AÑO

(Licencia en Derecho y Licencia en Ciencias Económicas)

Introducción al estudio del derecho y del derecho civil;

Derecho constitucional e instituciones políticas;
Economía política en general;
Historia de las instituciones públicas y de los hechos sociales hasta la
Revolución, Estadística y Matemáticas preparatorias para la eco-
nomía.

SEGUNDO AÑO

(Licencia en Derecho)

Derecho Civil;
Derecho Administrativo;
Derecho Penal General y Procedimiento Penal;
Finanzas Públicas.

TERCER AÑO

(Licencia en Derecho)

Derecho Civil;
Derecho Comercial;
Derecho del Trabajo y Seguridad Social;
Derecho Internacional Público;
Un grupo de dos materias semestrales fijadas por la Asamblea de la
Facultad.

CUARTO AÑO

(Licencia en Derecho)

En cuarto año, la primera parte de la enseñanza práctica se refiere al Derecho Civil para los candidatos que optaron por el Certificado de Derecho Privado y a los grandes servicios públicos y Empresas Nacionales, para los candidatos que optaron por el Certificado de Derecho Público y Ciencias Políticas.

La segunda parte se refiere, a elección del candidato, a una materia anual, o a un grupo de materias semestrales determinadas por la Asamblea de la Facultad.

El candidato indica las materias elegidas para la enseñanza práctica en el momento de realizar la inscripción anual. Esta elección puede ser modificada, con autorización del Decano, antes del 1º de enero.

La enseñanza práctica da lugar a la atribución de calificaciones que son comunicadas al jurado, las que se toman en cuenta en el momento de las deliberaciones sobre la admisibilidad a las pruebas orales y para la aprobación del examen en que estas consisten.

Los alumnos de los institutos de estudios políticos pueden, si lo solicitan, ser autorizados por el Decano a reemplazar una de las dos

siones de enseñanza práctica previstas por una sesión de enseñanza práctica organizada en el Instituto de estudios políticos.

II

DE LOS EXAMENES

Hay dos turnos por año. El primero en el mes de junio y el segundo en el mes de octubre. Ningún examen puede tomarse fuera de esos dos turnos.

Los días, hora y lugar de los exámenes son fijados por el Decano.

Las pruebas escritas u orales pueden ser distribuidas en muchos días.

Los exámenes de 1º, 2º y 3er. año comportan dos pruebas escritas eliminatorias y pruebas orales.

En 4º año, el examen comprende una prueba escrita eliminatoria y pruebas orales.

Las pruebas escritas son anónimas. Cada prueba tiene una duración de tres horas. Una de las pruebas está consagrada a compilar la enseñanza práctica (por ejemplo: comentario de un texto, de un fallo de jurisprudencia o de una estadística, solución de cuestiones concretas). La otra prueba consiste en una disertación sobre un tema del programa de enseñanza teórica.

En los exámenes de 1º, 2º y 3er. año, la prueba escrita sobre enseñanza práctica, se refiere a una de las materias, o a uno de los conjuntos de materias que hayan sido objeto de los trabajos prácticos realizados por el candidato durante el año.

La segunda prueba escrita se realiza sobre una de las materias que no fueron elegidas por el candidato como materia de trabajos prácticos.

Las materias que son objeto de pruebas escritas son determinadas por el Decano y no se dan a conocer a los candidatos antes del examen.

Las pruebas orales comportan un interrogatorio sobre cada una de las materias que no han sido objeto de pruebas escritas.

Para cada una de las dos partes del examen, la materia objeto de prueba escrita es determinada por el Decano y no se hace conocer a los candidatos antes del examen.

Los temas de las pruebas escritas son elegidos por el Decano. Un solo tema es propuesto para la prueba que compila la enseñanza práctica. Para la disertación se proponen dos temas entre los cuales los candidatos pueden elegir.

Cuando un conjunto de materias ha sido elegido para una prueba escrita, ninguna de las materias que constituyen ese conjunto es objeto de prueba oral.

Los candidatos indican en el momento de inscribirse para el examen, las materias optativas que han elegido.

Cada prueba escrita es calificada de 0 a 20.

Los interrogatorios orales sobre las materias anuales son calificadas de 0 a 20 y los interrogatorios orales sobre materias semestrales de 0 a 10.

Cuando el corrector propone para una prueba escrita una nota inferior a 10, la composición es sometida a un segundo corrector, antes de la deliberación del Jurado.

Las notas son dadas por el Jurado o tribunal examinador.

Los Jurados son designados por el Decano y deben integrarse al menos con un profesor o un adjunto (agrégé) como Presidente.

Para las pruebas escritas el Jurado se compone de tres miembros.

Para las pruebas orales, el Jurado está compuesto de tantos miembros como materias incluya el examen.

Sin embargo, un profesor que haya enseñado dos materias, puede ser designado como examinador para cada una de ellas.

El Jurado en los exámenes orales debe integrarse, por lo menos, con tres miembros para los exámenes de 1º, 2º y 3er año, y por lo menos con dos miembros, para cada una de las partes del examen de 4º año.

Para ser admitido a rendir las pruebas orales, el candidato debe obtener una nota promedio, por lo menos, igual a 10 puntos sobre 20 puntos en las pruebas escritas o en la prueba escrita única concerniente a cada una de las partes del examen de 4º año.

Sin embargo, un candidato que no haya obtenido este promedio puede ser declarado admisible, después de la deliberación especial del Jurado, en razón de las notas obtenidas durante el año en los ejercicios prácticos.

Para ser admitido el candidato debe obtener la mitad del máximo de puntos para el conjunto de las pruebas escritas y orales, sin que el promedio de las notas obtenidas en las pruebas orales sea inferior a 8 sobre 20.

La nota 0 en una prueba escrita u oral es eliminatoria, salvo opinión contraria del Jurado.

Ningún candidato puede ser aptado después de las pruebas orales, sin que el Jurado haya tomado conocimiento de las notas obtenidas en los ejercicios prácticos.

Ningún recurso es admisible contra las decisiones tomadas por el Jurado.

Declarado el candidato en condiciones de rendir las pruebas orales en el turno de junio, puede rendir en ese turno o en el de octubre siguiente.

En cambio, en caso de rendir en octubre el examen escrito y aprobarlo, debe rendir también las pruebas orales en ese turno.

La admisión a cada una de las dos partes del examen de 4º año es definitiva.

Los candidatos que han sufrido cuatro aplazos en el examen final de 1er. año, cualquiera sea el conjunto de materias especiales elegido, no pueden proseguir sus estudios de licencia en Derecho ni de licencia en Ciencias Económicas.

El cuarto aplazo no puede ser impuesto sino luego de una deliberación especial del Jurado y después del examen de sus antecedentes.

Cada examen da derecho a alguna de las menciones siguientes:

Pasable: cuando el candidato ha obtenido un promedio por lo menos igual a 10 e inferior a 13.

Bastante bien: cuando el candidato ha obtenido un promedio por lo menos igual a 13 e inferior a 15.

Bien: cuando el candidato ha obtenido una nota promedio por lo menos igual a 15 e inferior a 17.

Muy bien: cuando el candidato ha obtenido una nota promedio por lo menos igual a 17.

Una resolución del Ministro de Educación Nacional fija los programas sobre los que deben rendirse las pruebas de fin de año.

Por decisión ministerial tomada a propuesta de la Asamblea de la Facultad, la equivalencia de los dos primeros años de estudios y la exención de los dos primeros exámenes puede ser acordada en razón de títulos obtenidos en Facultades extranjeras.

Ese beneficio no puede ser acumulado con la dispensa de la segunda parte del 4º año, acordada en razón de títulos expedidos por establecimientos extranjeros de enseñanza superior.

SALIR DEL NEOLÍTICO
INVESTIGACION Y ENSEÑANZA EN LAS FACULTADES
DE DERECHO

Por ANTONÍ TUSC

(Profesor de la Facultad de Derecho de Cornellà)

No caben elogios suficientes para la Facultad de Derecho de Barcelona y para Michel de Juglart, secretario general del Vº Coloquio de las Facultades de Derecho, por haber elegido como tema de estudio el de "La investigación y la enseñanza en las Facultades de Derecho".

La reforma de la enseñanza está a la orden del día, en todos los grados y disciplinas. Bien es cierto que las Facultades de Derecho han sido de las primeras en reformar sus programas y métodos de enseñanza. El decreto del 27 de marzo de 1954 aporta al régimen anterior modificaciones profundas y beneficiosas. La nueva preparación para la administración de empresas y, en el futuro inmediato, la creación de Institutos de estudios judiciales, denotan que las reformas están presididas por la voluntad de integración vital. En una palabra, un magnífico esfuerzo de renovación se halla en vías de cumplirse, pero cabe preguntarse, sin embargo, si no son necesarias reformas aún más profundas.

Para la enseñanza de las ciencias se contemplan medidas radicales. Impónese en razón del extraordinario progreso científico y técnico de los últimos años. Pero, ¿si el derecho es "el arte de lo bueno y de lo justo" —*ius est ars boni et aequi*, como decía Celso— no cabe preguntarse si también las responsabilidades de los juristas han aumentado inmensamente? ¿Acaso la humanidad no experimenta por el hecho mismo del progreso científico y en particular por el desarrollo de los medios de comunicación e información, profundas transformaciones, que pueden resultar fecundas o trágicas, según sea que las preida o no, "el arte de lo bueno y de lo justo"? ¿No incumbe a los juristas la responsabilidad de disminuir las injusticias y las tensiones sociales que afectan a Francia y que, de manera más o menos sensible, disminuyen su actividad? ¿No

habrían debido y no deben los juristas esforzarse por encontrar las relaciones "buenas y justas" que permitan una cooperación mutuamente fructífera, tanto en el plano intelectual y moral, como en el plano económico, entre la Francia metropolitana y los territorios que dependen de su autoridad? ¿o tienen ellos una contribución que hacer a ese terrible problema de la guerra o de la paz, al que parecemos resignados a ver sin solución y amenazando periódicamente con destruirnos, cual un enfermo debilitado que vive con su enfermedad a la espera de la muerte?

Que no se objete que los problemas enumerados son meramente políticos y exceden la competencia y responsabilidad de los juristas. En la realidad, el personal político de Francia —administradores, diplomáticos, parlamentarios— se elige principalmente entre quienes han recibido una formación jurídica. ¿Preparan nuestras Facultades de Derecho y los Institutos de Estudios Políticos, que afortunadamente las doblan en número, a ese personal dirigente a la medida de sus responsabilidades? Si la definición de Celsus es exacta, derecho y política no pueden oponerse. Se aplican ambas a la misma materia, a la que consideran bajo ángulos que, simplemente, difieren un poco. Por fin, una política satisfactoria no puede ser concebida sin una opinión pública esclarecida. Durante mucho tiempo hemos podido sentirnos orgullosos de nuestra magistratura y de nuestro foro, como de la sólida cultura de muchos de sus miembros. ¿Podemos actualmente mantener igual orgullo de la magistratura y del foro de que formamos parte? ¿Constituyen todavía un centro de vida intelectual y política, una fuente de dirigentes o de hombres susceptibles de ilustrar la opinión pública?

Las responsabilidades actuales de Francia son inmensas y las de los juristas están a su altura. En la hora actual en que los problemas políticos y sociales amenazan al mundo y a Francia, no podemos limitar a nuestros estudiantes al "derecho de los juristas". Si por lo demás alguna duda cupiera todavía, nuestro deber de educadores está en dar a nuestros estudiantes una formación más amplia y no otra demasiado estrecha. Coinciden en ello sus propios intereses y los de nuestro país.

Importa buscar, en consecuencia, cómo formar nuestros estudiantes en el mundo de hoy y de mañana.

¹ Cf. *Revista de la enseñanza superior*, 1956, N.º 4: *La Universidad en la vida social y económica*.

² Véase Cf. *Deixoux: La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé*. (D. 1956, Chron. 71.)

El problema más angustioso es, quizá, el de las relaciones entre los pueblos. Si este problema se hallara resuelto, miles de millones quedarían disponibles cada año para ser afectadas a los tugurios y a los pueblos cuya economía está subdesarrollada.

No debe asombrarnos que el problema sea angustioso. La humanidad conoce actualmente una evolución sin precedentes. Dejemos hablar a dos de sus más grandes historiadores. "Como Henri Breuil me decía un día, con su brava intuición habitual, lo que en este momento nos agita intelectual, política y hasta espiritualmente, es muy simple: "Ocurre que acabamos de soltar las últimas amarras que aún no tenían atados al realismo". Fórmula paradójica pero luminosa, a la que más razón he encontrado, cuanto más he reflexionado sobre ella. Nosotros pasamos en este mismo momento por un cambio de edad".¹ Desde la aparición del hombre sobre la Tierra hasta un pasado reciente, la humanidad formaba en la superficie de la tierra capas sin contacto permanente y cuyo nivel de civilización era comparable. La colonización ha creado vínculos entre todas las partes del mundo. En el siglo XX, por vez primera en su historia, la tierra se halla casi colmada, en el sentido de que ninguna posibilidad de expansión se ofrece a las potencias colonizadoras. También ella se encuentra relativamente "solidarizada", en el sentido de que ningún grupo vive ya completamente al margen del resto del mundo. Paul Valéry había visto con profundidad este fenómeno y descrito la situación de equilibrio y de relaciones recíprocas resultante. El fenómeno se ha amplificado desde entonces. La guerra o la paz, las relaciones entre el Nuevo Mundo y el Viejo Continente dependen de un pequeño grupo de oficiales en El Cairo o de un puñado de hombres en los arrozales de Tonkin o en las planicies de Argelia. De esta solidaridad humana, Teilhard de Chardin ha extraído una gran esperanza. Tras comprobar que el pensamiento humano forma ahora una capa de espíritu que cubre la tierra, ha mostrado la posibilidad de una humanidad que se "suelda", se cristaliza y se supera a sí misma.² El viejo sueño de

¹ P. Teilhard de Chardin: *Le phénomène humain*, 1955, p. 237. Cf. CLAUDE TERNERSTAM: *Introduction à la pensée de Teilhard de Chardin*, 1956.

² V. en particular *Le Phénomène Humain*, p. 281: "La paz en la conquista, el trabajo en el gozo: ellos nos esperan más allá de todo imperio espacio a otros imperios, en una totalización interior del mundo sobre sí mismo, en la construcción arduamente de un "Espirit de la Terre". Pero entonces, ¿cómo es que nuestros primeros esfuerzos hacia un gran objetivo parecen no tener otro resultado que alejarnos de él..." Ver igualmente: *El fenómeno humano*, p. 282 et s.; *L'apparition de l'homme*, 1956, p. 322 et s.

Alejandro: la reunión de la humanidad en un orden único se realizaría en la dimensión de la tierra y sin conquista, abriendo perspectivas al hombre, en el plano material y espiritual, que no pueden ser pensadas sino por extrapolación.

En verdad, esta "solidadura" no es más que una esperanza por ahora. El desequilibrio entre los pueblos es más importante que nunca. Mientras una fracción de humanidad penetra a diario más íntimamente en la estructura del átomo y comienza a utilizar la energía nuclear, sobre los bordes del Ganges, el hambre mata cada año mayor número de hombres. En el conjunto del mundo, el hambre, tras el comienzo del siglo XX, ha matado en forma directa más hombres que las guerras.* Ciertas poblaciones africanas viven como siempre lo han hecho.† Algunas ignoran el mecanismo de reproducción de las especies animales, a cuyo respecto el arte parietal atestigua que era conocido en Europa en la época Aurínea (100.000 años A.C.). Y sin embargo, esta humanidad tan distinta aspira a fusionarse. Los pueblos, brutalmente despertados por la formación de la nosféra, esa capa del espíritu descrita por Teilhard de Chardin, quieren se los reconozca su mayoría cualquiera sea su real madurez. No son más razonables que un adolescente en su fase de emancipación, echa de rebelión, de ingratitud, de injusticia, de contenciosas. Más esa aspiración está fundamentalmente justificada. En un futuro indudablemente próximo la humanidad se habrá unido o será destruida. El año 2.000 será quizá la vertiente en la historia de la humanidad que nuestros antepasados habían esperado para el año 1.000.

Ante esta situación, ¿cuál es la responsabilidad de las Facultades de Derecho? A ellas sobre todo ha de incumbirles la tarea de formar una generación para el mundo de mañana †, la de formar una generación capaz de comprender, por una parte, a sus interlocutores del mundo occidental y, por la otra, a sus interlocutores del mundo entero. Nuestra generación no ha sido preparada para esta tarea. Nuestra ignorancia sobre Alemania o los EE. UU. es afilgente a pesar de que, a diario, nuestros estadistas y nuestros industriales deben negociar cuestiones vitales con hombres de negocio o jefes políticos de esos países. Nuestra ignorancia sobre la U.R.S.S. es igualmente profunda. Nuestra ignorancia sobre el Islam o acerca de Africa es aún más completa. La suerte de Francia,

* Cf. José de Castro: *Géopolitique de la faim*, edición nueva 1956.

† Comp. igualmente, sur la Chine de ayer, THOMAS DE QUENNEVILLE, op. cit. p. 133.

‡ Cf. TASSO MARINO: *Regard sur l'histoire de demain*, 1964.

la suerte del mundo, se juegan en la vida internacional, para la cual no formamos a nuestros estudiantes^{1 116}.

Parece indispensable, por consiguiente, ampliar sus horizontes. En los actuales programas no figura el "derecho comparado"; el derecho de los países de ultra-mar sólo alcanza un semestre de enseñanza para los estudiantes de la sección de derecho público y ciencia política; la economía de los países de ultramar no tiene mayor figuración que el Islam, el Extremo Oriente o el Asia del Sur Este.^{1 117} Bien es cierto que un buen número de nuestras facultades albergan un Instituto de Estudios Políticos —y no serían suficientes los elogios para los servicios que estos Institutos brindan a nuestra juventud y a nuestro país. ¿No es acaso la formación de todos lo que interesa extender?

Preciso es reconocer que nuestros estudiantes no pueden ser cada uno de ellos un Pico de la Mirándola. Pero, cuando se verifica que los estudiantes de la sección de derecho privado, tras haber consagrado cuatro semestres al estudio, por demás oportuno, de la historia de las instituciones y hechos sociales, deberían emplear dos como mínimo y aún tres semestres para muchos, en el estudio del derecho romano y del antiguo derecho de las obligaciones, de los bienes, de los regímenes matrimoniales, de las sucesiones y de las donaciones, uno se pregunta —con disculpa para mis amigos historiadores por plantear este interrogante— si nuestras Facultades han pensado en sus actuales responsabilidades. ¿Se debe acaso tender a la formación del dirigente de una empresa comercial, a un consejero jurídico o también a la del magistrado, del notario o del abogado? ¿Es preferible dedicar, tras cuatro semestres de estudios históricos generales, otros tres semestres al estudio del derecho romano y del derecho privado de la Antigua Francia, o consagrar ese tiempo a un territorio de ultra-mar, al derecho y a la sociedad americana —o de cualquier otro país occidental— y a una civilización profundamente distinta de la nuestra —Islam, la India, la U.R.S.S., China o Japón, por ejemplo—? Entre aquel que haya realizado los estudios históricos técnicos

^{1 116} *Ibid.* No podemos hablar aquí del hambre en el mundo, problema que incumbe esencialmente a economistas y hombres políticos. Al menos los juristas pueden contribuir a formar la opinión pública para que, en un futuro tan próximo como sea posible, no sólo acepte sino que requiera los beneficios necesarios para su gran parte de la humanidad para la cual el problema constituye una angustia cotidiana.

^{1 117} Destacamos en este campo la reciente y notable monografía de la Sra. Hucourt Durand: *Essai sur la conjoncture de l'Afrique Noire*, publicado de H. Bartoli, 1967.

que acabamos de recordar* y quiere conocer el extranjero, ¿quién resultará más útil como profesional y como ciudadano? La respuesta no parece dudosa. Con frecuencia deploramos la declinación de la cultura de la burguesía francesa. Pero el contenido mismo de la cultura difiere de lo que era en el siglo XIX. La burguesía cultivada que podemos recomendar, quizá no halle placer en leer los textos de Horacio. Llegará aún a ignorar el detalle de la transmisión sucesoria en la Edad Media. Pero si ella se abre al mundo, su cultura no será menos estimable ni menos útil. Tampoco habrá disminuido su valor técnico. Ya a fines del siglo XIX Holmes había escrito páginas profundas acerca del peligro de los estudios históricos que no sirvieran esencialmente para poner de relieve el carácter perimido de ciertas reglas, sobre el riesgo del estudio extremado de las rutinas jurídicas; a sus ojos ¿y cómo podría imputársele error? la energía de los juristas debía aplicarse al estudio de los fines a lograr, nutriéndose en la estadística y la realidad social.**

Por esto pensamos que todos los estudiantes, cualquiera sea su ulterior especialización, deberían seguir un curso consagrado a las grandes civilizaciones mundiales actuales, y que los estudiantes de derecho privado, para quienes las enseñanzas históricas de técnica jurídica podrían sin perjuicio transformarse en facultativas, deberían continuar al menos un curso dedicado al "derecho comparado" o al "derecho privado de los territorios de ultra-mar".† No existe, en verdad, "un derecho comparado":

* Querriamos destacar que no pensamos ni un instante en criticar el estudio de la historia de las instituciones y de los hechos sociales, ni aun el hecho de que a él se consagren cuatro semestres (a condición de que también se le cubra el estudio de las instituciones y hechos sociales del Islam, de la U.R.S.S. de los E.E.U.U.).

Recordemos de buen grado también que la comaridad legal o la transmisión sucesoria no pueden ser enseñadas como nacidas en 1804; ellas no se comprenden sino dentro de un cuadro histórico. ¿Pero lo que actualmente se enseña de su historia por el profesor de derecho civil (que normalmente no le dedica más de una hora), ¿es basta para su comprensión? ¿Qué hecho nuevo exige que lo que era enseñado en una hora, lo sea ahora en un semestre? ¿No es una paradoja y contradictorio que, en la sección de derecho privado, el estudio de la historia, en cuanto tal, se beneficie de la más grande expansión?

† Cf. WALTER LEVINSKY: *The Public Philosophy* (1955).

** Holmes: *The Path of the Law*, 10 Har. L. Rev. 457-498, 1897; *Law in Science and Science in Law*, 12 Harv. L. Rev. 443-468 (1899).

† Cabe destacar que este último propósito puede realizarse sin reformas legislativa. El decreto del 27 de marzo de 1954 permite que las Facultades establezcan una lista de materias obligativas, de las cuales dos podrían ser elegidas por los estudiantes del cuarto año. Sería deseable sin embargo según nuestro criterio, en caso de reforma, que se imponga a los estudiantes, de 4º año una opción entre un curso de "derecho comparado" y otro de "derecho privado de los territorios de ultra mar". Sería igualmente deseable que, en cada Facultad un profesor al menos sea destinado a los estudios comparativos.

no hay sino derechos extranjeros que nadie puede pretender dominar en su totalidad y un método comparativo cuyo empleo exige un esfuerzo considerable. No existe tampoco un derecho privado de los territorios de ultra-mar. Pero, ¿qué importancia tiene que en una Facultad el profesor hable sobre todo el derecho italiano y, en otra, de la sociedad americana? ¿Qué importa si, en una Facultad, su colega habla sobre todo de las costumbres de los Quolofs¹² y, en otra, sobre todo de las costumbres Hovas?¹³ De cualquier manera, la investigación en estos dominios —actualmente descuidada en mayor o menor medida— resultará vivificada y nuestros estudiantes serán “desarraigados”, salvados del “provincialismo” que los amenaza; habrán ellos aprendido a conocer otras concepciones, a comprender a otros pueblos.¹⁴ Ellos serán los arcaicos, a la vez, de un renacimiento de Francia, que reencontrará su vocación al universalismo, y de la aproximación de los pueblos, que preparará un mundo de “asociados” y quizá, finalmente, la “cristalización” de la humanidad que Teilhard de Chardin nos permite esperar.

Una última reforma nos parece indispensable para prepararlos en esa misión: Obligarlos a practicar un idioma extranjero. Quizá no incumba a nuestras Facultades el prepararlos, pero sí les corresponde

12 Cf. HENRI, E.: *Patrimoine Comparative Legal Research. Some remarks on "Looking out of the Gate"*, 34 Mich. L. Rev. 899 (1946).

13 Cf. J. CHAMAN: *Le droit de succession chez les quolofs*, Annales africaines, 1938, pág. 73 y sig.

14 Cf. E. F. THIRIAULT: *Traité de droit civil malgache. Les lois et coutumes Hovas*, 3 vol. 1931-1933.

15 Allí todavía, por otra parte, sería deseable que el curso versase tanto sobre la sociedad como sobre el derecho propiamente dicho; y que en él se estudiase las consecuencias que derivan para los países subdesarrollados los contactos que tienen con las naciones industrializadas. Cf. GROSSEAU-BALAPANNE: *Développement socio-culturel et modernisation des "pays sans développement"*, Cahiers internationaux de sociologie, Vol. XX, pág. 83 y sig. 1956. Sobre la utilidad de los estudios comparativos, ver en particular: Ed. LAMBERT: *La fonction du Droit Civil Comparé, 1903 et le statut du droit comparé de Lyon. Son programme, ses méthodes d'enseignement*, 1931; *Introduction à l'étude de l'Académie. d. Edward Lambert*, Tl., 1938.

R. DAVIS: *Traité élémentaire de droit comparé*, 1936, pág. 36 y sig.; H. C. GUTTENBERG: *Le droit comparé*, 2ª ed., traducido bajo la dirección de René David, 1953; ROUSSEAU: *Cours de droit civil comparé, 1954-1957*, p. 49 y sig.; FROSTMAN F. STONE: *The end is the journey by comparative law*, 25 Tulane L. Rev. 325, (1951); MURPHY S. HO: *Dialectic: The Comparative Study of Law for value Clarification as an Instrument of Democratic World order*, Yale L. Journ. 515 (1952); HENRI, E. YVES: *op. y loc. cit.* Earl Warren, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, ha llamado la atención de los juristas y del público en general sobre la importancia de los estudios comparativos, a la vez para el mejoramiento del derecho nacional como para la comprensión internacional. *The law and the future*, 52 *Fortune* (nov. 1955) 108, 229 reproducido en 5 *Ann. Journ. Comparative Law* 1 (1956). Ver también le *Mémorial Collignon jours des Tribunaux (Belge)*, 1937, pág. 129 y sig.

exigir de ellos esta práctica. Francia ha dejado de ser el centro del mundo, es menester reconocer este hecho. Tanto en las negociaciones comerciales como sobre la escena diplomática o aun en los intercambios intelectuales, su posición se halla con frecuencia debilitada por la dificultad que sus representantes experimentan de expresarse en una lengua extranjera.

II

Si la visión de la historia del mundo que nos propone Teilhard de Chardin es exacta, si nuestra tarea consiste en preparar la reconciliación de la humanidad, no basta en verdad, de pensar en las relaciones entre pueblos. También es menester reflexionar en primer lugar, sobre las relaciones entre los hombres en el interior de nuestro pueblo y preguntarnos a este respecto, cuál es la tarea de los juristas. La cuestión no se plantea en un plano teórico: el establecimiento de relaciones "buenas y justas" entre los hombres es la tarea de los juristas, por definición misma del derecho y ello en la época de César, como ahora y siempre. El problema es puramente práctico: ¿qué podemos y qué debemos hacer, en la hora actual, para preparar a nuestros estudiantes en sus deberes hacia la colectividad y, más precisamente, para permitirles concebir entre los franceses relaciones más armoniosas que las existentes?

Es necesario sin duda haber vivido algunos años en el extranjero, especialmente en los EE. UU., para sentir y comprender hasta qué punto Francia y los franceses sufren profundamente por su división en clases, o aun en categorías sociales. ¿Quién no ha escuchado al industrial quejarse del funcionario, al funcionario hablar severamente del industrial, al comerciante condenar a los unos y a los otros, al obrero expresarse de los tres con rencor, cuando no al campesino exhalar su envidia y su desprecio por toda la gente de las ciudades a la vez? Nuestra educación política comienza por la fábula de los miembros y el estómago, o por el soneto de Sully Prudhomme. Los EE. UU. pueden, desde este punto de vista, prefigurar el mundo de mañana. Dejando de lado el problema negro —a cuyo respecto la crisis actual no es sino el precio de una evolución hacia un estado de cosas mucho más satisfactorio que en el pasado— las relaciones se establecen sobre un plano de una profunda igualdad humana y de respeto mutuo que, como se descubre con el tiempo, constituyen el factor más seductor de la vida americana, tanto ahora como en los tiempos de Tocqueville.

La fragmentación de la sociedad francesa es demasiado evidente, en sí misma como en sus consecuencias, para que debamos detenernos

más tiempo en ella. Sólo es necesario añadir que se agrava, sin duda, hoy en día, como se agrava —lo hemos ya visto—, el desequilibrio entre los pueblos. La vida intelectual, artística, y aun la religiosa del francés que tiene cierta holgura no cesa de crecer. Con un poco de suerte, el industrial o el funcionario medio puede conocer directamente Egipto, Grecia, Roma, las tumbas etruscas, Ravenna, París —va de sayo—, Lascaux, tal vez el arte Maya o el Azteca. Libros y museos le permiten dominar el tiempo y el espacio. " El micro-surco —en el lapso de diez años— acaba de cumplir el mismo milagro. Desde Perotino hasta Varese y Menisén, desde los cantos de los danzarinés de Bali hasta las plegarias de los lamas del Tibet, su concepción del mundo entero acaba de estallar: aun dentro de la música clásica, descubre toda una escuela francesa cuyas obras no eran prácticamente ejecutadas. En el plano religioso, por fin, puede beneficiarse de los esfuerzos cumplidos por las diferentes Iglesias para hacer la vida religiosa más real y más permanente. Pero millares de franceses, lo sabemos, viven en la miseria. Que se nos perdone por tomar un ejemplo concreto (se verá enseguida que él debe servir, de todas maneras, para ilustrar diversos casos): permámanos nosotros en una criatura recién nacida en una pieza en la que viven los dos padres con sus cinco hermanos y hermanas; el padre bebe, la madre se halla en el límite de su equilibrio nervioso tras haber corado la locura; el desamparo es completo, los proveedores se niegan a dejar acrecentar sus deudas. Nos place representarnos como un pueblo cultivado, heredero de Racine y de Molière, de los Padres de la Iglesia y de los Enciclopedistas, y nos maravillamos de los descubrimientos que nos procuran viajes, libros, museos y micro surcos. Pero si no llegamos a transformar la sociedad, ese niño recién nacido —que en Francia tiene millares de compañeros ¿qué recogerá de nuestro patrimonio cultural y espiritual? ¿Su lote será; distinto al de su padre: golpes y terror en la infancia, bebida y disipación más tarde? Para él, más hubiera valido, si las cosas deben ser así, nacer en plena era neolítica, o en el corazón del África negra o del Asia.

No hay allí intenciones políticas, ni se trata de un problema puramente político. El derecho es el arte de lo justo y de lo bueno. Qué mayor condena para nosotros, juristas, que esta definición simple como la evidencia misma.

* La revista *Radioque*, por ejemplo, acaba de consagrar, un número apasionante a las monedas galas, y una obra notable al arte gala, que no era conocida sino por los especialistas.

¿Nos negaremos a considerar nuestras responsabilidades ante la miseria, en tanto que Luis XIV aceptaba que las sotas le fueran recordadas en carne propia por Bossuet? Admitamos los hechos. Procuremos remediarlos en tanto hombres y juristas —lo que no es fácil. Pero busquemos también, como profesores, cómo poner a nuestros estudiantes al abrigo de nuestros errores, cómo ayudarlos a querer y realizar una sociedad menos chocante. ”

Parece, en primer término, que el profesor mismo deba realizar un esfuerzo permanente para conocer y exponer la realidad social. Tal como Paul Durand lo ha demostrado recientemente de manera concluyente, “ se trata de una tarea que se impone cualquiera sea su dificultad. Para no retornar aquí sino el ejemplo citado precedentemente: ¿cuál es la importancia de las asignaciones familiares? ¿Quién las percibe? ¿Puede percibir las directamente la madre para evitar que sean “bebidas” por el marido? ¿Puede una familia sin recursos obtener una vivienda conveniente en el cuadro de la legislación de los H. L. M. (a)? ¿Es suficiente esta legislación? ¿Cuántas personas viven en Francia en viviendas extremadamente insuficientes? ” ¿Cuáles son las consecuencias de la situación en lo que concierne a la familia y a las personas? He aquí interrogantes bastantes a los que los profesores de derecho dan, en general,

“ No consideramos aquí sino nuestras responsabilidades respecto de nuestros actuales estudiantes. El problema de la “formación obrera” es, con todo, sumamente importante. No podemos sino remitirnos a los trabajos de coloquio internacional organizado en 1955 por la Facultad de Derecho de Estrasburgo y su Instituto del Trabajo, (*La formation ouvrière, conclusions de Marcel David, prefacio de Alex Weil, 1956*), como también a las experiencias precedidas principalmente por las facultades de Lille, Estrasburgo, Grenoble, Nancy.

Sería de interés, igualmente, inspirarse en los cámbios de “educación popular” realizados en los países escandinavos.

“ P. DURAND: *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé*, D. 1956, Chron 73. Cf. ARAUZUZA, artículos citados por Durand 38 An. Ba. An. Journ 633-708 (1952) y *Per uno studio della realtà giuridica attuale, Il diritto dell'Economia*, 1948, N° 7; ARTHUR VAMBERG: *The Challenge of Law reform*, 1955. Trad. esp.: “La justicia ampliada a referencarse”.

“ Los comunistas, antes de la guerra, tenían el privilegio de mostrar la decadencia de la Sociedad del Bajo Imperio, a través de las leyes que revelaban el lamentable estado del patrimonio inmobiliario. (No debíamos inquirirnos por nuestra situación cuando venían leyes del mismo modo revolucionarias, multiplicadas en la actualidad a pesar de los progresos realizados por el hombre en la vida material? (V. en particular el decreto del 30 de sept. de 1955 sobre los arrendamientos comerciales, art. 9°-29, art. 10 y ss.; art. 14; la ley del 19 de diciembre de 1961, mod. por la ley del 5 de diciembre de 1964; *Cons d'Etat*, 22 de febrero de 1967 (2 decisiones). D. 1967, 197, y conclusiones de B. TAZOOR. V. igualmente la controversia relativa a la obligación de mantener el inmueble en buen estado: *PLANCHÉ y RIVIERE: Traité prat. de droit civil français*, t. 10, 3° ed. por Hamel, Gi-ward y Tanc. N° 509 bis).

pocas respuestas, pero cuyo estudio importaría tanto sin lugar a dudas, como el estudio profundo de los regímenes matrimoniales del antiguo derecho.¹²

El esfuerzo cumplido para conocer la realidad social debe tener como corolario un esfuerzo de investigación acerca de los medios para modificarla y mejorarla.¹³ Es menester tener presente incesantemente en el espíritu el precepto de Holmes: aplicar su energía al estudio de los fines a alcanzar. Deberíamos, más sistemáticamente de lo que normalmente hacemos, juzgar las instituciones que presentamos a nuestros estudiantes y buscar las posibles reformas. Cumpliríamos nosotros mismos de este modo, un esfuerzo beneficioso. Además, ayudaríamos a nuestros estudiantes a comprender que el derecho no es un conjunto de reglas, sino el arte de lo bueno y de lo justo. Les daríamos una actitud positiva y creadora frente al derecho y a las realidades sociales, que los ayudaría a ser los artesanos de un mundo mejor. Dentro de ese estudio crítico de nuestras instituciones, de su valor y de sus debilidades, la comparación con los derechos extranjeros debería ser un elemento importante.¹⁴ Si, como se ha expresado el deseo, un profesor se hallase en cada Facultad especialmente afectado al estudio comparativo del derecho, la producción científica en este campo sería suficiente, al cabo de algunos años, para permitir instructivas comparaciones sistemáticas.

El profesor, en verdad, no debe ser el único en esforzarse para conocer la realidad social y considerar los medios de mejorarla. Se trata de un esfuerzo al que los estudiantes deberían tener que aplicarse personal y directamente. Nuestra sociedad plantea problemas; es necesario que lo sepan y busquen resolverlos, que dejen de ignorar los tagueos que

¹² Se trata, por lo demás, de cuestiones sobre las que el profesor cual no puede proceder a un trabajo personal directo. Normalmente debe limitarse a utilizar los resultados de encuestas. Pero la revista *Droit Social* es probablemente la única entre las revistas jurídicas que realiza encuestas sobre la realidad social. Y la documentación extrajudicial se halla dispersa y con frecuencia es insuficiente.

La idea que tuvo Henri Lévi-Bruhl, basándose aun por otra parte de una anterior tentativa de Thaller, de dotar al centro de estudios sociológicos de una sección jurídica podía parecer excelente. Los resultados de esta iniciativa sin embargo, parecen haber quedado limitados. Lave-Bassat, *Une enquête sur le praticien juridique en France*, *Rev. trim. d. civ.* 1948 p. 298 y sig.; H. Houton, *Une enquête sur l'application du droit dans la pratique: la situation juridique de l'époux*; *Rev. trim. d. civ.* 1950 p. 18.

Parece que sería necesario ir más lejos, y crear en cada Facultad un curso de sociología al menos (vé. infra).

¹³ On teaching Law Cf. Lon. L. Fuller 1950. A. Roscoe Pound. A Ministry of Justice: A new role for the Law School, 1952. Arthur T. Vanderbilt. 38 *Am. Bar Ass. Jour.* 657-705 (1952). The Challenge of the Law Reform 155 (1953).

¹⁴ Cf. H. E. Yoncos *op. cit.* 54 *Mich. L. Rev.* 1958.

se encuentran a la puerta de nuestras Facultades, que vean los dramas de la miseria, de la infancia delincuenta, de la familia disociada. La institución de trabajos prácticos ha constituido una excelente reforma, en tanto ellos obligan al estudiante a un trabajo activo.

Pero creemos necesario prolongar esos trabajos prácticos en encuestas sociales. No parece verdaderamente imposible confiar a cada uno de los "grupos de trabajo" que funcionan en nuestra Facultad una encuesta por año, encuesta que podría desarrollarse en un mes, por ejemplo, sin perjudicar la enseñanza magistral, y que podría estar dirigida por el jefe habitual de ese grupo, o por un jefe especial.¹⁰ Cabe esperar mucho de tales encuestas. ¿Qué mejor "trabajo práctico", en principio, para el estudiante, que el que consiste en ver las cosas personalmente, en buscar los remedios que se les puede aportar dentro del cuadro de las leyes existentes, en dar consejos tras haber verificado la validez de sus fundamentos ante los profesores o los prácticos? Estas encuestas, por los demás, asegurarían a nuestros estudiantes una mejor formación humana y política. Conociendo la realidad por experiencia directa, parece imposible que no obtengan, a la vez que una mayor aptitud en ver las reformas posibles y útiles, una más firme voluntad de realizarlas. Como ciudadanos, como jefes de empresa, abogados o magistrados, tendrían un valor técnico y humano superior al que poseen los estudiantes actuales, demasiado formados "en" nuestras Facultades. Dichas encuestas, por fin, permitirían una puesta al día más completa de la realidad social.

La sociología está poco desarrollada en Francia y nosotros ignoramos en gran medida nuestro propio País.¹¹ El aporte que pueden hacer nuestros estudiantes y los asistentes no es despreciable. No debemos sub-estimar a priori su calidad. ¿Si los estudiantes americanos son capaces de publicar revistas cuyo nivel igual al de las mejores revistas francesas e inglesas, por qué los nuestros no podrían informarnos sobre la adaptación de las asignaciones familiares o de los H.L.M. a las necesidades de sus destinatarios? No todos los dominios del derecho se prestan de igual modo a encuestas sociales de este tipo. Pero, aun sin hablar del derecho

¹⁰ Algunas universidades alemanas han organizado encuestas sociales de este tipo y parecen muy satisfechas de los resultados obtenidos.

¹¹ Parece igualmente que el obrucimiento podría ser dirigido sistemáticamente a los estudiantes mayores. Nada impide a la magistratura desde ahora solicitar los Decretos y hacer un llamado a los estudiantes en ese sentido.

¹² En tanto no sea establecida en cada facultad, como lo deseáramos, la enseñanza de sociología, parece que ganaríamos como profesores de derecho, en seguir más de cerca los trabajos de sociología. V. igualmente H. Lévy-Strauss, *Aspejos sociológicos du droit* 1966.

social en él, tales encuestas serían posibles y útiles en numerosos sectores: la familia, aún en los bienes, que plantean el problema de la vivienda, en el del derecho comercial (el pequeño comercio, las reivindicaciones pujadistas, los comités de empresa, la organización de una gran empresa, si tal o cual industrial —y se encontrarían muchos— consintiese en abrir las puertas de su empresa, etc.)²⁵.

A decir verdad, parece que debiera irse aún más lejos. Se podría encarar, por una parte, introducir en el programa de estudios jurídicos uno o más cursos de sociología²⁶ y, por otra parte, multiplicar en el seno de nuestras Facultades los Institutos de estudios sociales, que hoy en día son excepcionales. Estos Institutos mejorarían ciertamente las condiciones de formación de los asistentes sociales. Pero tendrían una función todavía más vasta: podrían ser centros de encuestas, de investigación y de formación, en la que juristas, sociólogos, psicólogos, economistas, médicos, sindicalistas, estudiarían juntos los problemas relativos a la infancia, a la vivienda, al alcoholismo, al empleo. No todos los estudiantes, es cierto, podrían verse obligados a pasar por un instituto semejante, a menos que los institutos de estudios sociales constituyan el cuadro de las encuestas sociales que hemos preconizado. Una fracción de ellos, al menos, se formaría allí directamente, y sus camaradas en su contacto. Tales Institutos, por otra parte, atraerían no sólo a estudiantes, sino también a magistrados, abogados, médicos, quienes vendrían espontáneamente a buscar una formación complementaria al mismo tiempo que un medio de expresión de su experiencia. Aun allí, es posible esperar que su aporte directo a ciertos problemas sociales no sea dudoso. Sobre la filosofía de nuestro código y del derecho del siglo XIX, no puede

III

Acaba de serme dirigido una especie de desafío amigable por un gran jurista americano: el Decano Roscoe Pound. El esfuerzo actual de codificación en Francia, escribe como conclusión de un penetrante estudio

²⁵ El conocimiento de la sociedad que el estudiante adquiere con esta encuesta sería evidentemente muy limitado. Por ello el profesor debe conservar la responsabilidad de hacer conocer científicamente la realidad social. Para el conjunto del trabajo de los estudiantes podría ayudarle (como, por lo demás, confirma las experiencias alemanas realizadas en este campo). Y cada estudiante extraería de su trabajo una visión directa —emocional— de la realidad social.

²⁶ También es lo que recientemente se ha hecho en las universidades alemanas.

concluir en una codificación del valer y alcance de la codificación napoleónica: Francia no tiene ya una filosofía jurídica. ”

La observación es, por cierto, exacta. Si desde numerosos puntos de vista nuestro Código representa un compromiso entre el antiguo derecho y el derecho revolucionario, él es, sin embargo, fruto de concepciones filosóficas muy claras. ” Son las concepciones de Rousseau y de Kant, las de la Declaración de los Derechos. Los hombres son libres e iguales. El derecho es la coexistencia de las libertades; su fin no es otro que el de asegurar a todos el máximo de libertad. ”La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; también el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”. La vida en sociedad supone, claro está, un tejido de relaciones entre particulares. Pero este tejido es su obra. Concluidos entre individuos libres e iguales, los contratos son necesariamente justos, salvo error, dolo o violencia: ”Quien dice contractual, dice «justo»”, escribirá aún Foullée. Es por ello que pueden ”ocupar el lugar de la ley entre aquellos que lo han hecho”. El derecho no regula sólo a personas: regula también los derechos de las personas sobre las cosas. Pero esos derechos son tan claros y tan simples a conducir como los derechos personales. El fundamento y el tipo lo constituye el derecho de propiedad, ”derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”.

¡Cuán simple era la sociedad que concebían o querían concebir los redactores del Código! Una simplificación de la sociedad romana. Pero cuán lejos está de nosotros. ¡En qué consiste la libertad de una mujer que vive en un tugurio, aterrorizada por el marido, agobiada por un número cada vez mayor de criaturas? ¿Cómo me animaría a decirle que nuestra sociedad democrática hace de ella mi igual, que asegura la igualdad entre sus hijos y los que yo pudiera tener? ” Vemos claramente

” ROBERT POORE, *The French Civil Code and the spirit of the Nineteenth Century*, Law, Bus. Un. Law Rev. 77-89, 1963. V. también ROBERT POORE, *Codification in Anglo-American Law, in the Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard Schwartz ed., p. 267 y sig. 275, 278, 292.

” Cf. ROBERT POORE, op y loc cit. J. FRIEDRICH, *The Ideological and Philosophical Background, in the Code Napoleon and the Common Law World*, Bernard Schwartz 1964.

” Cf. P. LASSOUE, *Réflexions sur le problème social*, 1935, p. 67-8 también ROBERT S. COLLINGS, *Law and Structures of Social Action* 1964; H. LEVY BRAUN, *Le mystère de l'égalité juridique*, Cahiers de la sociologie de la Sorbonne vol. XVIII, pág. 8 y sig. y sobre la idea de la libertad: G. VONET, *Existe-t-il deux conceptions*

que la libertad y la igualdad jurídica no son sino sombras de esa libertad y de esa igualdad en la que nuestros antepasados creían o querían realizar, y cuyo vínculo de unión era la fraternidad. La existencia de otros ciudadanos no es el único límite que reconoce nuestra libertad, la sociedad no es una juxtaposición de Robinson Crusoes nutriéndose de los frutos que ellos recogen. La vida económica nos abraza en todas las instancias. "bis Muchos pasarán su vida cumpliendo un trabajo subordinado. "Por este término —comenta Rouast y Durand— hay que entender esencialmente una subordinación jurídica: en la ejecución del trabajo, el asalariado está ubicado bajo las órdenes del empleador, sometido a su vigilancia, expuesto a sus sanciones. Esta situación jurídica va acompañada habitualmente de una subordinación económica, pues el individuo que suministra su trabajo obtiene generalmente del salario su principal medio de existencia y depende socialmente del contratante, dueño del empleo".¹⁸ Dichoso todavía si puede durante toda su vida realizar un trabajo subordinado y no se encuentra un día, por el efecto de mecanismos económicos, desocupado. Que los contratos, fuera de los contratos de trabajo, no se concluyan casi nunca entre iguales, es cosa que nosotros vemos ahora con suma claridad.

Quizás debiéramos señalar con mayor frecuencia el renacimiento del derecho cooperativo, derecho elaborado por las profesiones organizadas en cámaras sindicales. Esta desigualdad entre los hombres es uno de los factores que ha hecho más necesaria la intervención del legislador en la formación y ejecución del contrato. Pero esta intervención ha sido llevada al punto en el que no queda casi nada de las ideas de libertad contractual y de "autonomía de la voluntad".¹⁹ A pesar de que la reglamentación de la locación de cosas en el Código Civil ha sido poco modificada, ¿no es evidente, que en su esencia, los derechos de las partes contratantes tienen escasa relación con las previsiones del Código? ¿Las normas relativas a la renovación y al derecho de recuperar en los diferentes

de la *démocratie* Etudes, enero de 1945, pág. 5 y sig. *Traité de science politique*, en particular t. 5 1943 reimp. 203, T. 6 1944. T. 6 (1944).

¹⁸ bis Cf. Emmanuël Wiza, *Liberté et oppression*, 1935 especialmente p. 107 y sig.
¹⁹ A. Rouast y Durand, *Précis de droit du travail*, 1937, Nº 1.

²⁰ Sobre la transformación del derecho en los últimos años, en particular del derecho de los contratos, V. Gaston HARRIS, *Le Révolt de fait contre le Code*, 4a ed. 1920, y la *Lei de le contrat. La décadence de leur insécurité*, 1927. GASTON DE LACANNAIS, *La crise du contrat et le rôle du juge*, 1935. P. ESMEY y P. DE HARVEN, *enfin* Bertrand de Jouvenel, *Du Pouvoir* 1947, pág. 383 y sig. 6. BARDHAU, *Travaux de l'Association Henri Capitant*; Tt. 1946 p. 118 y sig. 1934 y sig. Sautier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* 1933, 2a edición.

contratos o el derecho de prioridad en la locación rural¹¹ no se inspiran acaso en una filosofía totalmente diferente a la de 1804? En lo que hace al contenido del derecho de propiedad, un excelente estudio reciente¹² nos muestra que se ha modificado aun más de lo que pensábamos.

Hemos abandonado, por tanto, la filosofía de 1804.¹³ Desde el punto de vista de la técnica jurídica nos hallamos también desorientados. ¿Quién osaría escribir actualmente para presentar la obra del legislador que "el oficio de la ley es fijar, mediante criterios amplios, las máximas generales del derecho; establecer principios fecundos en consecuencias y no descender en el detalle de las cuestiones que pueden generarse sobre cada materia".¹⁴ Dudamos entre los textos más generales destinados a permitir al juez decidir en equidad, o casi,¹⁵ y los textos más minuciosamente reglamentarios.¹⁶ Hemos rechazado la filosofía y la técnica legislativa de 1804, que no hemos reemplazado por otra. Y si maestros ilustres y algunos valerosos jóvenes espíritus se han vuelto hacia la filosofía y la técnica, ellos no han creado en Francia ni una escuela, ni siquiera una verdadera corriente de pensamiento.

¹¹ Cf. SAVATIER, *op. cit.*

¹² Cf. MICHEL VASSIER, *La evolución del derecho de la propiedad en A la recherche du franc pedu*, t. 3: *Fortuna de la France*, 1958. V. también ROUARD et AUBRY, *relación sobre la evolución del derecho de la propiedad para L'association Henri Capitant*, Trabajo de su asociación d. 1948, p. 42 y sigs.; 1947 T. II; SAVATIER *op. cit.* y las cts. H. L. y J. MARSAU, *Levens de droit civil*, t. 2, 1957; RUFFET y BOLLANOS: *Traité de droit civil d'apprenti le Tarif de Plément* t. 2, 1955; J. CARONNIER *Droit civil*, t. 2; ALBERT LE FANT, *Journal de la propriété*; WALTER LEHMANN, *The Public Philosophy* 115 (1955).

¹³ Cf. GRANVILLE WILLIAMS citado por TIXIER, *La règle de "raisonabilité" dans la jurisprudence récente anglo-américaine*, *Rev. de. Pub.* 1956, p. 236 y sig. Una nueva psicología del hombre se halla en trance de substituirse a la vieja psicología del *commen law*. La concepción del *commen law* de un hombre sensato, independiente, que no cuenta sino con sus propias uermas; está a punto de ser reemplazada por una nueva concepción, la del *statutory man* (del hombre agregado por la reglamentación), una criatura cuya madurez está retrasada por una masa de *traite*, peso de la que se dice que será mejor protegida contra los chequeos y los golpes de la existencia¹⁴.

¹⁴ Cf. PORTALIS, *Discours préliminaire*, *Fenet*, T. I, pág. 439; tl. *Loire* t. 1, p. 238.

¹⁵ V. por ejemplo el decreto del 8 de agosto de 1935 relativo a la suma: "Cuando un préstamo convencional ha sido hecho a una tasa que excede efectivamente en más de la mitad la tasa media aplicada en las mismas condiciones por prestamistas de buena fe para operaciones de crédito que comporten los mismos riesgos que el préstamo de que se trata..."

¹⁶ V., por ejemplo — un ejemplo entre miles de otros — el decreto N° 54-1462 del 22 de noviembre de 1954 y la decisión del 22-XI de 1954 sobre las panaderías, especialmente el art. 2° de esta última: "Para asegurar la aplicación del art. 3° del decreto..., los locales afectados a la venta del pan deben necesariamente contar con las pizas e instalaciones siguientes: ...b) una mesa o mostrador, un cubiello y una balanza, exclusivamente reservados para la venta de pan..." Nota au-

Este vacío e indiferencia pueden ser interpretados como signos de salud. ¿Si no nos planteáramos interrogantes, no sería porque nuestro derecho o, en todo caso, sus técnicas, nos parecen satisfactorias? ¿Acaso Labbé, Salié, Gény no nos han liberado del método exegético de un modo tan profundo que las obras de Gény, por ejemplo, conservan su esplendor en el mundo entero? Esta visión de las cosas, optimista, es cierto, no está enteramente desprovista de fundamento. Si pudiéramos olvidar, por una parte, todas las injusticias sociales, y por la otra todo el derecho reglamentario y nos limitáramos a considerar solamente "el derecho de los juristas", podríamos estar satisfechos de nosotros mismos. Tras un siglo y medio nuestro Código continúa, en conjunto, rigiendo muy bien la materia que comprende, aun cuando sus soluciones deban ser modificadas en algunos puntos. Tanto por su técnica, como por sus soluciones, merece permanecer como un modelo.

Cuidémonos, sin embargo, de una exagerada satisfacción. El despreciar médicos y medicina puede ser síntoma de salud, pero no garantía. Por lo demás; ¿podemos considerar sólo el "derecho de los juristas", cuya importancia relativa se circunscribe, y olvidar, de un lado, las injusticias sociales y, de otro, el derecho reglamentario que todo lo abarca? Una doble actitud parece necesaria.

En primer término, parece necesario despertar de alguna manera el estudio de la filosofía del derecho y de la técnica jurídica.¹¹ Si la filosofía es esencialmente un cuerpo de grandes principios fundados en una visión suficientemente general de las cosas, ¿no es sólo ella la que puede permitirnos escoger entre las diversas solicitudes que se nos ofrecen tanto respecto del fondo del derecho, como de su técnica? La empresa puede parecer casi desesperada, a pesar de ciertos trabajos de valor publicados en los últimos años. Sin embargo, nuestros estudiantes que cursan

mismo que esta reglamentación extraordinariamente detallada remite a su vez y a menudo a "la reglamentación sustantiva en vigor" (altura del negocio, conducta de ventilación, forma de proceder al análisis del agua, etc. . .), lo que comprende varios reglamentos del mismo género. Comp. Ripert, *Le déclin du droit. Étude sur la Migration contemporaine* 1949; René Sussaux, *De droit civil au droit public*, 2a. ed. 1950; Henri Matzner, *Défense du droit privé*, II 1948 *Cher* 17; R. Sussaux, *Droit privé et droit public*, D. 1946 *FoUCA et Focert*, rapports, *Travaux de l'Association Henri Capitant* t. I 1947: 39 y sig., 164 y sig., 190 y sig.

¹¹ V. en ese sentido M. R. A. Aron D. F. *Droit et science philosophique, en l'évolution de droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, 1955, p. 5 y sig. Leo L. Fuchs, *The place and use of jurisprudence in the law of school curriculum*, I. *Journal of legal education*, (1949), p. 5.

filosofía del derecho en el extranjero, nos dicen con frecuencia del interés que hallan y del provecho que de ella extraen. "

Por su parte, algunas universidades extranjeras incluyen normalmente en sus programas, junto al curso de filosofía del derecho, un curso de técnica jurídica; por ejemplo, un curso en el cual el derecho legislativo es estudiado sistemáticamente en punto a su elaboración y su interpretación. Si un curso de filosofía del derecho y de técnica jurídica se incluyera en el programa de nuestras facultades, pocos serían, sin duda, los profesores deseados de asegurar su enseñanza. Su esfuerzo, sin embargo, tendría rápidamente su recompensa, que redundaría en su interés personal, a no dudarlo, y también en la formación de los estudiantes más calificados. Cabe esperar, por otra parte, que de este trabajo surgiría una filosofía del derecho y de la sociedad menos estilada, ciertamente, que la de 1804, pero también menos alejada de las realidades. Dado sería de esperar también, que la técnica legislativa resultaría mejorada. Los autores y las instituciones extranjeras deberían ser ampliamente estudiados en el curso de todas estas investigaciones. Debíamos emprender el estudio sistemático de los grandes autores de la lengua alemana, inglesa, italiana o española, y aún el de la filosofía que inspiró el *New Deal*. Ganaríamos también inspirándonos en instituciones como el *Office of Legislative Counsel* del Congreso Americano y los *Legislative Councils* estatales, o aun en el *Law Revision Committee* inglés, que ha sido imitado por diversos estados americanos. "

Hasta tanto hayamos podido formar una nueva filosofía jurídica y social debemos, a lo menos, ser pragmáticos. Nos pliegamos en esto al llamado que Paul Durand, dirigía recientemente a todos los juristas, " tras el éxodo por Holmes, antes recordado, sobre el estudio de los fines a alcanzar. Profesores, no quedemos prisioneros del pasado, ni siquiera del presente; tengamos espíritu crítico acerca de las instituciones que enseñamos y mostrémos a nuestros estudiantes cómo pueden ser mejoradas; "

" Según el Prof. von Caemmerer, Rector de la Universidad de Friburgo, en Brigen —a quien agradeceremos las diversas indicaciones que nos ha proporcionado sobre la enseñanza del derecho en Alemania— la enseñanza de la filosofía del derecho en esta Universidad sería, si todas las disciplinas jurídicas, la que tendría más éxito entre los estudiantes.

" Cf. Tuck. *The Louisiana State Law Institute, Rev. int. de comparado*, 1933: p. 718 y sig.

" P. Durand op. cit. D. 1936, Cr. p. 73, también los autores citados supra nota 20.

" ¿Es necesario dar algunos ejemplos de lamentables supervivencias de reglas jurídicas?

Los derechos sucesorios del *steyage* sapientista permanecen en Francia muy inferiores a lo que son en el extranjero. [Creemos que el derecho inglés, en parti-

orientados hacia las investigaciones que presentan un interés práctico y social. Esta actitud no impedirá que continuemos formulando según un razonamiento riguroso. Magistrados, no seamos demasiado "legistas". ¿Los pactos sobre herencias futuras o las sociedades entre esposos ofrecen peligros reales a tal punto de que deban ser condenables, como lo son hoy en día, a pesar de su evidente interés práctico? Seamos realistas. ¿Cómo los juristas franceses han ignorado tanto tiempo a la empresa y cómo su estatuto es todavía tan embrionario, cuando ella constituye una realidad fundamental de la vida económica y jurídica a la que, por

últim, ha establecido normas muy acertadas sobre la materia). —Nosotros no hemos podido librarnos de nuestro derecho de la vieja idea de la conservación de los bienes en las familias. Pero esta idea es, en el fondo, profundamente antifamiliar, ya que ella es una negación del matrimonio en el plano patrimonial: "On dejó mi hija pour ne les biens que heredará de mí después de mi muerte". (Journ. Paris, 19 de febrero de 1957, 5 1957, 196; Gaz. Pal., 12 de marzo de 1957, caso en el que un matrimonio se anuló, en el fondo como el prójimo del hijo y de las joyas de la familia; para calificar de préstamo y no de donación la entrega de las joyas de la familia, debemos pensar que el matrimonio ha sido considerado como esencialmente temporario). Actualmente nos parecen de lo más legítimos los derechos sucesorios del *cóyuge survivant* pero no hemos sabido llevarlos al nivel que merecen. La ley del 26 de marzo de 1957 sólo nos parece una reforma muy insuficiente.

El principio de la irrevocabilidad del salario del mandatario es, esencialmente, una supervivencia del derecho romano. (Cf. en particular LAMONTE y VAN DAMME, *Essais de Jurisprudence*, Rev. crit. de Jurisp. belge, 1946, p. 199 y ss. Nº 4). Suponiendo que la regla tenga a veces una justificación, los fundamentos deben ser distintos a los tradicionales (Journ. A. de BRASQUENS, nota Rev. crit. de Jurisp. belge, 1964, p. 190 y sig.). En el mismo sentido nos parece evidente que los administradores de sociedad son revocables *ad nutum*, ya que son —se dice— mandatarios y el mandato es esencialmente revocable. Se trata además, para nosotros, de un principio de orden público (Civ. 25 de mayo de 1944 D. A. 1944, p. 108), aun cuando el principio contrario sea de orden público en cuanto a los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada (Paris, 15 de diciembre de 1953, J. C. P. 1953, II 7323) y resulta difícil discernir la razón de la diferencia. Una regla romana persiste, aún aquí, la solución del derecho moderno. Pero si el romano que revocaba al viajero que había proyectado podía revocar inmediatamente el mandato que había otorgado en previsión de ese viaje, no se alcanza a comprender qué relación sea esa necesidad práctica de hace veinte siglos, con el estatuto de los administradores de sociedades. La revocabilidad *ad nutum* de los administradores de sociedades es, quizá, una regla conveniente (dudamos mucho de ello, por otra parte). Pero para llegar a esa conclusión, sería necesario investigar si se de mejor política la ausencia permanente de la revocación o bien asegurar a los administradores una cierta estabilidad. El problema no parece haber sido estudiado seriamente en Francia sobre este terreno, que sin embargo, es el suyo.

En consecuencia, por otra parte, consultar el pequeño número de estudios publicados en Francia acerca de los problemas de organización de las sociedades comerciales comparado con la importancia y profundidad de las obras publicadas en EE. UU. e Inglaterra (V en particular: BENT, *The 20th Century Capitalist Revolution*, 1954; GREEN, *The Principles of Modern Company Law*, 1954; y, sobre la legislación federal de las sociedades en los EE. UU. *Law, Security Regulation*, 1961 y 1965 Supplement).

Por cierto que se le trata sólo de tres ejemplos entre muchos otros...

lo demás, los autores alemanes e italianos se han consagrado volúmenes? “ ¿Cómo pueden funcionar las empresas nacionalizadas sin que sus jefes, ni los teóricos de la economía política o del derecho puedan explicar la finalidad de su funcionamiento —pues tal es una de las conclusiones a que se arribó en el tercer Coloquio de las Facultades de Derecho organizado en 1955 por la Facultad de Grenoble? “ ¿Cómo el derecho social ha podido ser descuidado durante tan largo tiempo, salvo por algunos grandes espíritus? ¿Por qué el derecho de la energía nuclear no es enseñado, como ocurre corrientemente en algunos países extranjeros?

Las reformas que acaban de ser bosquejadas no son ciertamente las únicas que podamos pensar. “ Nosotros mismos hemos dicho, por ejemplo, las razones por las que deseamos que los cursos magistrales del nivel actual sean, en tercer o cuarto año, ampliamente reemplazados por un conjunto de cursos profundizados, de dirección de estudios, de discusiones sobre la jurisprudencia, sobre casos o de problemas teóricos. “ Pero la orientación de la investigación jurídica y de la enseñanza del derecho dirigida a los derechos y las civilizaciones extranjeras, a los problemas sociales y a la filosofía del derecho, nos parece tarea esencial y primordial de la hora presente. El esfuerzo de cada una de esas direcciones facilitará, además, la marcha en las restantes. Holmes, para citarlo una vez más, decía que el derecho debe incesantemente extraer de la vida nuevos principios. ¿Cómo podríamos progresar, entonces, si ignoramos la realidad social? ¿Y cómo podríamos avanzar útilmente y con segu-

“ En Francia, a decir verdad, sin contar la contribución aportada al derecho de la empresa por distintos autores que han escrito sobre el tema a título accesorio (Ripert, Escarra, Hazelet, Durand, Bonast, Friedel, en otros) —scaban de serie especialmente consagradas dos obras: Abeille, *Droit capital, travail. Pour le droit de l'entreprise*, preface Ripert 1954; M. Despas, *L'entreprise* introducción H. Solas, 1958, et le droit, preface de G. Marty, 1959.

“ V. en particular Kratoch, *Reflexions sur le troisième Colloque des Facultés de Droit, Droit Social, 1955*, p. 323 y sig., N.º 8, reproducido en *Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France*, preface C. A. Colliand, p. 399 y sig., 1956.

“ Informes y debates del coloquio organizado los días 9, 10 y 11 de junio de 1952 por la Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas de Estrasburgo sobre la cuestión: ¿Responde a las necesidades de la vida contemporánea la actual enseñanza de las disciplinas jurídicas y económicas? Enfatizamos también a todos los que se interesan por los problemas de la enseñanza jurídica, los estudios publicados trimestralmente por la Association of American Law Schools en el *Journal of Legal Education*.

“ Cf. *L'enseignement du droit aux Etats Unis et en France du point de vue de sa méthode*, *Rev. int. dr. comparé* 1954, p. 385 y sig., Comp. Arthur Sutherland Jr. *La formation du juriste américain, problèmes à saisir en la Revue internationale de droit comparé*, 1957.

ridad sin controlar y comprender nuestra marcha y sin saber lo que hacen los demás? La humanidad no ha avanzado sino en períodos de intercambios intelectuales y culturales. Y es un Renacimiento lo que necesitamos.

Tal es la ambiciosa conclusión que nos permitimos someter a nuestros colegas para que inspire, en la medida de su mérito, los trabajos del coloquio de Burdeos. Después de todo, sin duda, ella no habría ofendido a Montaigne, ni a Montesquieu.

LAS FACULTADES DE DERECHO Y LOS GRANDES PROBLEMAS DEL MUNDO CONTEMPORÁNEO.

INVESTIGACION Y ENSEÑANZA EN LAS FACULTADES DE DERECHO

Por ANDRÉ TUNG

(Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Grenoble)

* *Revue Doffet, N/PL/PSH. Chronique XXVII - 2^{te} cahier.*

"El hombre habrá comprendido, al fin, la palabra crucial que le marcaban las ruinas, los Heiles, la ceniza: «Nada vale la pena de ser encontrado, sino lo que nunca ha existido todavía. El único descubrimiento digno de nuestro esfuerzo es construir el porvenir». — TERENCE DE GAULAN.

"Lo que no existe no cuenta. Lo real es lo que será". — OWEN D. YOUNG.

"Solo es verdaderamente conservador, aquel hombre que resolutely mira hacia el futuro". — THOMAS ROOSEVELT.

El respeto que profeso a tres maestros eminentes de las Facultades de derecho debería incitarme quizá al silencio, frente a la emocionante defensa de los estudios históricos¹ que presentan en respuesta a una crónica que publiqué en este *Revue*². Pero han tenido la cortésia de invitarme a reconocer mis errores y modificar mi juicio y en tanto profesores nos debemos por sobre todo a las ideas. ¿Quién juzgará si nuestras opiniones son buenas o malas? Tenemos a lo menos el deber, de expresarlas cuando creemos haberlas meditado suficientemente y defenderlas, si es menester, cuando llegamos a la comprobación de que no hemos sabido exponerlas con la claridad deseable³.

Temo que mi crónica, por demasiado frondosa, haya podido dar lugar, por parte de mis eminentes colegas a algunos equívocos, de los que -a

¹ H. BARRON, F. GUILLET y F. L. TIMBAL "Histoire du droit et de droit comparé dans l'enseignement des Facultés de Droit", D. 1957, Chron., pág. 295 y ss.

² A. TUNG "Essai de méthode (Recherche et enseignement dans les Facultés de Droit)", D. 1957, Chron., pág. 71 y ss.

³ Pedimos excusas por el retardo en que aparecen nuestras puntualizaciones. Nuestro manuscrito, a decir verdad, había sido dirigido al *Revue Doffet* desde fines del mes de enero.

manera de introducción— quería destacar los dos más importantes, para apartar del debate los malentendidos que podrían hacerlo degenerar en polémica ⁴. Uno y otros no hacemos sino buscar los medios de servir mejor a los estudiantes, por lo que con este propósito insistiré seguidamente, sobre dos ideas que me tomo también, no hayan sido tampoco perfectamente comprendidas.

Les así con sorpresa, en primer lugar, que mi tío haya sido remu- nida con esta frase: "Los futuros juristas deberían conocer, según él, Alemania, los Estados Unidos, el Islam, Asia, el arte Maya, Lascaux, Pavarotti, Molire y los Padres de la Iglesia.....". Fácil es refutar tal absurdo pero me pregunto ¿Cómo mis colegas han podido imputármelo? Si nos remitimos al texto debemos convenir que cuando he citado en el pá- rrafo I -a Alemania, Estados Unidos, el Islam, el Asia, era para sugerir, en efecto, que nuestras Facultades, que reservan un lugar en el programa de estudios a los derechos cuneiformes y a las civilizaciones que ellos in- tegrar (La Mesopotamia, la Capadocia Asiria, Egipto, Haití, Mitani), como al derecho egipcio, hebreico y griego ⁵ y a las instituciones romanas, bizantinas y francas, y que consagran alrededor de cuatro semestres ⁶ a la historia de los derechos y de las instituciones anteriores al año 1.000 ⁷, podrían también acordar un cierto lugar a las civilizaciones y a los derechos

⁴ Es posible que algunas hayan dado al título de nuestra crónica un sentido metafórico, injuriado para el trabajo actual de nuestras Facultades de derecho. (En este sentido por ej. Aquiles Meire evoca "la enseñanza de los sobrevivientes de este período paleolítico, quiero decir asociar a Lalandiere y Maurice". *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, t. 3, fasc. I: Centenario Maurice Maurice, pág. 71. Podemos afirmar que esta interpretación es errónea. Es en exacto sentido que hemos hablado de "salir del neolítico" (de salir de él completamente, en todo caso), como una de las tareas que incumben a la humanidad actual, con la consi- deración debida al pensamiento de sabios como el abate Breuil y Teilhard de Chardin (Ver la reflexión de Breuil referida por Teilhard y reproducida en nues- tra crónica, pág. 71, Es. col.). Sobre las razones por las que un hombre como Teilhard de Chardin con un conocimiento único de la historia de la humanidad, pensaba que "pasamos precisamente por una época crítica y singular" (subrayado por él), que "estamos situados, en la hora actual, no sólo en un cambio de siglo y de civilización, sino en un cambio de edad (también subrayado por él), véase "L'Neomasinitas", inédito 1923, reproducido en *Le sillon du passé*, 1927, pág. 73 y sig., especialmente pág. 107 y ss.

⁵ Estos diversos derechos "pre-romanos" ocupan dieciocho-cientos páginas, por lo demás muy interesantes, en la excelente *Histoire des institutions et faits sociaux des origines à l'aube du Moyen Age* de M. M. Monier, Cardonca e Lambert. Jean Mallat en su *Histoire des institutions et faits sociaux*, consagra 120 páginas al Oriente Antiguo, a la antigüedad mediterránea y a la ciudad griega. Jacques Ellul sólo considera las instituciones griegas y les acuerda 200 páginas.

⁶ Por "semestres" —unidad de cuenta en materia de enseñanza—, debe enten- derse el tiempo durante el cual se da un curso de tres horas semanales.

⁷ Dos semestres de estudio de las instituciones y hechos sociales más una parte de los tres semestres consagrados al derecho romano. Ver *infra*, capítulo II.

contemporáneos⁹. El pasado no es nuestra única riqueza. Nuestros contemporáneos, con quienes, además, convivimos, merecen también ser conocidos¹⁰. Además, cuando he evocado -en el capítulo II- el arte maya, Lascaux, Varrois, Molière y los Padres de la Iglesia, todo esto aparecía formando parte de un contexto enteramente diferente. Destacaba simplemente este hecho muy grave: así como la distancia entre el nivel de vida de los pueblos más ricos y el de los pueblos económicamente subdesarrollados no cesa de agrandarse, en cuanto los primeros tienen cada año que corre la vida más fácil y los otros se hundan cada vez más en la miseria¹¹ así dentro mismo de Francia, las posibilidades culturales de una parte de la población se han desarrollado ampliamente desde hace algunas décadas mientras millares de familias viven todavía en condiciones que no permiten vida cultural o espiritual alguna. El primer fenómeno constituye una preocupación para los economistas y las organizaciones internacionales- y debería serlo también para cada uno de nosotros. El segundo afecta más directamente todavía, a aquellos que anhelan que nuestra civilización sea fiel a los ideales que profesa. Fue para que los estudiantes pudiesen contribuir a resolver mejor el problema, que me permití proponer que ellos fueran llamados a participar en la realización de encuestas sociales y no que estudiaran el arte Maya, Lascaux, Varrois, y los Padres de la Iglesia.

Más sorprendente aún me ha parecido el reproche de "labor materialista" que se me ha hecho al llamado de algunas ideas de Teilhard de Chardin. Por de pronto, aunque mis eminentes colegas declaren su "desconfianza" respecto de su pensamiento, no podría concebir que el reproche se dirigiese al autor del *Medio divino*, al hombre para quien la historia del mundo se resume en una ascensión creciente del espíritu¹². Pero

⁹ No he podido, por lo demás, que todos los estudiantes a la vez estudien Alemania, Estados Unidos, el Islam y el Asia. Debo solamente que nuestras facultades consagren, por una parte, un semestre al "derecho comparado" en la sección de derecho privado, y por otra, en todas las secciones, un semestre al estudio de las civilizaciones contemporáneas, elegidas según los recursos de personal de la Universidad y que puedan variar de un año a otro. Ver *infra*, capítulo II.

¹⁰ Sobre la utilidad y la posibilidad de estudio de las sociedades contemporáneas, ver también *infra*, capítulo II.

¹¹ Cfr. *infra* texto que precede la nota 36.

¹² Sobre "la esencia poética de la evolución" puede verse en particular *L'Humanisme inédit* 1928, reproducido en *La vision du passé*, 1937, pág. 35 y sig. especialmente p. 181 y sig. A decir verdad esta elevación del espíritu es el curso de la historia es la idea central del pensamiento de Teilhard de Chardin. (Ver, aún, por ejemplo, un extracto de *L'Espoir de la Terre* reproducido en *Messéaux lettres de voyage*, 1933-1935, págs. 184-185.

en qué he dado a su pensamiento un „sabor materialista“¹⁸. -¿He cometido torca del mundo se resume en una ascención creciente del espíritu. Pero en qué he dado a su pensamiento un „sabor materialista“. -¿He cometido error al hablar de países subdesarrollados, de hambres, de tugurios, de alcoholismos, de miseria en lugar de enunciar nobles principios sin mirar la realidad social?-. Espero que Santiago tomará mi defensa: “Caso que un hermano o una hermana estén desnudos y necesitados del alimento diario, de que les servirá que alguno de vosotros les diga: ¡Id en paz, defendeos del frío comed a satisfacción, si no les dáis lo necesario para reparo del cuerpo?”¹⁹

Mi “materialismo” consiste en haber dicho que el desarrollo de los medios de transporte y de comunicación cambian las relaciones entre los grupos humanos y de algún modo “intervalen” la humanidad? Me he limitado a comprobar un hecho muy simple, un hecho que han destacado, con Teilhard de Chardin, una endélica reciente y numerosos mensajes pontificios, porque es de la mayor importancia para la orientación que tomara la humanidad²⁰. Este hecho está, en efecto, en el origen del „gran despertar“, de la humanidad²¹ al cual asistimos actualmente y sobre el cual volveremos después de haber aclarado nuestro pensamiento sobre estudios jurídicos capítulo I, porque quizá la creación en nuestra Facultad de derecho, no solamente de un curso de derecho comparado, sino de un curso de civilizaciones contemporáneas (capítulo II)²².

¹⁸ Nuestros contradictores, sin embargo, han tenido a bien al escribirnos que el reproche de “sabor materialista” no apuntaba en modo alguno, como el conato podía dejarlo creer, sino que se refería a una impresión que hubiera podido dar los primeros escritos de Teilhard de Chardin.

¹⁹ Epístola de Santiago, I, 15-18. Ver además PAUL DURAND: *Le phénomène du phénomène juridique et les tâches de la doctrine médiane du Droit Privé*, D, 1896, Chron. pág. 73 y ss.

²⁰ Véase Sobre las modificaciones que la técnica aporta, por una parte al medio y al espacio, y por otra, al tiempo y al movimiento, ver igualmente Jacques RIZAN, *La technique ou l'œuvre du siècle*, 1964, pág. 243 y ss.

²¹ La expresión pertenece a Gunnar Myrdal.

²² Comparemos HAZAN, E. YERONIA, *Comparative Legal Studies and the Role of the American Law School*, 17 *Louisiana Law Review* 538-551 (1957). Ver en particular pág. 543: “Las necesidades del estudio jurídico comparativo imponen una revisión radical del sistema de educación jurídica americana”. Comp. igualmente DAVID F. CARRAS-SCHNEZ, *Research and the law: Towards “Experimental Jurisprudence”* 19 *Journal of Legal Education* 182-198 (1957): “Ciertos cambios fundamentales serán necesarios en nuestras escuelas de derecho si debemos producir juristas (experimentales o no) cuya ayuda será requerida si no se quiere que el derecho quede muy atrás de los cambios sociales que los hombres de ciencia y los ingenieros accionan día a día”.

Nuestra precedente crítica no constituía un ataque contra los estudios históricos en las Facultades de derecho; era, esencialmente, un alegato en favor de los estudios comparatistas, sociológicos y filosóficos. Si un malentendido ha podido producirse, porque para darles el lugar que nos parecen merecer, mencionamos la posibilidad de reducir el lugar acordado a los estudios históricos, o colocar alguno de estos estudios entre los cursos opcionales, cabe señalar que hicimos todo lo posible por prevenirlo ¹².

En el programa de los estudios, jurídicos, tal cual resulta del decreto del 27 de marzo de 1954, los estudios históricos son de dos clases. Cuatro semestres se consagran en primero y segundo año, a la historia de las instituciones y de los hechos sociales. Además, para los estudiantes que optan por la sección de derecho privado, tres semestres son atribuidos al derecho romano y al derecho francés antiguos: uno al derecho de las obligaciones y otro al derecho de los bienes, con reserva de opción en favor de las fluctuaciones de la actividad económica, el tercero a los regímenes matrimoniales, a las sucesiones y a las donaciones. Somos calurosos partidarios de los estudios históricos de la primera categoría —a condición que el estudio de las civilizaciones pretéritas no excluya al de las civilizaciones actuales ¹³. La utilidad de la historia no necesita demostración ¹⁴. Conservamos vivo el recuerdo del descubrimiento que fue para nosotros, estudiantes de primer año, del curso de historia del derecho, y hasta abrir hoy los excelentes manuales, recientemente publicados, sobre la historia de las instituciones y de los derechos sociales ¹⁵ para comprobar que aportan una cultura preciosa para nuestros estudiantes, que sería muy útil también para los estudiantes de las Facultades de letras. Nuestras dudas conciernen solamente al lugar que incumba a las enseñanzas histórico-técnicas como las del derecho de las obligaciones, de los bienes, de los regímenes matrimoniales, de las sucesiones y de las donaciones.

¹² Ver en particular la nota 8 de nuestra precedente crítica.

¹³ Sobre esta reserva ver supra, texto correspondiente a las notas 8 y 9 e infra, cap. II.

¹⁴ Ver por lo demás PAUL VALÉRY: *Regards sur le monde actuel*, 1931, pág. 19 y ss.; THOMAS DE CHARENTÉ, *La découverte du passé*, *Évaladé*, 20 de noviembre de 1930, reproducido en *La vision du passé* 1937, pág. 237 y ss.; H. I. MARSH, *De la connaissance historique*, 2a edición, 1935, pág. 245 y ss.; también las introducciones de Jean Maillet et Jacques Ellul a sus obras citadas en la nota siguiente.

¹⁵ Ver las obras de J. Maillet y P. C. Tibral (Dallas), R. Mosler, G. Cardacia y J. Imbert, y G. Lepageux (*Monographies*), J. Ellul (P. U. F.).

Preferimos igualmente que nos consideramos tan cuidadosos como el que más²⁴, en punto a la formación técnica de los estudiantes, entre los que se encuentran los futuros magistrados, abogados, notarios o asesores jurídicos. Si anhelamos que sean algo más que puros técnicos del derecho, deben ser, sin embargo, buenos técnicos. Para la mayoría de ellos, el derecho comparado puede parecer un "lujo", una enseñanza "periférica", -pero no nos atrevemos a decir otro tanto de la sociología jurídica y de la filosofía del derecho, que descienden más bien al corazón de la materia.

Para que nuestras Facultades reconocan un lugar al derecho comparado privado de los territorios de ultramar, a la sociología jurídica y a la filosofía del derecho, tres semestres podrían en rigor ser suficientes, sin perjuicio de que quisiéramos agregar como veremos, un semestre para las civilizaciones contemporáneas. El programa de estudios jurídicos se compone de treinta y ocho, de los que ocho corresponden legítimamente al derecho civil, que debe ser por excelencia la disciplina formadora del espíritu jurídico de nuestros estudiantes de derecho privado. Me pregunto si los estudiantes tendrán "menos bien hecha" su cabeza, serán menos aptos para el razonamiento jurídico, cuando hayan consagrado cuatro semestres sobre treinta y ocho al estudio de una civilización contemporánea a un sistema jurídico extranjero, a la sociología jurídica y a la filosofía del derecho? El problema se precisará aún más, si agregamos que nos parece imposible la comprensión de los regímenes matrimoniales, las sucesiones o las donaciones, sin conocer su historia, por lo que supuesto lo dicho, recién entonces aparecerá la única cuestión que nos divide: el derecho privado de Roma y de la antigua Francia debe ser objeto de breves exposiciones sintéticas o debe ser objeto de un estudio sistemático y detallado?

La situación anterior al decreto del año 1954 era por demás paradójica. Se enseñaba el derecho romano con mucho detalle. En el hecho, beneficiario de tres semestres, se lo enseñaba con mayor profundidad que el derecho comercial, cuyo considerable programa debía ser cumplido en dos. El curso de historia del derecho tenía casi siempre exclusiva relación con el derecho público, o con la teoría de las fuentes del derecho, que a su vez deriva del derecho público. En cuanto a la historia del derecho privado, correspondía que los profesores de derecho civil la expusieran a los estudiantes del curso en la medida que su conocimiento les parecía útil para la comprensión del derecho actual.

²⁴ Sobre el lugar necesario de la técnica en el derecho, ver las interesantes exposiciones de M. F. COULOMBEZ en su reciente estudio: *Faire et has dans le droit ou le poids de l'histoire*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1957, pág. 609 y m. (págs. 627 y m.).

La situación, aunque paradójica, no era criticable —a nuestro juicio— sino por lo excesivo del lugar asignado al derecho romano. Henri Capitant, que fue nuestro profesor de derecho civil en tercer año, no dedicaba más de media hora al estudio de los regímenes matrimoniales anteriores al Código Civil. Pero esa media hora era rica en enseñanza. La exposición del desarrollo histórico era tanto más luminosa en razón de que sólo aparecía en sus ideas dominantes. Introducía verdaderamente en la codificación napoleónica, cuyas grandes líneas el estudiante captaba inmediatamente, a lo que seguía entonces el estudio del derecho positivo y sus problemas.

¿Necesitamos recordar, para evitar comparaciones desprovistas de significado que el derecho civil francés es un derecho codificado? Toda la experiencia anterior encuentra en el Código Civil una expresión clara, ordenada, razonada, que ha querido ser y ha probado ser suficiente por sí sola, y que está condenada en un conjunto coherente de principios.

Portalis, en su hermoso *Discurso Preliminar* demostró que el juez debería completar, mejorar, adaptar la obra del legislador a las condiciones sociales futuras¹¹. No llamó al historiador para proseguir su tarea, aun cuando haya destacado con suma elocuencia la continuidad del derecho. El lugar que merece la historia del derecho privado francés debe ser considerado dentro del cuadro de un derecho codificado. Nos parecen sin valor todas las comparaciones que se pueden hacer con el lugar del desarrollo histórico en el estudio de la filosofía del derecho, del *Common Law* inglés o del sistema constitucional americano¹².

¿Cuál es entonces el lugar que legítimamente corresponde a los estudios históricos-técnicos en la enseñanza del derecho francés? Nuestros

¹¹ *Ibid.*, T. 1, pág. 470 y *id.*: *Loc. cit.*, T. 1, pág. 328 y *ss.*

¹² Claro está que el valor de un pensamiento filosófico, ya se trate de filósofo jurídico o no, sólo parcialmente depende su antigüedad. Aunque Platon o Descartes no hayan dispuesto de la suma de conocimientos que están al alcance de un filósofo moderno, no se concibe a un filósofo que ignore la filosofía griega del siglo V antes de Cristo o aún el derecho francés del siglo XVII. Lo mismo para un inglés la historia forma parte del derecho actual. Puede verse en la *Law Quarterly Review* el lugar que se le reconoce, aún en los comentarios de restricciones y en la discusión de problemas actuales. Pero, pasaría por la mente de un abogado francés la idea de demostrar a un Tribunal, que Bonafant o Pothier o el Parlamento de París han equivocado el alcance de una regla reconocida en su época? En lo que concierne, en fin, al sistema constitucional americano, cabe señalar que se funda en la Constitución de 1789 como el derecho civil francés en el Código de 1804. Ya que mis colegas han tenido a bien acudir a los dos volúmenes que con mi esposa le dedicamos, habémos observado que comprende 56 páginas relativas al período anterior a 1789, sobre un total de 1.000, y que, en las 500 páginas del volumen que trata de la parte histórica, trececientas abarcan los 75 últimos años y 120 los últimos veinte.

amigos y colegas historiadores deben persuadirnos que no sin tribuna mantenemos —aunque a título de opinión personal— nuestras anteriores conclusiones. Sus estudios e intereses científicos son tan respetables como los de los demás. Pero si del patrimonio intelectual de la humanidad nada debe ser sacrificado, si es necesario que unos sabios se esfuerzen en descifrar la lengua etrusca, en tanto otros penetran más profundamente en el estudio del átomo, no toda investigación presenta el mismo interés para nuestros estudiantes. Numerosos colegas historiadores, por otra parte, así lo han comprendido, acrecentando sus investigaciones propiamente históricas con estudios de sociología, de etnología jurídica, de economía política, de derecho canónico, de derecho del trabajo, de filosofía del derecho, de moral, de derecho agrario¹².

¿Puede afirmarse que el estudio del derecho de hace 2.000 años o aún de hace 500, tenga para nuestros estudiantes un valor formativo mayor que el derecho actual, o aun diferente y complementario? No lo vemos así. El programa del bachillerato comporta la extracción de raíces cuadradas y esto es útil porque, aun para un jurista, un cierto hábito de razonamiento matemático tiene valor formativo que sólo la lógica formal puede reemplazar. Pero el razonamiento de los juristas romanos no difiere del nuestro, al punto que pueda aportar según nuestro modo de ver, una formación complementaria apreciable¹³.

¿Puede afirmarse que el conocimiento detallado del derecho de hace 2.000 años o aún de hace 500 sea necesario o útil para la comprensión del derecho contemporáneo? Si nuestros estudiantes han estudiado hasta ahora el derecho romano de modo profundizado, no se les enseñaba, en cambio, el antiguo derecho. De donde se puede concluir, por una parte, que esa enseñanza no era necesaria, y por otra, que el argumento favorable a los estudios históricos fundado en la continuidad del derecho carece de valor: el derecho, es ciertamente continuo, pero

¹² Sobre la utilidad para la formación histórica para la enseñanza de estas diferentes materias, ver OUSADO, "Les enseignements historiques dans les Facultés de droit: nouvelles perspectives en fait de recherche" en *Revue Juridique et économique du Sud-Ouest, Éric Juridique*, 1937, pág. 115 y ss. pág. 131 y ss. Es necesario recordar que nuestra disputa se dirige al derecho romano y no a los romanistas. Si se considera con Ourliez (op. cit. pág. 206) que ésois états "may bien préparés para el estudio del derecho comparado y de las investigaciones sociales" sus complacencias de los errores que cumplieron en esos dominios. Lo esencial para nuestros ojos es que nuestros estudiantes sean orientados hacia el derecho comparado o hacia las investigaciones sociales más que hacia la investigación de las interpolaciones o de los derechos consuetudinos.

¹³ Finalmente, el derecho romano de tercero y cuarto año llega después de cuatro o seis semestres de derecho civil. Si en este momento el estudiante no sabe todavía leerlos, hay que perder toda esperanza.

conoce también "derivar" (tourmanta) en su historia y tras cada uno de esos "derivios" el período que lo precede sólo merece ser enseñado en sus grandes principios²⁴. Por lo demás, debemos confesar, por nuestra parte, haber olvidado casi por completo el derecho romano y no haber retenido de la historia del derecho privado sino las grandes líneas que de ella extraía Henri Capitant²⁵. Sin duda, la curiosidad intelectual y la cultura de algunos magistrados, profesores, abogados, notarios, les ha permitido conservar el gusto por el derecho romano y por la historia del derecho privado. Pero cuántos otros deben confesar una ignorancia comparable a la nuestra y, sin duda, no se sienten por ello trabados en la práctica cotidiana del derecho.

¿Puede explicarse que después del derecho del trabajo y de la seguridad social, el derecho romano y la historia del derecho francés sean —en la sección del derecho privado— los grandes beneficiarios de la reforma de 1954; que la historia del derecho de las obligaciones y de los bienes ocupe dos semestres, tanto como el derecho actual de las obligaciones —que comprende toda la responsabilidad— y el de los principales derechos reales²⁶, que a la historia de los regímenes matrimoniales, sucesiones y donaciones se le reconozca un semestre entero, contra dos semestres dedicados al estudio de estas materias desde el Código y en su actual régimen; que al derecho romano y la historia del derecho se atribuya la misma importancia que el derecho comercial y el derecho fiscal de los negocios; que la reforma prometa una renovación del estudio de los derechos "pre-romanos" y de las leyes francas? Recordemos las advertencias de Holmes: en una cierta orientación, el

²⁴ La enseñanza de Derecho Privado se ha vuelto de algún modo un cohete de tres etapas: derecho romano, derecho antiguo, derecho moderno (para no hablar de la rama de lanzamiento que constituye el estudio de los derechos preromanos). Frente a esta etapa deberá agregarse ya que podemos esperar una revisión del Código Civil en su futuro muy cercano. Si uno no se resigna a "saltar" las etapas anteriores, se enseñará el derecho romano todavía en el año 2000 o 3000? A juzgar por el pasado, una respuesta afirmativa tiene bastantes probabilidades de ser exacta. Es igualmente posible que se emprenda entonces el estudio de los autores del siglo XIX actualizándose descuidados.

²⁵ Sin embargo, precisamos que, sobre problemas del derecho de las obligaciones, a veces consultamos a Demat siempre con provecho. No negamos que un pensamiento, aunque antiguo, conserve interés. Pero no basta, evidentemente, que sea antiguo para ser interesante.

²⁶ Agregamos una cuestión incidental: si el conocimiento de la historia es necesario para el conocimiento del derecho actual, ¿cómo comprender que el derecho actual de las obligaciones y de los derechos reales principales se enseña en segundo año y su historia en tercero?

una energía que podría encontrar mejor empleo¹⁸. Si vueltas hacia el estudio de la historia puede ser peligroso; puede desviar hacia el pasado

¹⁸ Quizá sea necesario recordar aquí, los viejos ataques de la Iglesia contra el Derecho Romano. La enorme influencia de ese último sobre nuestro derecho, ha sido y permanece siendo muy enojosa desde distintos puntos de vista. En cierta medida hay que elegir entre la civilización romana y la civilización cristiana. Claude Trémoussat, en particular, en su notable "Essai sur la pensée néo-trinitaire" ha recordado la oposición del pensamiento judeo-cristiano y el pensamiento griego. Sería satisfactorio imaginar que hemos recogido las dos corrientes sin sacrificar para nada la riqueza de cada una (Sobre este punto somos más optimistas que Ripert: ver *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed. y *Les forces créatrices du droit* pág. 54 y ss.). De hecho y Claude Trémoussat lo demuestra luminosamente, la corriente griega, más simple y de alguna manera más superficial prevalece a menudo sobre la corriente judeo-cristiana, a veces aún en el interior del pensamiento cristiano (Comp. del mismo autor "La doctrine morale des prophètes d'Israël", en particular pág. 146-7). Y el pensamiento romano más circuido no es más que un pobre reflejo del pensamiento griego.

Para circunscribirnos aquí a los aspectos jurídicos de ese conflicto, el rico que deja morir de hambre a Lázaro en su puerta, es un justo según el derecho romano (y el nuestro), pero no según el derecho judeo-cristiano (la ley y no simplemente una moral a la que el derecho podía quedar ajeno totalmente). Ver *Lucas* 16, 1-11, 19-31 y anárronamente *Exodo* 23, 4-5, 10-11; *Levítico* 25, 13-34; *Deuteronomio* 15, 1-11, 22, 19-21, 24, 19-21, 26, 12; *Job* 31, 4-20; *Isaías* 5, 8, 58, 7, 58, 10, *Exquisit* 18, 17. Ver en particular *Deuteronomio* 15, 7-11: "Si hubiere un medio de si sin necesidad de entre tus hermanos, en tus ciudades, y en la tierra que Jehú, tu Dios, te da, no endurecerás tu corazón ni cerrarás tu mano a tu hermano pobre, sino que le abrirás tu mano y le prestarás con que poder satisfacer sus necesidades, según lo que necesita... Nunca dejarás de haber pobres en la tierra; por eso te doy este mandamiento: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra". Ver igualmente los trece capítulos por el R.P. Rigo en *Morale moderne et ses la probé, sensée des intellectuels catholiques*, 1956, pág. 119. Sobre "La justicia y el mundo del dinero" ver en una última obra pág. 83 y sig. las exposiciones de Daniel Villey de los RR. PP. Lebeuf y Rigo y de Maurice Bye. Comp. Jacques Ellul *L'homme et l'argent*, 1953.

El individualismo, la fuerza lógica y el 'amplicano' del derecho romano —probablemente reflejo de una civilización particularmente pobre en vida filosófica y sin artística— le han dado una gran fuerza expansiva. Debe seguir siendo, sin duda, el fundamento de nuestro derecho. Pero quizá actualmente, si vemos todo lo que falta a nuestra sociedad y a nuestra civilización, comprenderemos cuán necesario sería, sin conocer la inevitabilidad y necesaria imperfección del derecho en relación a la moral, (Conf. P. Coussin "Force et bairden le droit dans la pensée juridique de Jhering", *Revue Trimestrielle D. C.* 1957, pág. 609 y ss., pág. 630. Comp. H. L. A. Hart: *Partitions and the separation of law and morals*, 71, *Harvard Law Review* 529, 623, 1958; Lon L. Fuller *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to professor Hart*, 71, *Harvard Law Review* 630, 672, 1958; K. Kahane *Three great systems* 1927-1930, 1933) inclinar nuestro derecho hacia las concepciones judeo-cristianas.

Dos libros han sido recientemente publicados sobre esta cuestión: K. KARANA KARAN, *Three great systems of jurisprudence*, 1955 (nota D. Tallon *Rev. internat. de compar.* 1955, pág. 794 y L. W. McMillin, 72 *Law Quarterly Review* 432, 1956) que opone la ley mosaica, derecho romano y Common Law, y JACOB J. RABINOWITZ *Jewish Law its influence on the development of legal institutions* 1956 (nota E. Toussat *Rev. internat. de compar.* 1957, pág. 810 y Bentram B. Bonas 74 *Law Quar-*

pasado, las Facultades no orientan la evolución del derecho, éste será el hecho de fuerzas políticas mucho menos clarividentes. (71,80)

En fin, ¿cómo puede escribirse: "La Historia y el derecho comparado enriquecen, uno y otro, la experiencia" ⁸¹ y oponerse a que la historia, que ocupa más asimismo en el programa de los estudios jurídicos, ceda uno al derecho comparado, al que, actualmente, no se le ha reconocido síguo ⁸².

Con entera franqueza debemos decir que peránimos en la creencia que el lugar excesivo que ocupan el derecho romano y la historia del derecho en el programa de los estudios jurídicos plantea un problema grave desde diversos puntos de vista, para el porvenir de los estudios de derecho privado en Francia. Ciertas soluciones pueden ser contempladas. Querriamos que los estudios históricos-técnicos de tercero y cuarto año fuesen puramente facultativos. En tal caso, la materia que ellos tratan podría integrarse, desde el punto de vista de las instituciones

tevé Rivier (46, 1958) que muestra el aporte del derecho judío a las instituciones jurídicas de la antigüedad y del derecho medieval.

Recordamos igualmente el discurso de Mirabeau sobre la igualdad de las particiones en las sesiones de la línea directa (Colección complète des travaux de Mirabeau à l'Assemblée nationale, t. 5 1792) "Qu'il est temps ya que después de haber sido subyugados por la autoridad de las leyes romanas las naciones, nosotros, a la autoridad de nuestra constitución; y que después de haber sido sus esclavos nosotros ahora sus jueces. Qu'il est temps ya que sepamos ver en estas leyes el genio de un pueblo que no ha conocido los verdaderos principios de la legislación civil, y que ha estado más ocupado por la dominación exterior que por hacer reinar la igualdad y la felicidad en sus hogares".

⁸¹ Comp. BARRER, *Les travaux scolaires du droit, Sobre la función de la doctrina en la época actual*, ver también JEAN DUMAS *Rev. crit. de jurisprudence belge* 1957, pág. 253 y ss. y comp. Jacques ELIEU *Le fondement théologique du droit* 1946, especialmente págs. 76 y ss. y GEORGES BURDEAU *Traité de la science politique* t. 1 1948, N^{os} 131 y ss. Sobre la función de las facultades de derecho ver FREDERIK THE CHALLENGE OF LAW REFORM (1952) y ANDRÉ TISSOT *Le dernier message de Chief Justice Flandreau: Les centres d'études du droit, Rev. Jurispr. de dr. comparé*, 1957, pág. 355 y ss. LOUIS JUSTICE *Debates The Reform of Equity, en Law Reform and Law Making*, 1953, pág. 24 y ss. pág. 31.

⁸² BARRER, *Opuscule*, *Tome I*, op. cit.

⁸³ El derecho comparado puede ser óptimamente un curso opcional en tercer año. Pero el derecho considera solamente "una materia que constituya el objeto de un curso anual o dos materias de las que cada una de ellas sea objeto de un curso trimestral y obligada, sea entre las materias especiales de economía política de 4^o año, sea sobre una lista fijada por cada Facultad por resolución del Ministerio de Educación nacional a propuesta de la Facultad y luego del asentimiento del Consejo de Enseñanza Superior o de su sección permanente. Mientras no secrete "la reforma de la reforma", anhelamos que todas las facultades imiten a la de París, que recientemente ha decidido colocar el derecho comparado entre las materias opcionales del 4^o año. Pero nos parece necesaria que el derecho comparado sea una materia obligatoria o bien opcional sólo con el derecho privado de la Francia de Ultramar.

del derecho privado, en el estudio general de las instituciones y hechos sociales. Todos los estudiantes continuarían beneficiándose de la cultura histórica proporcionada por cuatro semestres de enseñanza. Pero el estudio profundizado y técnico del derecho romano y de la historia derecho privado sería entonces facultativo. La situación sería menos paradójica²² de lo que es actualmente²³.

Habríamos deseado, en la segunda parte de esta crónica, proseguir la investigación precedentemente bosquejada sobre la contribución que las Facultades de derecho puedan aportar a los grandes problemas del mundo contemporáneo. En razón de objeciones formuladas por la redacción del *Revueil Dalloz* respecto de un texto demasiado "inhabitual" nos limitamos a presentar el esquema de nuestra tesis, sin perjuicio de exponerlo con mayor amplitud en otra parte.

²² Decimos bien: menos paradójica. Pues el día en que como lo señalamos (supra Cap. II), se introduzca en los programas un curso de civilizaciones contemporáneas, el conocimiento de nuestro pasado ocuparía todavía cuatro semestres contra una necesidad al conocimiento de los otros grupos humanos, y dudamos mucho que esa desproporción sea legítima.

²³ Si no se estima que cuatro semestres de estudio de historia de las instituciones y de los hechos sociales basten para dar a nuestros estudiantes el sentido de la evolución histórica, no sería mejor adoptar como materia de observación la evolución del derecho desde el Código Civil, más bien que el derecho romano? Tendríamos con ello una materia mucho más viviente y próxima a nosotros, que se presentara mejor al género de pensamiento que debe haber tener un jurista moderno y que sería susceptible, además de dar una cierta visión sociológica de la sociedad contemporánea. Una materia mucho más limitada también y cuyo marco social es conocido, sería susceptible, sino de las habituales y brillantes hipótesis propias del derecho romano, de esta observación precisa y concreta, necesaria para la formación misma del sentido de la evolución. Tomar conscientes las metamorfosis que oculta la continuidad de los usos, como lo sugiere la apasionante crítica de Savatier (*Une direction de recherches par l'examen de la loi prior: Recherches sociologiques des métamorphoses qui cache la continuité des usages*, D. 1957, Chron. pág. 175 y ss.) y como el mismo se propuso hacer en numerosos estudios (ver en especial en qué momento exacto tal o cual regla fue introducida en el derecho romano o en la formación de la comunidad legal? No es, por ejemplo, algo como "el subconsciente del concubinato" (Joussard "L'insconscience du concubinato" DH 1932, Chron. pág. 46 y ss.) en el derecho contemporáneo que podemos comprobar las graves consecuencias de nuestro derecho sobre ese punto y hacer el esfuerzo de pensamiento que permitirá que la evolución prosiga (quizá con reacciones, lo que no es cierto, quizá también como distinción, lo que es aún menos seguro) bajo una dirección lúcida y no a través de sentimientos amañados o de decisiones arbitrarias. Ver sobre este problema el artículo muy interesante de M. J. GAZDAR, *Concubine ou compagne*, JCP, 1958 I, 1299 y el balance muy interesante *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, 1958, prefacio de G. Ponsot, por diversos autores. Ver igualmente JOSEPH RUTAZER, *La destruction de la famille par la loi*, *Journal des Tribunaux (belge)* 1954, pág. 69 y ss. y las observaciones de AUGUSTE FORTINCOUX, *Journal des Tribunaux*, 1948, pág. 116).

La composición de algunas cifras basta, en verdad, para trazar el cuadro de la situación actual de la humanidad y mostrar en qué sentido pueden buscarse soluciones.

En primer lugar, "está actualmente atestiguado científicamente que cerca de los dos tercios de la población del mundo vive en un estado permanente de hambre y que cerca de mil millones y medio de seres humanos no encuentran los recursos necesarios para escapar a los alcances de la más terrible de todas las calamidades sociales²⁰". ¿Cómo podría ser de otro modo si el 10% de la población mundial dispone del 81% de la renta general? No debe creerse que el progreso técnico de la raza blanca resuelve el problema. Por el contrario; se ha estimado que de 1938 a 1948, la proporción de la población del mundo que no dispone de una ración cotidiana de 2.200 calorías (contra 3.250 en Dinamarca y 2.850 en Francia) pasó del 38,6% al 59,5%²¹.

Por otra parte, un comité de expertos nombrados por las Naciones Unidas estimó, en 1951, que para elevar en un 3% anual el nivel de vida de la "sub-humanidad" y colocarla al menos en el camino de la esperanza, sería necesaria una ayuda económica de inversiones del orden de 12 a 15 mil millones de dólares por año. Aunque algunos han juzgado que estas conclusiones son optimistas, y aunque la situación de la "sub-humanidad" se ha agravado después de la encuesta, aquellas cifras muestran un orden de magnitud significativo.

En tanto, la ayuda económica acordada actualmente a los pueblos económicamente sub-desarrollados no alcanza ciertamente los tres mil millones de dólares anuales, y esta ayuda está lejos de revestir las formas

²⁰ Jouis en Cours, Géopolitique de la faim, ed. 1954.

²¹ Sobre la importancia de la miseria en el mundo, los problemas que ella plantea y los remedios posibles, ver especialmente Jouis en Cours, Géopolitique de la faim, ed. 1954; George Balandier, *Le tiers monde. Sous-développement et développement*, préface de Alfred Sauvy, 1956; L. J. HARRIS, A. PIETRA, A. SAUVY, R. DUMAS, *Economie et Civilisation*, t. 1, *Niveaux de vie, besoins et civilisation*, 1954; CHARLES KERR, *Pathologie de la misère*, 1957; ANNE FRANK, *Peur, Choc, 1957*; TINA MIKSI, *Entre la peur et l'espoir*, 1958; J. P. LASSER, *Démocrates de la clarté*, 1958 y *Société ou survie de l'occident*, 1958. Ver igualmente numerosos artículos de la revista *Economie et Développement* de la Revue de *Éducation populaire* (especialmente los de M. J. Méraud en los números de diciembre de 1953 y abril, junio y noviembre de 1956), las publicaciones de Paul Cristy (especialmente *Paix faim*, 1956) y las del Instituto de Investigación y acción sobre la miseria del mundo (Iram), 32, Rue de Valenciennes, París. Señalaremos igualmente la reciente creación de un Centro Internacional de formación e investigación para el desarrollo económico (Infed.), 202, Rue Saint-Henri, París.

En la India, tercer país del mundo por su población, que alcanza cerca de 400 millones de habitantes, la ración cotidiana media se ha determinado en 1.690 calorías, la renta media es de 57 dólares (contra 360 para Francia y 2.000 para los EE.UU.); la perspectiva de vida es de 32 años (contra 66 en Francia y 69 en los EE.UU., en promedio de 9 años cada dos décadas).

más deseables, tanto desde el punto de vista puramente económico como desde el punto de vista político.

Por el contrario, los gastos militares de la humanidad son del orden de los 150.000 millones de dólares por año, o sea más de 150.000 millones de francos por día ²¹ ²². Se sabe cuál es el resultado de este esfuerzo armamentista. En el ámbito de los "dos más grandes", los viejos terrores del día, de los cuales el hombre no ha sabido aún desprenderse, se avivan día a día, trayendo consigo opresión de los individuos y a veces crímenes. Bombardeos de una y otra parte se hallan en vuelo permanente para ganar de cinco a diez minutos en el eventual aniquilamiento de una nación adversa de 170 o 200 millones de hombres ²³. Aguardando en momento —que felizmente, sin duda, nunca llegará— las experiencias atómicas han llevado ya la radioactividad del aire a un grado tal que los sabios más independientes declaran muy peligrosa para el porvenir de la humanidad. Durante este tiempo, paralizada por el miedo, la raza blanca descuida ampliamente la tarea de educación y de asistencia que su civilización le impone, y todos los observadores informan que el resentimiento hacia ella de la "sub-humanidad", la tensión Sud-Norte que está llamada a reemplazar la tensión Este-Oeste o a combinarse con ella, acrece y alcanza ya un peligroso grado de presión ²⁴ ²⁵.

²¹ Véase Para ver las cosas de una manera más concreta, puede uno referirse al informe dado por *The Economist* (17 de mayo de 1958, pág. 556) de una visita a una base americana de lanzamiento de cohetes. A título de experiencia 2000 cohetes han sido lanzados en 1953. Para 1958 el envío de un cohete había sido previsto cada cuatro de hora o media hora. Cada lanzamiento cuesta de 200.000 a 500.000 dólares (de 85 a 210 millones de francos). El éxito técnico en materia de cohetes implica evidentemente un esfuerzo por lo menos igual al de los E.E.UU.

²² Los expertos estiman que en caso de ataque cerca de 50 millones de personas deberían, inmediata y normalmente, ser aniquiladas en los E.E.UU. El profesor Oppenheimer comenta: «A mi juicio, los peligros de la situación actual jamás han sido exagerados. Pienso en las encandoradas declaraciones hechas ante el Comité especial del Congreso sobre las 500 millones de muertes que acarrearían nuestras operaciones militares. No creo que se trate de un error de apreciación o de exageración sobre la situación que debemos afrontar» (*L'arbre de la science, Le Monde*, 31 de mayo de 1958). Ver igualmente: F. Gouss, *Apocalypse de Paris*, 1958; A. Marx-Schwarzman, *Paix ou guerre atomiques*, 1954.

²³ Véase La manifestación más reciente y espectacular de este resentimiento se encuentra en la acogida recibida por el vicepresidente Nixon en su ocasión por su reciente viaje por América Latina. El vicepresidente y los dirigentes del pueblo latinoamericano han sabido deducir muy objetivamente la lección de esta acogida. A su vuelta el vicepresidente declara: "Los pueblos de allá lejos tienen la impresión, como deben tenerla, de la pobreza de la miseria y de la calamidad. Ellos se han propuesto poner remedio". Un comentarista agrega: "Que los E.E.UU. les guste o no, están comprometidos en un esfuerzo de mejoramiento de la suerte de la raza humana cuya mitad jamás ha dormido en una cama, jamás ha calzado su hamba, jamás ha ido a la escuela" (*Time*, 26 de mayo de 1958, pág. 28). Europa cometería un grueso error si creyese que las manifestaciones que han acompañado al vicepresidente Nixon constituyen un fenómeno puramente americano y que la

Si resulta fácil sentirse desolado por el estado del actual mundo o indignarse en razón de que los grupos humanos más evolucionados —que corresponden en general a la raza blanca— no alcanzan a dar a la "sub-humanidad" sino un quinto de lo necesario mientras consagran cincuenta veces más la preparación de su propia destrucción, si es necesario reclamar con todas las fuerzas una "conversión" o una "re-conversión" de la raza blanca que oriente su esfuerzo hacia los otros seres en lugar de orientarlo hacia las cosas de la guerra ³⁹, lo que permitiría que la humanidad encare por fin los verdaderos problemas que se le plantean, en lugar de agotarse en los falsos problemas creados por la ceguera de los países dirigentes, no cabe duda que más difícil resulta proponer las soluciones. Quienes más han estudiado el problema piensan que no comporta una solución y que no será resuelto sino mediante un esfuerzo general, cumplido en el más grande número posible de direcciones. En el fondo, ellos hacen suya la palabra de Teilhard de Chardin: "El porvenir de la tierra pensante está orgánicamente ligado a la transformación de las fuerzas de odio en fuerzas de caridad" ⁴⁰.

¿Puede pensarse que nuestras Facultades no pueden asociarse a este esfuerzo? Nos negamos, por nuestra parte, a semejante abdicación ⁴¹. Aun cuando a nuestras Facultades incumba ante todo la formación de juristas, pueden también contribuir a formar una opinión pública y dirigentes que conozcan los problemas y que, dentro del marco de sus responsabilidades, tengan el deseo permanente de inclinar su acción hacia el bien común. Nuestras Facultades deben contribuir a la reconciliación de la humanidad consigo misma, enseñándole a conocerse, esto es, a no temerse sino al contrario, a amarse y ayudarse ⁴². Conocimiento, reconciliación y acción se sustentan recíprocamente. Nadie puede haberse detenido un poco en el conocimiento del sub-desarrollo sin haber

lección que se desprende de ello no le concierne. Porque son los más ricos, los E.E.U.U. quienes más fuerte resentimiento. Pero esto existe respecto de todo el "viejo mundo" y es una gran medida respecto de la URSS.

³⁹ Conf. L. J. LEZARD, *Le problème austral de notre monde: celui d'une nouvelle civilisation, Economie et Humanisme* Julio-Agosto 1957, pág. 291 y ss.; ALBERT SCHWEITZER, *Pais ou guerre atomique*, 1958, pág. 43 y ss.

⁴⁰ TEILHARD DE CHARDIN, *Les unités humaines naturelles. Essai d'une biologie et d'une morale de race*, *Etudes*, 3 de Julio de 1929, reproducido en *La vision du passé*, pág. 231 y ss. (La frase citada se encuentra en la pág. 300).

⁴¹ Comp. F. ROBERTS, *La philosophie des valeurs sociales et les tâches de l'interprète et du juriste*, 1952: "El derecho es el arte de alcanzar la armonía en las relaciones humanas y en la solución pacífica de los conflictos que pueden oponer a los hombres entre sí".

⁴² Los E.E.U.U. y la Unión Soviética han reconocido la utilidad de organizar entre ellos, intercambios culturales y artísticos. Han convenido por el intercambio de los profesores de arqueología principio precedente pero muy útil, si prepara el camino a intercambio más ricas y meros especialidades.

comprendido que se encontraba allí, tanto en el plano de la conciencia como en el plano político, el problema capital del mundo moderno. Y cuando una fracción suficiente de la humanidad se consagre a resolverlo, las viejas tensiones actuales desaparecerán por sí mismas, como han desaparecido las tensiones que otras veces opusieron a Francia con Inglaterra o aun con Alemania⁴⁴.

Para que todos nuestros estudiantes conozcan al menos un poco más del mundo —algo más acerca de los países sub-desarrollados, algo más acerca de los pueblos que se hallan asociados a nosotros, un poco más sobre nuestros "socios" del mundo occidental, un poco más de aquellos a quienes nos afrontamos—, por todo esto, aspiramos a la institución, para todos, de un curso semestral consagrado a las grandes civilizaciones del mundo moderno al lado de un curso de derecho comparado destinado a los estudiantes de la sección de derecho privado. No se trata, por supuesto, de hablarles suficientemente de todas las civilizaciones. El curso sólo permitiría a un profesor hacer vivir ante ellos las instituciones y el espíritu de uno de los grandes grupos humanos que elegiría según su competencia y su curiosidad: el África negra o el Islam, los EE. UU. o la Unión Soviética, el Asia del Sud Este o la América Latina, China o las democracias populares. La documentación es en la actualidad suficiente como para que un profesor pueda dar un curso rápido aunque no tenga experiencia personal sobre tales temas.

Se dirá quizá, que un curso semejante no aportará a los grandes problemas del mundo contemporáneo más que una contribución desdibujada. Podríamos responder con una apuesta inspirada en la de Pascal —y posiblemente cercana a la suya—: ¿qué inconveniente presenta ese curso, visto el peligro que amenaza a Occidente, si éste no adquiere rápidamente conciencia de las tareas que a él se imponen? ¿Con qué

⁴⁴ Parece que las tensiones actuales se explican esencialmente por la "movida de pensar" que ha descrito a menudo Teilhard de Chardin (*Conf. supra nota II*) y que se actúa en la hora actual (aumentando la famosa aceleración de la historia) a consecuencia del desarrollo de las técnicas de comunicación. Es preciso que a las fuerzas del mal respondan las fuerzas del conocimiento y de la comprensión, que a las fuerzas del resentimiento respondan fuerzas de justicia y de amor. Sobre la "antisocialización política", de donde surge la necesidad política del *New Deal* Internacional que se impone ya inmediatamente, Comp. GOSWAMI BANERJEE, *La democracia: Essai synthétique*, 1955, pág. 49-52. Financieramente, por la demanda, eficaz. Actualmente, los pueblos consideran que tienen mucho que ganar en armamentos, como para poder ayudar a los pueblos sub-desarrollados. Hay que aprovechar el momento en que comprenden que la ayuda se impone a ellos, en un plano humano y en un plano político, al punto que sea necesario sacrificar el esfuerzo armamentístico. Observemos incidentalmente que la criminalidad infantil, en sentido inequívoco, en el conjunto de la raza blanca, bajará por sí misma sin duda a la paridad de la población una razón de vivir.

derecho rechazar la apuesta y afirmar la impotencia de la Universidad frente a los dramas del mundo moderno? Creemos que, aunque modesto, el efecto de un curso sobre las civilizaciones contemporáneas podría no ser despreciable; el conocimiento, repitámoslo, abre la vía a la acción. Sin duda es cierto decir "que queda a Francia desempeñar una función única y que sólo ella está capacitada para asumirla"⁴¹. Pero esto a condición que haga el esfuerzo de conocer el mundo de hoy y de preparar el de mañana. No se dirige las fuerzas de la humanidad, como las de la naturaleza, sino a condición de obedecer sus leyes.

Si hemos creído necesario volver aquí sobre dos puntos específicos de nuestra precedente crónica: el lugar de los estudios históricos en la formación de los juristas y una de las perspectivas —entre otras— desde la cual pueden ser contemplados un curso de civilizaciones contemporáneas y cursos de derecho comparado y de derecho de ultramar, ello no implica abandonar las opiniones manifestadas sobre sobre los otros problemas. Es menester recordar, así mismo, que nuestra crónica no era sino uno de los elementos de un legajo en el que figuran en primer lugar las notables crónicas de Paul Durand⁴² y del Decano Savatier⁴³.

Los juristas no son los únicos actualmente a quienes incumbe un examen de conciencia⁴⁴. Recientemente un grupo de educadores americanos se han preguntado si las *high schools* y los *colleges* enseñaban a sus alumnos la sabiduría. La cuestión puede parecernos cándida y hacernos sonreír; pero si reflexionamos, ¿no es ella fundamental? y, ¿no debemos plantearnos un interrogante similar? ¿Enseñamos a nuestros estudiantes la justicia? ¿Les damos el sentido y el sentimiento de la justicia? ¿No correremos el riesgo de descuidar lo esencial, cuando obligados a fragmentar "el arte de lo bueno y de lo justo", enseñamos solamente las técnicas del derecho⁴⁵ a estudiantes que no harán de ellas sino un triste medio de ganarse la vida? El peligro es grande. Muestra

⁴¹ L. J. STARR, *op. cit.* pág. 198.

⁴² P. DURAND, *La connaissance se présente-t-elle justifiée et les règles de la doctrine moderne de droit privé*, D. 1958, Chron. 73. Ver igualmente A. TRUBET, *L'enseignement social*, D. 1948 Chron. 11. Comp. Jacques Ellul *Prophète au monde moderne*, 1948.

⁴³ R. SAVATIER, *Une direction de recherches pour l'enseignement du droit privé: Rendre conscientes les métamorphoses que connaît la civilisation du contrat*, D. 1957, Chron. 173.

⁴⁴ Y las jóvenes francesas ya no están sólo entre sus colegas. Ver en particular, para Bélgica, la relación de una conferencia de Herman Bekker pronunciada general de la Corte de Apelaciones de Gand, por Marcel Taquet, *Ann. des Tribunaux*, 1958, pág. 69 y ss.; en los EE. UU., autoras citadas supra, notas 15 y 29-30; en *Law Reform and Law Making*, 1953.

⁴⁵ Sobre las relaciones de la técnica jurídica y la justicia, ver J. ELLEN, *La technique en l'Empire du droit*, 1954, pág. 264 y ss.

la importancia que debería reconocerse a un curso de filosofía del derecho, sobre todo con anidra en los problemas contemporáneos, como también a las encuestas sociales que hemos preconizado. Recuérdese también el espíritu que debe presidir toda enseñanza. Algunos, es cierto, temerán quizá que, bajo el manto de un ideal de justicia, se introduzcan en nuestras Facultades ideologías políticas o religiosas. La conciencia de los maestros, como el nivel de los estudiantes, la feliz diversidad ideológica de unos y otros, la inevitable técnica de los estudios, todo debe concurrir a tranquilizarlos.

Por último, clara es la necesidad de un esfuerzo en un mundo renovado como es el nuestro, si queremos ser fieles a nuestra civilización. Ser fiel a una civilización, en efecto, no es revivir siempre el mismo pasado y rechazar toda evolución. "Sólo es verdaderamente conservador —decía Theodore Roosevelt— el hombre que resueltamente mira hacia el futuro". Ser fiel a una civilización es sumar su esfuerzo al de las generaciones pasadas para remediar sus inevitables insuficiencias, para hacer sus valores más accesibles a todos y para integrar cada vez más en la realidad los ideales que profesa.

LIBROS Y REVISTAS

Desde hace más de treinta años Hispanoamérica registra en el escenario político social de sus repúblicas, la presencia agudizada y constante de serios fenómenos políticos, que han originado líneas notables en el desenvolvimiento histórico de los países, con consecuencias graves en la organización del poder, el equilibrio institucional y el crecimiento social y económico. Situaciones de idéntico origen han provocado en comunidades diversas, crisis de expansión sin un paralelo y armónico desenvolvimiento político. Los acontecimientos que en las naciones europeas cambiaron el arte ideológico y político, resonaron con tardanza en los países de nuestra comunidad, provocando las más diversas reacciones y un clima general de tensiones, cuya real proyección futura no resulta fácil advertir con precisión.

Junto a los fenómenos de típico carácter ideológico europeo, encontramos otros de particulares acentos regionales, originados en la conciencia histórica de las naciones, en el natural desequilibrio político heredero de la diversa situación geográfica y de los componentes religiosos y raciales de las naciones colonizadas.

A la par de los variados aglutinamientos vitales de Hispanoamérica, está presente la presencia de los Estados Unidos, la hermana mayor de nuestras naciones, que aunque de origen y tradición di-

versos a la comunidad hispánica, asoció su destino a las naciones de América en forma tal que hoy decimos con orgullo el poder más fuerte en las naciones de Occidente.

¿Cómo se han desarrollado el poder político y las corrientes de opinión de nuestros países de Hispanoamérica frente a los Estados Unidos? ¿Cuáles son los ingredientes de la vida política social y económica que han provocado en los últimos años tan graves crisis, caídas de gobiernos constitucionales, entronización de dictadores, penetraciones ideológicas, cambios institucionales, debilitamiento del poder civil y hasta la presencia de una "república socialista" como la de Cuba? MARIO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ BARBA, filósofo y crítico español ha intentado en "LAS TENSIONES HISTÓRICAS HISPANOAMERICANAS EN EL SIGLO XX" (Colección Guadarrama — Madrid, 1961), una respuesta aguda y documentada, en un ensayo de extraordinario valor crítico.

Sigamos el índice de la obra, donde se estudian los más diversos problemas políticos y jurídicos del continente: La situación contemporánea de Hispanoamérica; los nuevos movimientos de opinión y la aparición de los sectores sociales; las formas políticas: dictadura y democracia; filosofía, literatura y opinión pública; Hispanoamérica y Estados Unidos; significado histórico del perestroismo y la experiencia de Fidel Castro.

No resulta fácil seguir el protijo análisis y las convincentes argumentaciones que cubren nuestro autor, tendientes a probar "con los datos mínimos de comprensión, la gran responsabilidad de Hispanoamérica en plena apertura hacia el futuro". Para ello balda gratuitamente de "tesis", analizando sus causas y efectos, atendiendo por tesis que creó así permanentes de singular doctrinaria política en la conducta de las naciones que la integran, donde aparecen —añima— "la existencia de fuertes divergencias en el campo social, con supresiones en la política, en la economía, en la ideología y en la cultura... y tesis como una tendencia a una decisión, que marca firmemente el objetivo a que Hispanoamérica aspira" (p. 17).

Imposible hablar hoy día de unidad política y cultural, en rigor de lógica, si previamente no intentamos explicar y comprender el desenvolvimiento político de las naciones y de los pueblos que integran Hispanoamérica, a fin de penetrar seguidamente los hechos y las causas que en los últimos veinte años han provocado las "tesis" y el hervor de nuestro panorama continental.

La empresa de la emancipación de España y la organización institucional de los países en la línea del pensamiento liberal en el siglo XIX, constituye una etapa histórica y abre una segunda, rica en episodios y expansiones locales. Los períodos de la organización advierten — con posterioridad a 1880—, una serie de hechos que sacrifican la ambición de futuro que la ideología liberal ofreció, como la meta ideal del poseer de nuestras naciones. En "libertad comprada" que los hechos políticos sugieren, se analiza por nuestro autor con realismo y saga penetración histórica y política.

Bien sabemos que no les resulta fácil a los europeos la comprensión a fun-

do de nuestra realidad histórica. El crítico historiador y crítico que es HERMANDEZ SANCHEZ BARBA, que sabe de nuestra sensibilidad por vía de la sangre, que se ha permeabilizado con nuestra "existencia histórica", en sus viajes, en la frecuentación de los antecedentes documentales, en el amor por nuestra historia y nuestra región, y en la penetración del "siso" de Hispanoamérica con honda y sincero espíritu español, le ha permitido calar a fondo y regional, con singular precisión, las notas y los tonos más relevantes de las "tesis".

Cuatro son —a manera de tesis—, los elementos básicos que debemos advertir, según el autor, para la comprensión de la crisis.

Primero: El auge fabuloso y arrollador de los EE.UU. como país y del capitalismo norteamericano que "consueve a Hispanoamérica de un modo incensurable".

"La expansión económica de los EE. UU. constituye un hecho histórico de extraordinaria magnitud en la historia universal contemporánea" (pág. 86).

Segundo: La existencia en Hispanoamérica de un fuerte espíritu nacionalista, expresivo de la minoría y de la voluntad política consuetaria, que se ha expresado vivamente en los movimientos regionales y en las individualidades más representativas de su hombre público, en las formas del mundo político y en las programaciones sociales más conocidas. Reforma y nacionalización han sido, de tal manera, dos banderas agrietadas de una u otra forma por los exponentes más señalados del nacionalismo hispanoamericano. El movimiento revolucionario mejicano originado alrededor del año 1910, inicia al vivo los episodios de preciso corte nacionalista en el continente, en lo que va del siglo. El fenómeno presenta en la Argentina y el experimento marcara de

Castro en Cuba, son tres tantos episodios del nacionalismo regional.

Terceza: La aparición en Hispanoamérica, como elemento de decisión política, de nuevos sectores medios y movimiento de opinión, que recogen y agudizan los factores de los nuevos problemas y originan una nueva distinción sensible en la elaboración de los programas políticos de actuación destacada. El debilitamiento y la exorcisión de la vieja clase dirigente por una parte y el ascenso de los nuevos equipos y sectores de la clase media, como en el caso de nuestro país.

Cuarta: La alteración de las formas políticas clásicas —democracias y dictaduras—, y la presencia de la tercera posición, como expresiones de las nuevas sensibilidades nacionales, de las nuevas programaciones y de los intentos de ruptura con las formas clásicas de dominación política y económica. En forma tal se suceden los hechos, que todo el proceso histórico en Hispanoamérica no es sino el cumplimiento espontáneo de tales constantes. Los años inmediatos que han sido decisivos en episodios y reacciones, servirían a confirmar la teoría del autor.

Para corroborar el esquema analizado, trae a relación los ejemplos de las alteraciones políticas en el Perú, Venezuela, Colombia, Brasil, etc., que han experimentado hondas transformaciones en los últimos tiempos en sus cuadros políticos.

UN PASTADO A LA ARGENTINA

El capítulo dedicado a nuestro país, denominada "Significado Histórico del peronismo", es uno de los primeros ensayos de rigor sociológico escrito en el exterior tendiente a explicar el fenómeno político más significativo de nuestros últimos años. Frasea en ello el autor nuevamente su venación y su sentido crítico de los acontecimientos

políticos que esperan nuestra crisis. Si bien observamos algunas imprecisiones en la narración de los hechos y ciertas referencias incompletas de gobiernos y personas, nos agrada el criterio planteado sumamente claro, las interpretaciones y las maneras de ver nuestra realidad, atacadas aún —y gravemente en ciertos casos—, por agrias diferencias ideológicas.

Alienta el autor en la radiografía de los hechos más relevantes de nuestra República, destacando sobre todo las dificultades de nuestro crecimiento y los errores en la conducción gubernamental, con graves efectos en el sistema representativo y en la seguridad social y económica de la población. De tal modo finaliza su análisis destacando la crisis de nuestros treinta últimos años, a partir de la resolución del 30, la debilitación de nuestra estructura institucional, la aparición de fuertes sectores influyentes, determinantes de nuevas corrientes de opinión, la disminución sensible de nuestra producción agropecuaria, la aparición y fortalecimiento de la burguesía industrial. Al analizar el peronismo frente al estado general del país, destaca con acierto que "el justicialismo no supo o no pudo dar un auténtico contenido social a su acción", frente a nuestra realidad histórica (pág. 287).

"La centralización de un sistema personalista en la Argentina —afirma—, en el cual parecían estar las formas totalitarias bajo la apariencia de una política de masas, constituyó el gran acontecimiento de la segunda post-guerra mundial en Hispanoamérica" (p. 225).

La centralización del poder, la disminución y pérdida de la libertad ciudadana, el abuso de los recursos del Estado, el menoscabo a instituciones y personas, el ataque a la economía y a las formas clásicas de negociación y la malversación de nuestra riqueza y producción, no han sido consideradas con la profundidad merecida, pero, no es

capas a su línea de pensamiento y en el esquema de su severa interpretación.

Hipercosmética ha llegado a ser un nuestros días tema de serios estudios sociológicos y le ensayos políticos profundos. Su "crisis de crisis profética", comienza a ser tema de meditación y de asociación desde las culturas más dispares. Ella habla de la importancia de su papel histórico y del significado de sus movimientos y de sus actitudes. Su desenvolvimiento político con hechos, sociales, su desarrollo académico, es considerado por los Estados, las grandes instituciones, los pensadores y los hombres públicos importantes. Las obras escritas sobre el tema —al muchas ni buenas—, han sido parciales o hechas de excesivo tono local o de baserías ideológicas extrañas a la realidad histórica del continente. El ensayo medular, integral, revisado, en ensayo hoy día. La interpretación de los hechos políticos relevantes ha perdido a muchos críticos y literatos, baserías a río revuelto de recursos electorales o programas ideológicos. Los excelentes ensayos de Luis Alberto Sánchez, Isaac Tigreño, Carlos Dávila, Ba-

rrera Laet, y ahora éste de HERNANDEZ SANCHEZ BARBA, se destacan por su mérito y calidad.

Libro rico en ideas y asociaciones concretas, trata de al fin sincero de pensar la nueva realidad histórica de nuestros días, desde el siempre "balcón de ideas" que es España. Además del libro que conocemos, viene publicando diversos trabajos sobre aspectos de nuestra historia en relación con los más destacados acontecimientos políticos, en las revistas de Estudios Políticos y de Derecho Internacional, que edita en Madrid el Instituto de Estudios Políticos de España.

Tuvimos oportunidad de conversar y escuchar a HERNANDEZ SANCHEZ BARBA en el Ateneo de Madrid, su cultura de diálogo y comentarios. Su rica formación y su encomiable labor y preocupación fraterna por la vida de nuestro Continente, le sitúan hoy entre las personalidades más relevantes que desde España registra el reciente despliegue de nuestro vivir histórico.

Hedelfo E. Fallaró

José Aurora Martínez de Hoz (h.). *Enfiteusis y arrendamiento enfiteusis en la Argentina y Nueva Zelanda*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

La idea de este trabajo es principalmente refutar la opinión del senador Palacios dada con respecto a la enfiteusis y arrendamiento en 1940, en los debates de la ley 13.636 y que posteriormente repitió en 1957 durante la Convención Reformadora de la Constitución.

Palacios propuso en 1940 que "además del dominio pleno, se otorgara como formas de colonización las tierras de propiedad de la Nación, la enfiteusis, con las modificaciones que se creyesen más convenientes". Más tarde concretó su iniciativa variando su calificación de "enfiteusis" por la de "concesiones vi-

talicias". El senador Palacios entrecaba su iniciativa con la enfiteusis rindaviana. Además, sostuvo que "es una cosa curiosa lo que pasa con el gran argentino —Rivadavia— fue precursor de Henry George, y Henry George no lo citó; fue precursor de Florea Lettau, el gran pensador español, y Florea Lettau no lo cita; fue, en realidad, el iniciador del movimiento de Nueva Zelanda y el reformador Berver no lo cita". A comentar dichas ideas se dedica el Dr. Martínez de Hoz.

Al comienzo de su obra el autor analiza el proceso de varias propuestas sobre enfiteusis y materia agraria en Argenti-

na fundamentalmente el de Rivadavia, cita —de acuerdo según su opinión— a Eleodoro Lema que dice: "La colonización de Rivadavia fue impuesta principalmente por la necesidad financiera que obligaba a apilar la venta de la tierra, y por la insuficiencia de las garantías que ofrecía el arrendamiento del derecho español al trabajo del agricultor o criador". A continuación luego de una breve reseña histórica de la ley, estudia sus características:

- a) Fianza: "se darán en colonoza durante el término cuando menos de 20 años".
- b) Valuación: las tierras deberían ser valuadas por un jury de cinco propietarios vecinos con apelación a un segundo jury integrado de la misma forma.
- c) Canon: los colonozas debían pagar un 8 por ciento sobre el valor de las tierras de pastoreo y un 4 por ciento para las de agricultura. Este canon regía sólo para los primeros 10 años.

Además estudia las mejoras de este sistema sobre el arrendamiento de tipo español: por medio de esta ley el colonoza tenía ciertos beneficios tales como la libre disposición de su derecho por venta o donación y la posibilidad de constituir un arrendamiento o hipoteca; la preferencia para la renovación de la colonoza y la restitución de las mejoras que hubiese introducido en el predio (estas disposiciones no existían en el derecho español).

Concretamente Martínez de Hoz expresa, que las ventajas de la ley de Rivadavia fueron: "el medio que se adoptó para evitar que quedasen sin explotar las tierras públicas que no podían enajenarse, en virtud de encontrarse inmovilizadas, afectadas en garantía del cumplimiento de la deuda pública" y las nuevas disposiciones que eran una avanzada en el campo legislativo.

A su vez señala como defectos que no se hubiese determinado el máximo de la superficie a otorgarse; que no se obligase a poblar a los beneficiarios; que se permitiese la libre transferencia del derecho así como el régimen de valuación que quedaba íntegramente en manos de particulares —interesados en rebajarlos al mínimo.

Ya aclarada su interpretación de la ley de colonización de Rivadavia, el A. estudia los diversos proyectos argentinos en esta materia hasta llegar a la convención reformadora de 1957 donde transcribe la opinión del convencional Palacios, citada más arriba.

Llegado a este punto el Dr. Martínez de Hoz, comienza a analizar el "caso de Nueva Zelanda". Con respecto a William Pember Reeves dice que nada autoriza a suponer que el como ningún otro hombre público de su época en Nueva Zelanda, hubiese tenido noticias de la existencia de Rivadavia o de su ley. Por otra parte el arrendamiento perpetuo establecido por el Land Act neozelandés de 1892 tenía caracteres bien distintos de la colonoza rivadaviana.

(a) el arrendamiento perpetuo gozaba de un plazo de 999 años mientras en la ley de Rivadavia sólo era de 20, (b) en Nueva Zelanda se pagaba el 4 por ciento del valor de la tierra como renta mientras en el segundo se pagaba el 4 y el 8 por ciento según la naturaleza de las tierras con una revaluación cada 10 años, (c) el primer sistema no daba opción de compra al beneficiario en cambio si la tenía el colonoza, (d) el arrendamiento perpetuo podía ser limitada su facultad de transferir el contrato pero no el argentino, (e) para el primero se requería la residencia personal del arrendatario durante los 10 primeros años, por el contrario el colonoza no estaba sometido a esta exigencia, (f) como señalamos antes con Argentina el colonoza no tenía máximos de superficie pero el sistema neozelandés

limitaba a 640 acres de tierra de primera categoría a 2.000 acres de segunda.

Sobremanera Maritines de Hoo desarrolla los capítulos referentes a los decaídos y proyectos posteriores a la Convención de 1857 y dedica uno a la "aspiración a la propiedad de la tierra y la doctrina casolana".

Concluye el autor que si bien el sistema de arrendamiento vitalicio presenta algunas limitaciones, su aplicación en el país no ha sido un éxito en virtud de las disposiciones de la ley 12.636, por ello considera que no puede ser impuesto como un régimen único y obligatorio, excluyendo a la adjudicación en propiedad privada, ya que no podía conducir

a una excesiva especulación y peligrosa concentración de poder en manos del Estado. Cuando más, sería aceptable si se le establece como la Hija del art. 83 de la ley 12.636 o una variante: (1) que consista con la adjudicación de tierras en propiedad privada por la venta y (2) que se otorgue al arrendatario vitalicio la opción de compra de su predio. Pero en cualquier forma es siempre preferible la adjudicación en propiedad, con un sistema de pago del precio en cuotas periódicas que según los casos podría estar en relación con la producción o un equivalente al arrendamiento que habría que pagarle.

María R. De Marco Nade

ATILIO ANIBAL ALTERINI y ENRIQUE JOAQUÍN REFFETTI, *La Cesión del Crédito*. Bibliografía Ombra, Buenos Aires, 1932.

Dedicada a la Cátedra de Derecho Civil II (Obligaciones) de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, y con prólogo del Profesor titular Dr. Luis María Raffi Baggero, *La Cesión del Crédito* aborda un tema que no cuenta con desarrollos doctrinarios en nuestro país.

Los A. comienzan estableciendo las diferencias que existen entre la "obligación" y el "credito", una de las fuentes de aquella. Luego, hacen mención de los elementos activo y pasivo que surgen en la obligación, este es el "crédito" y la "deuda", y analizan en su capitulo la "cesión de créditos", partiendo de la renuncia subjetiva por cambio de acreedor en su evolución histórica, hasta llegar a la moderna sistematización legislativa. Comparan la cesión de créditos con otras figuras semejantes y poniendo de relieve la falta de antecedentes doctrinarios sobre el punto, llegan a la conclusión de que es posible "ceder" el lado activo — crédito— de una relación contractual bilateral en trance de ejecución.

En seguida, estudian la "transmisión de deudas". Hacen, también el estudio de la figura en su desarrollo histórico —renuncia subjetiva por cambio de deudor, delegación perfecta e imperfecta, expresión— y citan "como promesa que en tanto en la cesión de créditos se requiere "consentimiento" del cedido, en la transmisión de deudas es necesario el "consentimiento" del acreedor para liberar por entero al deudor". Estudian el juego de los principios en el Código Civil Alemán (asunción primitiva y asunción acumulativa de deuda, "promesa de cumplimiento") y en el Código Suizo, y citan como antecedentes el Antiproyecto de Biliboni, el Proyecto de 1895, y los Códigos de Austria (1804) de China, de Polonia y mejicana. También en el punto, concluyen que es posible transmitir el lado pasivo (deuda) de una relación obligacional "ex contractu" en trance de ejecución.

Llegan, así, al punto concreto de su estudio: la cesión del contrato. Llama de per se la atención la posibilidad de que todo el plano de obligaciones ge-

ocasión por un contrato, recíproca entre las partes que son mutuamente deudoras y acreedoras de prestaciones prometidas, pueda ser transmitido por un solo acto, pero los A. basándose en la doctrina y legislación extranjera (principalmente la italiana), y haciendo uso de principios existentes en el sistema normativo argentino, y las reglas de la analogía (art. 16 del C. Civil) admiten como factible la cesión del contrato, que es para ellas "la transmisión voluntaria o forzosa, por medio de la cual un contratante cede a un tercero su calidad de tal, que éste asuma, colocándose en la misma situación jurídica del transmitente, requiriéndose por lo general la conformidad expresa o tácita del cocontratante en la relación básica".

Luego, arriban a un punto crucial en el desarrollo del tema, en el que se apoyan de la opinión de Andreoli, cuyo libro del mismo título del de los A. es una de las pocas (quizá la única) obras sobre el tema traducidas al español. "La cesión del contrato implica su transferencia; el contrato de cesión es el acto jurídico que provoca una transmisión". Claro está, que el "contrato de cesión" será momento en los supuestos de transmisión "voluntaria" del contrato, pues, según expresan más adelante en la transmisión "forzosa" (jura legis, ministerio legis) no es momento la existencia de un "contrato de cesión", pues la cesión deviene sin consultar la opinión de las partes, y "en consecuencia necesaria de un hecho o acto jurídico, o de una situación jurídica determinada, que afectan (en grado diverso) al patrimonio del cedente, y no conculpa especial y particularmente la especie del contrato que se transfiere".

El prolijo desarrollo de la figura "contrato de cesión", incluye: caracteres, elementos, forma, prueba, efectos (entre las partes, frente a terceros, la posición del cedido), naturaleza jurí-

dica. Cabe puntualizar que para los A. el contrato de cesión es un acto sujeto a condición suspensiva, cuyo "hecho condicional" es la aceptación del cedido.

Es decir, asimismo, los efectos de la cesión del contrato. Entre cedente y cesionario, se produce el traspase de la situación jurídica contractual de aquí a favor de éste; frente al cedido, a pesar de que consideraran que el principio general ha "de ser la plena liberación del mismo, piensan que el art. 814 del C. Civil es valla para que esa situación se produzca sin su expreso consentimiento en tal sentido; tras la aceptación del cedido, el cesionario se convierte en "parte" de la relación básica o primitiva.

Muy interesante es el tópico relativo al Código Civil Italiano de 1942, que dedica a la "cesión del contrato" cinco artículos (1488/1493) que transcriben los A. Las partes de ese cuerpo legal son las siguientes: se requiere un contrato bilateral con prestaciones recíprocas aún no cumplidas por estos; es momento el consentimiento del cedido (salvo cuando la transmisión es "forzosa") pudiéndose haberlo postulado de antemano; el cedente queda liberado, en ese caso, salvo que el cedido quiera conservarlo como garante del cumplimiento por parte del cesionario. A ese esquema legal, se arribó tras una larga evolución doctrinaria, cuyas etapas son: una atomística (descomposición de la figura en transmisión de crédito y assunción de deuda) y el ulterior desarrollo (pasado por Fontana y Nicodé) hasta llegar a la teoría "antitética" que vé una serie de "pase del contrato".

No olvidan los A. de mostrar cómo, sin saberlo o sin nombrarla, la ley, la jurisprudencia y la doctrina implícitamente han admitido la figura de la cesión del contrato, una voluntaria, fuera forzosa. El artículo 1698 del C. Civil,

y la regulación de la cesión de la locación, les dan tema para particularizar la vigencia normativa de la cesión del contrato, que ven asimismo en otros supuestos contemplados en la ley de locaciones, en la cesión de boletines de compraventa, en la transferencia de fondos de comercio, en la ley de quiebras, en la transformación y fusión de sociedades (en algunos supuestos), en otros contratos comerciales (transporte, warrant, fletamento), en ciertos casos de "sucesión mercantil causa", en la cesión de herencia, y en la donación universal. Son destacables los párrafos que dedican a comparar la cesión del contrato y al "subcontrato", tan semejante a aquella, pero claramente delimitado por los A. que ven en éste (como Man-

stroz) un contrato "padre" y otro contrato "hijo".

Concluyen este libro, sosteniendo que "el esquema está planteado". Los asertos están. Este trabajo, indudablemente, ha de ser principio de una serie de obras que, particularizadas en algunos de los aspectos que se tratan, o analizando la figura en su totalidad, traerán a la doctrina nacional el acervo de investigación que requiere aquella, para, en cierto, el mundo económico —estructura del mundo jurídico— y sus necesidades están requiriendo su regulación legal. La lectura de esta obra, comenzada con un prólogo laudatorio del Profesor de la Cátedra a que pertenece con los A., permite conceder más a sus palabras preliminares.

Maria Haydée Maiale

ALBERTO MORONI. *Nota Bibliografica "Il Trattato di Diritto Civile Italiano"*.

El análisis del título y controvertido tema de la posesión, alcanza resultados logrados en la obra del autor italiano. A la recría de los principales problemas que se plantean en torno del instituto, agrega una serie de puntos de vista doctrinarios que acercan luz sobre temas tradicionalmente inconciliables. Y dicho aserto es particularmente notorio en el caso de la polémica Savigny-Hering y las implicancias que se siguen de la adopción de cualquiera de sus posiciones.

Favorizado el estudio teórico por la evolución de la codificación en Italia, entre 1928 y 1942, sin descuidar el importante aporte del Proyecto de la Comisión Real del 57, alcanza en el estudio de las ventajas e inconvenientes del sistema objetivo y subjetivo de la posesión, singular relieve.

POZZANO. Tercer IV del Volumen V del de Filippo Vassalli. 2ª edición.

Algunos otros aspectos como el contenido de respeto y abstención de los convecinados hacia el poseedor, la distinción con los derechos del simple arceder de un derecho de crédito, la apariencia del derecho y el título como supuestos elementos de la posesión, en la concepción de Neovulone ("La posesión en el derecho penal") y de D'Emilia ("Metodo en torno a la configuración de la posesión según el Código Civil Italiano") y la valoración del "animus" y del "corpus" en la función de los bienes y en la concepción económica-social, ocupan lugar destacado en el contenido de la obra, a la vez que son desarrollados con esmerada prolijidad y claridad.

Tampoco falta la alusión a la doctrina extranjera y al Derecho Romano

clásico y justiciero, al Derecho Latino y a la doctrina canónica, como a los Códigos Italianos penales (Alberti-

no, de Parma, de las Dos Sicilias), al Derecho germánico y austriaco y a las modernas concepciones sobre la materia.

Ricardo F. Baldrío Jara

MANUEL AUGUSTO RISOLLA. *La naturaleza del derecho del locatario y los efectos de la enajenación o gravamen de la cosa locada*. Ed. Abelardo-Perros, 1962.

La bien costada pluma del Dr. Risolla pone el acerto en un tema de singulares proporciones. La realización del A. está saturada de inquietudes y de sugerencias que lo muestran una vez más como periplico en la investigación y como expositor de llamativa simetría.

El artículo 1498 de nuestro código civil —contra del estudio—, es sometido a una hábil disección, y los sucesivos interrogantes que a su turno el Dr. Risolla despeja, son un aliciente más que estimula el interés del lector.

Los despliegues jurídicos que realiza el A. son abundantes, sólo pretendemos reproducir algunas líneas genéricas que extrinsecas de un medio surtido de perlas casuales.

El Dr. Risolla pone de resalte la débil argumentación del Dr. Vélez Sarsfield cuando pretende justificar la obligación emergente del art. 1498, a la luz de un consentimiento tácito o más bien de una obligación legal, nos dice que "hay algunas que no se alinean satisfactoriamente con los "vassi", con las ficciones, con las posturas demasiado elocuentes de voluntades mudas y con el sílido ríngio de la obligación legal". Nos advierte que en ninguna parte el código explicita que los derechos y obligaciones del locador pasan al nuevo propietario, y menos aún que el locador premitivo queda liberado.

Hay más, ¿cómo explicar la salida del contrato del locador originario? No se contenta con la existencia de una liberación legal.

¿Sería suficiente enajenar para disolver el vínculo? destaca el A. que el locatario —a quien se pretende proteger— podría por extraña contradicción verse perjudicado por la enajenación al aparecer en el vínculo locativo un nuevo locador que efectúe menores garantías de solvencia para enfrentar las pesadas cargas que corren por cuenta del arrendador.

Se interroga sobre: ¿qué debe entenderse de la mención "finca arrendada" que hace el artículo? contesta, que no deben entenderse incluidas las cosas muebles en la protección normativa, porque las motivaciones sociales que enmarcan el art. 1498 y mejor aún a su fuerza, el art. 1785 del código francés, no se daban en favor de los muebles, lo que no obsta para que de "hacere contenido", percipie una tutela comprensiva de aquéllas.

Al hablar de la enajenación de la finca según el A., el código está garantizando contra cualquier acto de disposición o gravamen.

Luego de presentar el problema, de incluir sus posturas, las concreta claramente a través de las siguientes proposiciones: "Si la regla del art. 1498 debe consolidarse, convendrá que la ley diga expresamente: a) que en el caso del art. 1498 el adquirente ingresa al arrendo ministerio legito b) que el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones del locador enajenante; c) que el locador enajenante no se libera salvo expresa conformidad del loca-

sión (5) que el régimen del artículo sólo alcanza a los locatarios de toda clase de bienes que tengan inscriptos sus contratos en los registros nacionales, que alguna vez organizará la República".

No falta en este modulado aporte doctrinario una nueva ineptitud del Dr. Rivolta, que tiende a mostrar que en las leyes de locación el derecho del locatario deriva del "hecho de la ocupa-

ción efectiva y actual" de la relación con la cosa locada; antes que de la relación personal con el locador. Se pregunta si no resulta de estas circunstancias una marcha hacia la nulidad, hacia la concreción legislativa de las preocupaciones de Traupang, quien vela en el derecho del locatario un verdadero derecho real.

Jorge Rosendo Altieri

Jean FOURCAULT. *¿Por qué trabajamos?* Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.

La Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUBA) ha programado la publicación de sus libros en diversas colecciones que llevan las denominaciones de Cuadernos, Manuales, Temas, Lectores, Teoría e Investigación, Obras de Iniciación Cultural, etc. En la Colección Lectores se incluye el presente trabajo siendo su título original "Pourquoi nous travaillons", editado en 1959 por "Presses Universitaires de France" y traducido al castellano por Mirreya Reilly de Fagard.

Jean Fourcault es un profesor francés, con rica experiencia en materia de Economía. Ha impartido enseñanza en su país en el Conservatorio Nacional de Artes y Oficios, en el Instituto de Estudios Políticos y en la Escuela Práctica de Altos Estudios. La esencia de este manual práctico de economía fue publicado en la revista "L'Education nationale" bajo el título genérico "De la realidad cotidiana a la ciencia económica" durante 1952.

El interrogante que plantea el título de la obra constituye el punto de partida para un análisis que lleva al lector, paso a paso, a disponer de algunos conceptos básicos necesarios en materia de ciencia económica. Con acierto señala el autor: "Este libro está destinado más concretamente, a los autodidactas; es

decir, a todos los hombres desocios de iniciarse en una ciencia que no han aprendido en la escuela pero que consideran necesaria para su conocimiento del mundo".

La base de análisis del A. son los hechos económicos, que tienen el valor de piedra angular para el mundo actual. "Los hechos y solo los hechos, son nuestros maestros". Es sin duda una expresión de la precariedad de que está imbuida la obra.

Establecido el objetivo general de Fourcault (hechos económicos aspectos prácticos), bosquejaremos el plan del libro: los cinco primeros capítulos estudian y analizan el "por qué" y "cómo" de la vida económica. ¿Por qué el hombre está obligado a trabajar para vivir? ¿Por qué se ve racionalizado y a menudo limitado duramente en la satisfacción de sus necesidades normales? ¿Cómo trabaja? ¿Cómo se hace el racionalismo?

La segunda parte —capítulos VI y VII— examina las grandes categorías de resultados, el "nivel de vida" y el "género de vida" a que ha podido llegar la humanidad al cabo de miles de años de subsistencia en la tierra.

Cierra la publicación una bibliografía sumaria donde se mencionan obras de

iniciación en la materia y complementos directos del autor en la colección "Que saíje" de "Press Universitaires de France".

Señalemos para finalizar, que la edición y traducción han sido muy cuidadosas.

Gabriel Bizozio

Othello GUTMAN, *Bandung y el despertar de los pueblos coloniales*. Ediciones EUDÉBA, Buenos Aires, 1962.

Cuando hoy las noticias sobre Asia y África ocupan primeras plazas, largas columnas y comentarios en los periódicos, nadie se siente sorprendido por ello. Pero pese al riesgo de caer en lugar común, más no fue siempre así: Asia y África han sido motivo de noticias más o menos pintorescas, más o menos sencillas. Pero fue suficiente que a mediados de siglo surgiera China e India como potencias de primer orden, y que los pueblos africanos comenzaran a sustraer la moderna del colonialismo, empujando a pensar por sí mismos, para que el mundo entera se acordara a ese despertar angustiado de pueblos que querían decidir sus propios destinos.

Argelia, el Congo, Laos, nos dicen que el alumbramiento no fue ni se arrellano, las potencias coloniales no soportan verse privadas de sus "fuentes de producción" y resisten hasta donde pueden creando innumerables dificultades a los nuevos estados. Othello Gutman, en pocas páginas consigue darnos una coherente imagen del acontecimiento a partir del cual los pueblos afroasiáticos afirman ante el mundo su presencia: LA CONFERENCIA DE BANDUNG. La misma tuvo la participación de Argelia, Arabia Saudita, Birmania, Camboya, Ceilán, China Popular, Ghana, Egipto, Etiopía, Filipinas, India, Indonesia, Irak, Irán, Japón, Jordania, Laos, Líbano, Liberia, Nepal, Pakistán, Nam. Suda, Sudán, Turquía, Vietnam del Norte, Vietnam del Sur y Yemen. La transcripción de los títulos del Cap. II (que analiza concretamente la reunión): "Los países representados";

"Objetivo, organización, procedimientos"; "Los grandes problemas y los tendencias"; "El comunicado del 24 de abril y las conclusiones de la Conferencia"; nos da la idea de cómo se entera en el libro el análisis de las dificultades, corrientes ideológicas, problemas de la Conferencia; no olvidemos que en ella estaban representados países de regiones diversas, climas diferentes y regímenes sociales totalmente distintos, por lo que los organizadores y animadores de la Conferencia tuvieron graves dificultades para conseguir la concidencia entre los participantes.

El libro, que comienza detallando los hechos históricos que hacen a la evolución de los pueblos afroasiáticos, continúa luego del capítulo II, con un análisis de las reuniones más trascendentes realizadas con posterioridad a Bandung: "El Camino de Bandung a El Cairo"; "La Conferencia de El Cairo"; "La primera Conferencia de Roma"; "La Conferencia de los pueblos africanos"; "De África a Tíbet". Detenemos a comentar todos y cada uno de los capítulos relevando los límites del comentario a que nos queremos ceñir; por otra parte, como se dice en la "Conclusión": "En Bandung, el 18 de abril de 1955, el 'afroasiático' entraba a la historia", y eso es lo que en definitiva interesa, ya que de allí parte el enorme desarrollo de las luchas independentistas en todos aquellos territorios que continuaban aún bajo el yugo colonial.

Los problemas que debíamos afrontar los organizadores, a que hicimos ya re-

Intercio, están bien hilosados; las varias reuniones previas y sus fracasos también lo están. En cuanto a los fines de las que la convocaron y de los que luego asístelos se dice en la pág. 27: "Resaca contra Occidente, inequidad ante la creciente tensión entre China y los Estados Unidos, miedo de una guerra desastrosa, política y económicamente; deseo, particularmente vivo en Nehru, de que se disipen las nebulas que oscurecen las relaciones de China con el resto del mundo y ante todo con sus vecinos, y al mismo tiempo deseo de que los dirigentes de China Popular conozcan, por medio de contactos personales, las aspiraciones reales y el estado de ánimo de los países limítrofes; finalmente, necesidad de conocerse mejor entre sí y de coordinar esfuerzos; tales son algunas de las móviles que llevaron a cinco Estados de Asia del surde a lanzar la idea de una vasta Conferencia en la que, por vez primera, se encontrarían los jefes de los países jóvenes de Asia y de África. Y hablando claro, estos temores y estos deseos, forman algo distinto de los medios de expresión de una independencia que se sentirían obligados a afirmar por todos los medios, porque la obstinación de Occidente de ignorar su opinión parecería poner en tela de juicio hasta su misma existencia".

Los diez principios de la coexistencia que se aprobaron en Bandung han sido, y son una de las formas más poderosas en las luchas por la liberación; las conferencias posteriores no hicieron más que ratificarlos. Merecen su transcripción:

1. "Respeto de los derechos humanos fundamentales, conforme a los fines y a los principios de la carta de las Naciones Unidas".
2. "Respeto de la soberanía y de la integridad territorial de todas las naciones".

3. "Reconocimiento de la igualdad de todas las razas y de la igualdad de todas las naciones, pequeñas y grandes".
4. "No intervención y no ingerencia en los asuntos internos de otros países".
5. "Respeto del derecho de cada nación de defenderse individual y colectivamente conforme a la carta de las Naciones Unidas".
6. "a) Rechazo de todo arreglo de defensa colectiva destinado a servir a los intereses particulares de las grandes potencias, cualesquiera que fueren; b) Rechazo de toda presión que una potencia, cualquiera que fuere, intente ejercer sobre otra".
7. "Abstención de actos o de amenazas de agresión o empleo de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un país".
8. "Arreglo de todos los conflictos por medios pacíficos, tales como negociación o conciliación, arbitraje y arreglo ante tribunales, así como otros medios pacíficos que podrán elegir los países interesados, conforme a la carta de las Naciones Unidas".
9. "Estímulo de los intereses mutuos y la cooperación".
10. "Respeto de la justicia y de las obligaciones internacionales".

Ocioso sería repetir aquí, una vez más, los esfuerzos realizados para conseguir el asentamiento general para los "Diez Principios", en el libro ello se consigue con precisión y certeza, cübertos solamente destacar la ardua tarea de los representantes de India y China, Nehru y Chou-En-Lai, que consiguieron llevar a muchos delegados a la sanción de la declaración final.

Barstow fue el comienzo, aún no hemos visto el final; pero decirlo con palabras del libro: "...la hora de la cita aún no ha sonado; y tan sólo serán las etapas que nos llevan a ella..." definitivamente, gran parte de Asia y África permanecerán aún bajo yugo colonial o aparentemente independientes pero sometidos a potencias extranacionales, tenemos la plena seguridad de que acudirán definitivamente sus cadenas.

Finalmente, queremos destacar el auspicioso hecho que significa la publicación, por parte de EUDORA, de esta nueva colección "Bibliotecas de Asia y África", que trae a nuestro público lectores temas que difícilmente se puedan encontrar impresos en nuestro idioma. Este nuevo aporte de EUDORA merece nuestro mayor apoyo.

Alberto Carlos D'Almeida

ANSELMO A. BAZZUZI. *Poder sin Propiedad. Una nueva evaluación en la experiencia política americana.* Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1962.

El destino del capitalismo, sistema en permanente evolución, ha sido objeto de numerosas profecías especulativas y contradictorias. Marx predijo su fin, señalando a la revolución proletaria como el violento desenlace de una aguda revolución por crisis cada vez más pesadas. También Schumpeter previó la instauración del socialismo controlado pero atribuyéndola paradójicamente al éxito mismo del capitalismo, destructor de las instituciones que lo protegen. La democracia podría, tal vez subsistir en el nuevo orden. James Burnham anunció la conquista del poder por los "managers" y la consolidación de una especie de capitalismo disciplinado, jerarquizado y oligárquico.

"Poder sin Propiedad" se asemeja a otras como las mencionadas en cuanto también describe en el sistema profundos transformaciones que inevitablemente prefiguran una diferente organización. Pero si no descarta investigar los rasgos de la comunidad por constituirse, su intención es más bien indicar los aspectos en que ya ha cambiado dejando de corresponder a la idea que aún concebíamos de ella. No se interesa tanto por el futuro como por el presente.

No es la primera vez que Berle realiza estudios de este tipo. En 1952, en un

trabajo muy difundido, realizado junto con Gardiner C. Means, investigó los problemas de la concentración industrial revelando el progresivo divorcio entre la propiedad y el control de las grandes empresas. Previno entonces qué de continuar tales tendencias, la estructura tradicional del capitalismo se vería destruida en cincuenta años. Esas predicciones se han visto en algunos aspectos confirmadas. Al mismo tiempo nuevas tendencias políticas, sociales y económicas requieren un análisis adecuado. Berle sostiene ahora que dada la naturaleza de esas transformaciones un diferente método de investigación se hace necesario. Junto al punto de vista económico tradicionalmente empleado deberá recurrirse al de la ciencia política, indispensable para la comprensión de los fundamentos sociales del poder.

Una serie de conferencias que Berle dictara en 1959 en la Universidad de Princeton constituyen el origen de "Poder sin Propiedad". En alguna medida esta circunstancia ha podido afectar la unidad de la obra, más bien dispersión de temas que comprometerla. Le ha proporcionado en cambio una simultánea variedad de enfoques.

Como Introducción Berle ha escrito cuatro brillantes prefacios destinados res-

pectivamente a "los hombres de negocio", "los liberales americanos", "los creditos" (sería mejor traducir más ampliamente: "los estadistas") y "el público independiente". Cada uno de estos grupos es analizado críticamente como factor decisivo de la evolución social. Al mismo tiempo el autor nos anticipa una idea fundamental que informa toda la obra: "Si liberalismo quiere decir algo, significa adhesión a dos proposiciones. Primero: obtener los hechos y extraer las conclusiones que su estudio objetivo requiere. Segundo: obtenerse firmemente hacia la mayor libertad y autorrealización de los individuos. Esto significa que un sistema económico se juzga por su contenido y resultados y no por su forma".

La obra comprende cinco partes. En la primera: "Los hábitos del capital y su impacto" se analiza el origen y el destino de la corriente de capital que fluye por y desde de las sociedades americanas, responsables estas de la mayor parte de la producción americana no agrícola. Verifica así la casi total desaparición del tradicional ahorro particular. Para la década 1947/56 los "tres quintos de las necesidades de capital de la industria y el comercio son proporcionadas por fuentes internas y como quinto por el crédito bancario". Pese del 20 % restante sólo "quidn en 3 % representa a particulares que han ahorrado y otorgado el empleo de sus ahorros"; el resto "es manejado por medio de los cupos invernos de compañías de seguros y "permiso trusts" quienes alcanzan por esta rúta una preponderante posición de poder.

Las sociedades americanas han producido en su seno la dispersión de la propiedad en sentido estricto. Le han quitado el elemento de poder y lo han concentrado en las manos de unos pocos administradores. En la Segunda Parte Berle estudia la "administración autónoma de la sociedad anónima", pero no

desde el punto de vista de la severa "separación entre la propiedad y el control" sino más bien contemplando un fenómeno más profundo: "la creciente eliminación de la posición propietaria misma y su remplazo, substancialmente, por un sistema de poder".

La Tercera Parte está destinada a la indagación de la naturaleza del poder económico, sus efectos, su limitación y control. Considera también el problema de su legitimidad y señala el consenso público como el "árbitro definitivo" de ella.

"Con el análisis precedente, dice Berle, es posible trazar los contornos de la estructura económica americana". Este es el objetivo de la Cuarta Parte donde estudia la "República Económica" surgida de "los cambios en la relación entre propiedad"; los requerimientos de una nueva sociedad y el papel que en ella desempeñará el individuo.

Por último en la Quinta Parte, se compara el comunismo soviético y el "capitalismo del pueblo" americano. De la investigación de sus diferencias y analogías concluye el autor que "la lucha entre los dos sistemas no surge de su incompatibilidad estructural, sino de las diferentes concepciones fundamentales que acerca de la significación del hombre y de la importancia de la libre elección de su forma de vida, poseen sus respectivos ejecutores".

"Poder sin Propiedad" es un libro optimista. Los grandes cambios que describe son finalmente bienhechores, o por lo menos Berle no los considera inconvenientes. A pesar del enorme poder que atribuye a las administraciones estima que la autoridad definitiva reside en el individuo protegido en su existencia política independiente. "Nos estamos moviendo, expresa, hacia una civilización cuya organización económica es poderosa respecto de los actos físicos de producción y distribución, pero cuyo po-

der es seriamente limitado en relación a su capacidad para determinar necesidades. El sistema que hemos descrito puede estimularlas o variarlas en cierta medida; pero en última instancia debe proporcionar a los ciudadanos de la República Económica lo que ellos realmente quieren y no aquello que los administradores creen que deben querer. Aún si todos los ejércitos de Madison Avenue luchan aliados contra Columbia o Princeton o Leland Stanford, el futuro correspondiente a las ciudades universitarias".

Este optimismo podrá ser o parecer excesivo y las transformaciones descritas tal vez no alcancen o quizás sobrepasen la profundidad y extensión adecuadas para producir el armonioso panorama entrevisto por Berle. Inclusive

pueden no ser las más convenientes para alcanzarlo. En obras de esta clase es siempre difícil comprobar el acierto de las interpretaciones y proclamas enunciadas. Sin embargo, no puede negarse en "Poder sin Propiedad" un estilo brillante y un pensamiento ágil y provocativo. Por otra parte su optimismo es también expresión de la sana actitud de encontrar cambios inevitables con la buena voluntad indispensable para comprenderlos y dirigirlos. Berle acierta en cuanto nos invita a dejar de lado enfoques basados sólo en la costumbre o el estudio insuficiente y a aceptar con sinceridad un orden social que preservará, a pesar de sus vastas transformaciones, los principios fundamentales de nuestra civilización.

Jorge Luis Orta

José D. Ray: "Responsabilidad marítima", en "Obligaciones" N° 1, Buenos Aires-Montevideo, noviembre-diciembre de 1962.

La revista jurídica "Obligaciones", cuya aparición saludamos, promete representar una valiosa contribución para el inquieto ambiente del derecho. Advertimos en sus páginas un equilibrado enfoque del Dr. Ray que nos afirma en nuestro convencimiento en la unidad insalvable de todo lo jurídico.

La responsabilidad marítima pasa por el límite esclarecedor del A. y brota como algo coherente y orgánico. El tema que sirve de núcleo a este aparte des-

tinario se constituye en la médula que permea las estructuras que levanta el Dr. Ray; sin embargo el nutrido cortejo jurídico de acompañado andar que nos brinda el A., se nos presenta como entroncando con todo aquello que ubicado fuera de la especificidad marítima le da contenido, vivencia y aún posibilidades ciertas de dinámica concreción.

El derecho es una arte, es inconformante que el Dr. Ray así lo interprete y que con tanto convencimiento lo plasme.

Jorge Rosarío Almirall

Enrique Basualdo Meire: "Responsabilidad arrendaticia", en "Obligaciones", N° 1, Buenos Aires-Montevideo, noviembre-diciembre de 1962.

Uno de los problemas más apasionantes, el de la responsabilidad, eje en torno del cual gira toda estructura jurídica, es abordado por el A., en el ámbito arrendaticio.

Es indudable la fluida expresiva que acredita el Dr. Basualdo Meire y en la medida que aborda un tópico de difícil acceso para el estudiante es útil. Empero debemos agnate que aparecen en-

hequet como el de la trascendencia del invento de la serpiente, que giran en órbitas lejanas a las que debieron servir como centro al actualista. No advertimos en este trabajo asertos doctrinales ni jurisprudenciales.

Si el A. se propuso realizar una rú-

pida generalización que resulte comprensible, a base de aliteras, logró su propósito; si hubiese aspirado a dejar caer un mensaje orientador desde el altar magisterial, el fruto no hubiese colmado las anas del A.

Jorge Horacio Altresini

EDUARDO CORRALO CALON. En torno a la inseminación artificial en el campo penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, marzo-agosto 1961, página 195.

I. — Queremos profesamos una inquietud por la ciencia de Francesco Carrara asintiendo al nacimiento de una nueva figura penal: la fecundación artificial. Por ello el lector ha de caer gradualmente en el pensamiento del A. que nos presenta esta obra del bien conocido "Annuario" hispano; en esta vez para anunciar al habla castellana de inminentes conagraciones legislativas de un hecho antijurídico que, apoyado en el campo penal, resulta hoy contemplado por proyectos de reforma en los derechos italiano y alemán. A esclarecer esta conducta criminal, tiende el estudio del A. que, con pluma ágil y concisa, nos introduce en esta aventura de las ideas.

II. — El artículo consta de dos capítulos distintos que, pese a la identidad temática, difieren en sus géneros. El primero toma las características de un estudio penal, mientras el segundo adquiere las de ensayo político-criminal.

III. — Al correr de las primeras líneas se perfila el panorama de la inseminación artificial con mención de cifras y razones, visión que manifiesta la gravitación social del problema. Refiere el A. la polémica suscitada en el foro italiano en torno al caso Carla Cassati, de octubre-diciembre, 1958, en Padua. Procreada ésta, a instancia de su marido, por aduiterio cometido mediante inseminación artificial practicada por un médico, sin consentimiento de aquél. Dicho trata-

miento fue realizado con elemento extraño al marido, resultando de él, como consecuencia natural, el nacimiento de una niña, Alberta Cassati en primera instancia, halla luego revocado por el Tribunal de Apelación, el proceso se halla a las resultas de la decisión del Tribunal de Cassación.

El A. resalta las concepciones penales en relación con la posible adecuación de aduiterio en esta conducta, haciendo suyas las ideas tradicionales sobre el aduiterio como acto sexual. Coincidiendo con Guastieri, Pisapia, Righi, Ruzicri, Bernai, Farnasini, doctrina también sustentada por la Cassación italiana que, siendo revisada por Lesser, Chiaventi y Battaglioli, consideran de la naturaleza del aduiterio la presencia de un acto sexual. Para el A. esta nota se da en la inseminación artificial; sólo media un tratamiento médico tendiente a la fecundación; un acto meramente biológico que no queda subsumido en el tipo penal de aduiterio dada la no violación del deber de fidelidad conyugal.

Hace mención el autor de los dos proyectos italianos que propician la inclusión de la fecundación artificial en el catálogo penal como delito autónomo, iniciados, en la Cámara de Diputados, en 1958 y 1959.

IV. — El segundo capítulo del artículo analiza el proyecto de código penal de 1960 para Alemania, con alusiones a la

exposición de motivos, en la parte que invoca la "transmisión artificial de semen", sancionada específicamente por el parágrafo 203. De la transcripción textual aportada por el A. resulta penado quien practique inseminación artificial sobre mujer, siendo menor la sanción cuando es consentida por ésta (leídas B y C); excepto una causa de exclusión de la antijuricidad para el médico que la realice con elemento proveniente del marido y mediante el consentimiento de ambos cónyuges (inc. 2º).

V. — Como epílogo interno señalar una actitud de Cuello Calón. Omite sistematizar sus conclusiones en beneficio del método expositivo. Sin embargo el lector deducirá que se encamina ante un aporte estimable de política criminal. El artículo trasciende de una enumeración de doctrinas, como parece ser en su desarrollo, para delinear una opinión personal. Propugna una consagración legislativa de la inseminación artificial en pos de los llamamientos del proyecto alemán de 1960, con una sola objeción que, resultando del sistema, a juicio del A., deja impune la autoinseminación con semen de extraño practicada por la mujer casada. Omisión injustificada para el A., ya que, no estando prevista, derivaría el fin de la ley. Este ensayo aparece en la Sección

Doctrinal del "Anuario" viene a integrar el pensamiento del maestro español, quien habiendo tratado con mayor amplitud el problema en un estudio anterior titulado "El aspecto penal de la inseminación artificial" publicado en su obra "Tres temas penales", Barcelona, 1965, actualiza la exposición en torno a un hecho antijurídico, trasladado recientemente al campo del derecho criminal, que provoca el auge de atención sobre los proyectos a que aludimos.

Que meritosos en nuestros páginas este artículo de Cuello Calón tiene un sentido de oportunidad. Siendo inminente la sanción de un código penal para nuestro país y no estando prevista la figura de la inseminación artificial en la legislación vigente, ese hecho antijurídico no capta mejor suerte en la reforma, omisión que es explicable al recordarse que la fuente más moderna y reciente seguida por el redactor del Anteproyecto, es el proyecto alemán de 1960, cuyas disposiciones no la prevé. El estudioso hallará con el artículo del catédrico español un elemento más para integrar su criterio sobre las orientaciones convenientes a seguir en nuestra legislación frente a problemas que también nos tocan socialmente de cerca.

Jorge Fidele Masín

JULIO LÓPEZ LASTRA. *Etología de la criminalidad infante juvenil. "Hacia una legislación integral de la minoridad, en cumplimiento de las medidas de seguridad en el Código Penal"*. Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas de la provincia de Buenos Aires, La Plata, 1961, Nº 6.

López Lastra entiende que deben integrarse los conocimientos aportados por la Sociología, la Antropología, la Psicología y la Biología, en una "Ontogenia Criminal" que comprenda todas las causas que generan al menor delincuente. Sea que se considere la delincuencia juvenil como un problema de exclusión social o que también pertenezca

al campo jurídico, lo cierto es que las causas que la determinan constituyen una realidad local en el sentido de que deben ser resueltas con dimensión argentina.

Al observar esta realidad el autor encuentra la existencia de:

1. — Causas biológicas o ambientales:
a) en los "Establecimientos estatales

para Menores" donde no hay personal especializado que esté a cargo de los internados, en los que no se lleva a cabo la recuperación del menor, al mismo tiempo que corren riesgo memoria abandonada, internados por mala conducta, culpables no imputables y aquellos que sufren procesos patológicos, estos no reciben debida atención médica; b) en "la influencia del mundo de los adultos": el choque con una sociedad materializada provoca en el menor una gran inseguridad que se exterioriza a través de reacciones agresivas contra esa sociedad, esto se lo demuestra el gran porcentaje de delitos contra la propiedad frente a otros tipos de delitos. El autor cita una conferencia del Dr. Jiménez de Arda, donde, al referirse al índice máximo de la delincuencia en Israel, señala que ello se debe a "la habituación al trabajo"; c) la influencia de la "sociología social": el menor, a medida que se desarrolla capta y percibe que el medio ambiente no le ofrece apoyo moral; d) la enseñanza realizada de acuerdo a métodos caducos y superados que apelan a la memoria y no a la inteligencia, los planes antipedagógicos que no habilitan al menor para la lucha por la vida; e) el factor económico exteriorizado en la mala vivienda y promiscuidad, tal como existe en el cinturón de miseria que rodea la capital y las grandes ciudades; f) la prensa y la literatura sensacionalista.

2.—Causas Genéticas o Hereditarias. Las estadísticas señalan que el 8% de la población escolar está constituida por incapaces mentales. Estos casos, —no contemplados por la legislación mediante un reconocimiento y tipificación obligatoria— encuentran salida en el vagabundaje y la criminalidad. Estos menores calificados como "psicógenos" (es decir incapaces sociales por fallas psíquicas adquiridas o que sufren desequilibrios psíquicos por asimilación), son los característicos integrantes de parias.

3.—Causas Fenotípicas o de Educación: Inoperancia familiar, escolar, mala configuración familiar que tiene mayor influencia sobre las menores mujeres que sobre los menores varones.

De acuerdo a las causas señaladas el Dr. López Lastra considera que debe trabajarse con los conocimientos ofrecidos por otras ciencias y realista, en la faz preventiva la búsqueda de soluciones que correspondan, sea al ámbito familiar, escolar o estatal mediante psicoterapia de grupos, clases para padres, reconocimientos médicos obligatorios en la etapa escolar, modificación de los Establecimientos para Menores, la creación del Fuero de Menores.

Considera, finalmente, que quienes van ante problema comprenderán entonces que es necesario actuar sin demora en un derecho que el menor tiene ante la comunidad.

Maria Infante.

ASTORIA: FURTALOGAN-HYUNGMAN, Estancos bajo el Código Penal suizo. En la Southwestern Law Journal, Vol. 13, Nº 3, 1961.

Estancos es el acto u omisión que causa o acelera la muerte de una persona enferma, sin posibilidad de cura, a fin de evitarle que siga sufriendo los dolores que padece.

Partiendo de este concepto el Dr. Furtalogan-Hungmay se a contrariar los

diferentes casos que pueden presentarse alrededor del acto de estancos, con las disposiciones contenidas en el Código Penal Suizo de 1962. Este Código no contempla el acto de estancos en forma específica, pero, no por eso, lo considera impermisible. Los actos que aseman

este carácter en circunstancias concretas no sufren pena capital y serán penados como asesinato o homicidio y las sanciones se guardarán teniendo en cuenta no sólo las situaciones de hecho que rodean a cada caso sino también de acuerdo a lo que el juez considere justo aplicar al considerar la conducta observada por el autor, basándose en las facultades discrecionales que el mismo Código otorga al magistrado.

Los actos previstos son:

A) Homicidio de persona sufriendo ante su propio y urgente peligro: La sanción es menor que para otros casos de homicidio, ya que al no establecerse su duración corresponden prisión de tres días a tres años. Pero de acuerdo a las facultades del juez para considerar los motivos determinantes del acto, es posible que en ese caso —del que no se conocen precedentes— que el homicida que mata por piedad sufra solamente detención de un día a tres meses o que sea sobreseído. Lo que se destaca es la necesidad de que sea la víctima quien tome la iniciativa, que su requerimiento sea serio y urgente; debiendo, según algunos autores, gozar de plena capacidad mental o bastando, según otros comprender plenamente la gravedad del acto.

B) Homicidio de persona enferma sin su pedido: Este caso que no es contemplado especialmente por el Código se rige por las disposiciones relativas al homicidio. Si la víctima se limita a conatos la ejecución del acto o si no tiene la capacidad mental para analizar su pedido, se considerará la culpa del autor, y la sanción aplicable para el Dr. Pentaloni-Henggeler será la de reclusión perpetua, ya que el homicida evidencia una marcada peligrosidad. Pero si se trata de un médico, este supuesto no configuraría asesinato salvo que ese proceder fuera retenido, siendo entonces considerado como homicidio pasional

con reclusión de diez años o prisión de uno a cinco años; y dadas las facultades del juez debe poderlo, teóricamente, reducir la pena a tres días.

C) Investigación al suicidio, complicidad en el mismo: Bajo este supuesto se contempla el caso del médico, u otra persona, que proporcionara al enfermo los medios (drogas) para matarse. Si el investigador o cómplice actúa respondiendo a móviles personales, serán penados con reclusión que durará hasta cinco años o prisión. De lo contrario no prevé sanción. No es factible que el médico o enfermera faciliten al enfermo la ejecución de su suicidio, más por la que no serán sancionados, salvo que realmente no impidieran que el enfermo se envenenara, lo que constituiría homicidio por negligencia y la pena será de prisión o confinamiento.

D) Omisión de atención médica a persona enferma: Hay que distinguir los casos concernientes a aquellos que por su profesión están obligados a prestar determinadas servicios, de aquellos otros en que sólo se está moralmente obligado a asistir a quien lo necesita. Este último caso no configura acto antijurídico alguno, pero en el primer supuesto hay que considerar si el médico toma a su cargo la salud de un paciente, lo que incluye la responsabilidad de tratar de salvarlo, del caso en que el médico no toma el paciente a su cargo, cuya responsabilidad será contemplada por el homicidio intencional o negligente.

Concluye el artículo el Dr. Pentaloni-Henggeler citando a Hafler que explica que la razón por la que existen tan pocas precedentes judiciales sobre eutanasia, no es que estos actos no se cometan, sino que de cometerse no son llevados a conocimiento de la justicia.

Marta Ruiter,

Al comprender el estudio de la causa de la delincuencia es evidente que ya no se puede prescindir de la consideración de los factores biológicos. Esta reticencia inclinada se debe a que no se realizaron (por lo menos no se conocen) muchas pruebas científicas sobre la conducta humana anteriores a las de Freud y a las de la sociología empírica. Sobre la base de estas nuevas concepciones, entre ellas los aportados por la Biología, debe reestructurarse la futura investigación, proporcionando así un mayor status científico a la Criminología.

Debe tenerse en cuenta que esta orientación, cuando enfoca el problema solamente a través de un punto de vista exclusivamente sociológico o psicológico y por lo tanto no llega a responder las interrogantes que se plantea la Criminología, no se desarrolla una teoría causal.

La SOCIOLOGÍA considera que las causas de la delincuencia aparecen en el medio social, luego no sólo debe ser evaluado al individuo delincuente sino también el medio donde esa delincuencia se originó. Para el Dr. Fox este punto de vista puede ser objeto de dos críticas; en primer lugar, no todos los individuos que se encuentran sometidos a influencias antisociales o que se desarrollan en un medio propicio para la delincuencia, son delincuentes; de ahí que un mismo medio social produce individuos delincuentes y no delincuentes; en segundo lugar, el marco social es un factor más en la etiología delictual mostrando por sí solo el proceso que sufre el individuo que comete el acto delictual. La PSICOLOGÍA otorga preferente atención al aspecto individual, pero sin perder de vista el marco social. Mientras algunos psicólogos demuestran la causalidad delictual, otros la encuentran en el desarrollo normal de la per-

sonalidad. Aichhorn sostiene que ello se debe a la imposibilidad de controlar los impulsos instintivos que se mantienen en su más primitivo nivel.

Estas consideraciones son un valioso aporte para ubicarse ante el delincuente, y saber tratarlo para, según el Dr. Fox carecen de utilidad cuando se trata de aplicar a individuos con una mala conformación de personalidad pero que no observan conductas de conducta. La psiquiatría explica porque se dan esas desviaciones pero no ofrece una graduación de la gravedad que revista sus síntomas para poder conocer así la probabilidad de delincuencia en los mismos. Ello se debe a que la psicoterapia no constituye una ciencia metodológica que ofrezca un conocimiento objetivo del individuo, éste podrá ser neurótico, psicópata o delincuente, pero no se sabe cuáles son los métodos que lo inducirán a adoptar una u otra personalidad. Para el Dr. Fox no es una la causa determinante de la delincuencia; las influencias son multifactorias y aparecen interrelacionadas, de ahí que no siempre la conformación biológica determina, por sí sola, al delincuente. Es la ausencia de inestabilidad criminal resultante de la influencia de factores biológicos, psicológicos o sociológicos, o que determinaron el hecho delictivo al converger, estos elementos, con mayor potencia hacia a las fuerzas inhibitorias del individuo. Se sustituye el concepto de fuerzas que llegan a un punto de escape antisocial, por la existencia de un factor específico que inevitablemente y siempre conduce a la delincuencia.

Puede afirmarse que un sólo factor, por más gravedad que revista, no es el que lleva por sí solo al individuo a la delincuencia, sino la combinación de un conjunto de factores, en una determinada

momento y en un determinado individuo. Una teoría causal de factores intercambiables ahera todas las influencias sobre la conducta; por ello es que no corresponde investigar temas individualizados sino las distintas combinaciones de factores.

En cuanto a la existencia de elementos biológicos en la etiología delictual el autor considera los estudios realizados por el matrimonio Sachs Glueck, donde destacan la influencia del tipo físico como factor potencial que adquiere importancia al combinarse con otros factores. Esto se demuestra al comparar un grupo delictivamente con otro no delictuoso, donde en el primero, la asociación física determina ciertos rasgos

caracterológicos que, combinados con la influencia ambiental, podrá producir reacciones antisociales. La vulnerabilidad frente a factores externos aducen en cuanto su respuesta, positiva o negativa, en el tipo de constitución biológica del individuo. El Dr. Fox señala luego, distintos casos criminales producidos por factores biológicos en individuos afectados por hipoglucemia. Concluye destacando la vinculación, en el plano legal, del aspecto biológico con la responsabilidad del individuo que, de ser admitida la relevancia biológica exigirá la dilucidación de una serie de problemas y la revisión de las leyes penales.

Marta Haines.

OSCAR C. BLAZQUEZ. *El problema de la imputabilidad disminuida (A propósito del art. 25 del Anteproyecto Sales)*.—Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológica, N° 1, pág. 59, La Plata.

I.—El artículo con sus observaciones nos fuerza a repensar sobre una institución novedosa para nuestro derecho positivo. La idea foránea —de Suiza y Alemania— resulta acogida en el art. 25 del Anteproyecto de Código Penal; a él se dirigen las críticas del artículo comentado.

II.—Estas líneas acometen la relación del texto legal proyectado; impugnaciones que tienen la base en el punto de vista psiquiátrico más que el punto gramatical.

Estas es el aspecto desde donde cesa su temática el A. así, omite deliberadamente analizar el sistema penalógico determinado para la imputabilidad disminuida para tomar la cuestión en su faz médica, y lo hace relativizando la precisión terminológica del art. 25 del Anteproyecto.

III.—El A. hace previa a toda valoración de exactitud científica de dicha norma la respuesta sobre la situación

del semiimputable ante la psiquiatría: "¿Es sano o es enfermo?".

Frente a esta tarea el A. desarrolla una exposición académica en torno a los conceptos de "sano", "enfermedad en general", "anormalidad", "personalidades psicopáticas", y "enfermedad en psiquiatría".

De las ideas admitidas de las personalidades psicopáticas —cita el A. a JASPERS, SCHNEIDER y EXNER, entre otros— deduce que éstas se ubican en la categoría criminológica de los semiimputables advirtiendo —citando a MEYER— que no todo psicópata es imputable: la apreciación de esta calidad debe ser valorada en cada sujeto.

IV.—Partiendo de estas premisas el A. objeta la congruencia del art. 25. Si se describe la imputabilidad disminuida en el Anteproyecto como una grave alteración de la capacidad criminal como efecto de una de las causas del art. 24 del mismo texto (tal resulta

de la referencia legal al "artículo anterior"; este art. 24 establece los mismos estados mentales que el art. 24, inc. 1º del Código Penal vigente con el agregado del estado mental, transitorio, resultante, en consecuencia, para el A., la contradicción misma de la institución: un estado psicópico —elemento de la imputabilidad disminuida— no tiene nada de patológico, como lo son cualquiera de las causas del art. 24.

Es esclarecedora la cita de JASPERS (cogiendo una de las que hace el A.): "Las variaciones que se apartan del término medio de la especie humana no se llaman, como tales, morbosas".

V. — El art. 24, a ciencia del A., en su aplicación forzosa no colmará el vacío de nuestra legislación criminal. Dado que eso se consuma: la referencia al estado mental patológico como elemento integrativo de la imputabilidad disminuida será una rítmica para el encuadramiento de los estados psicópicos. Acierta BLARDUNI: "...no puede decirse que haya en los psicópatas "intencionalidad de las facultades", ni "alteración morbosa de las mismas", ni "grave perturbación de la conciencia" (pág. 69).

La ausencia del estado patológico establecerá una imputabilidad plena para las personalidades psicópicas —como ocurre en la legislación vigente— contrariando la Ciencia de Epicuro y los dictados de la Justicia.

Incapte el A. el resultado a que irán los Tribunales —sancionada la Reforma— forme a este acalla, previendo que no será otro que la creación de la ficción de un "estado morboso jurídico" que extienda la atenuación de la pena y el régimen penológico especial a las personalidades psicópicas "no morbosas". Predilección que el A. sustenta en el precedente de la jurisprudencia

alemana ante el art. 24, párrafo 1º del código de esa nación, norma similar al art. 24 del Anteproyecto que plantea idéntico problema con la concausa interpretada a la que se llegó en nuestro país cuando maso al criterio de la fuente legislativa (derecho alemán).

BLARDUNI propone como solución lógica no refuda con la realidad y la ciencia una nueva redacción del art. 24 que operará su eficacia sin el artificio de una interpretación indirecta contraria a la ley.

Insinúa dos enunciados legales posibles: un mediante la agregación de las palabras "o cosa" a la redacción actual, manteniendo la referencia al "artículo anterior"; o, con más precisión, mediante la supresión fundamental de la referencia a los casos del art. 24 del Anteproyecto, es decir, prescindiendo de la mención de las causas psicológicas.

VI. — De la lectura de estas páginas se muestra un gran apuro para la futura legislación repositiva. Su valor se estima en su escasez. Si bien la institución de la imputabilidad disminuida ha sufrido críticas ellas se han dirigido a lugares más comunes: sistema penológico, necesidades técnicas en cuanto a la ausencia en nuestro país de establecimientos penitenciarios suficientes y adecuados, como asimismo, la deficiencia del elemento humano idóneo para la atención de esta nueva clase criminológica. Lejos de esto BLARDUNI analiza el problema desde el criterio básico legal: el bio-sicológico en que se funda toda imputabilidad posible que para del principio del libre albedrío y la responsabilidad moral. Como en el caso de nuestro derecho, el acierte del A. lo mediana como considerable.

Jorge Finck Mado.

Quisiera trabajamos en temas atinentes al Derecho Deportivo conocemos ya la trascendencia que en momentos como el presente tiene el tema. Por ello nos complace la aparición de una obra que, como la del Doctor Sáez, plantea problemas de nuestra disciplina a nivel universitario.

Constatando de la problemática, el Profesor de Derecho Penal II Parte en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires no desconoce la obra que esta Revista desarrolla en sus terrenos; prueba de ello son las citas que en dicho trabajo hace de artículos publicados en estas páginas.

Su libro, que tiene el doble mérito de ser claro y sistemático, enfatiza primeramente la importancia del deporte, analiza las múltiples teorías que se han formulado respecto a la naturaleza de las lesiones y homicidio producidos en su ejercicio, para revista luego a fallos jurisprudenciales nacionales, corrobora tras ello su aseveración en la jurisprudencia y legislación comparadas, culminando su enfoque con un jugoso apéndice donde encara un intrincado tema: ¿el boxeo, debe o no ser eliminado?

El autor parte de una distinción clara entre los conceptos de "delito deportivo" y la expresión que, por jugar más acertada, sirve de título a su obra: "delitos cometidos en ejercicio del deporte", distinción ésta que le permite, además de clarificar expresiones usadas por el penalista Ramos, entrar al análisis de una sustentada por otros autores.

Para el tratamiento de las teorías que pretenden justificar la licitud de las lesiones y homicidio resultantes de la policía deportiva, parte de una previa clasificación en doctrinas afirmativas negativas, según se afirma que el evento

debe o no ser tratado por el Derecho Penal.

Comienza así una prolija exposición de opiniones nacionales y foráneas, trata en la cual evidencia, antes de erudición en la cita, profundidad en la crítica. En este aspecto se destaca muy especialmente la elaboración elaborada acerca de la delimitación y sistemática de la teoría del consentimiento.

A su juicio, cuando el evento dañoso se produce con motivo del ejercicio de un deporte autorizado por el Estado, y no ha mediado dolo, culpa o preterintencionalidad, si se ha prestado el consentimiento para su ejercicio, el sujeto activo no puede ser sancionado, porque se encuentra amparado por el principio de la no exigibilidad de otra conducta.

Con dicho aserto, llega a la conclusión de que, para un correcto encuadre de las hipótesis planteadas no resultan indispensables expresos textos legales pero sí, acorta acortadamente, dichos textos legales serían convenientes debido a la trascendencia actual de la actividad lúdica.

En sus últimas páginas, el autor describe la incidencia que en el tratamiento penal del problema pueda tener la noción de "rosambo", como así también las posturas sustentadas por autores argentinos como Soler, Peto, Ramos, y Carrocco, tales como Del Vecchio, Grispigny, Jiménez de Asúa y otros.

Se destaca el análisis de la teoría de la realización de una práctica apoyada o reconocida por el Estado, donde Sáez hace un profundo análisis de las causas de justificación cual ya lo brevedad en su tesis doctoral: "La defensa justa. Estudio doctrinario, jurisprudencial y legal sobre la legítima defensa", trabajo éste que, quisiera fuéramos sus alumnos, jamás olvidáramos.

Concluire de la necesidad de encarar el tema con un aserto en la realidad

social que lo informa, carecía fallos jurisprudenciales, oportunidad en que, necesariamente, aflora su crítica crítica a conceptos incorrectos, como aquella que dirige a la distinción hecha en el caso "Marocco" entre deportes más o menos rigidos o violentos.

La transcripción y análisis de los textos legales vigentes en Ecuador, Cuba e Italia y el comentario a los Proyectos de Lavetti y Bressana nos muestran la ventaja de contar con una regulación normativa amplia y generosa, permitiendo al autor tomar partido acerca del

contenido de dicha regulación para un deporte determinado: el boxeo no debe, en su pensamiento, ser prohibido, siempre y cuando se vigile muy de cerca con adecuadas reglamentaciones la evolución del actor de todos los que en ese ámbito se desempeñan.

En suma: un trabajo lúcido, de fácil y agradable lectura que no sacrifica en virtud de esos méritos la profundidad de pensamiento.

Novicio Sergio Gallo

ETCETERA

EN TORNO A LA CREACION MUSICAL

Por RODOLFO A. GONZALEZ LEBRERO

Frente a la moderna creación musical de avanzada, al pretender adoptar una postura crítica honrada, debemos ubicarla en función de nuestro tiempo, aunque ello sirva sólo para comprenderla o justificarla. La aceptación de la música contemporánea es asunto aparte; la justificación como resultante más o menos natural del esquema presente del mundo, es producto de un acto intelectual ajeno a la necesaria comunicación emocional que nos induce a reconocer en determinada música la presencia de valores estéticos.

La música, como todo otro arte, se da en cierto lugar y en cierto tiempo, influenciada por los principios y cambios filosóficos, políticos, sociales, económicos que afectan al individuo y a la sociedad en que vive; es obra del hombre y sigue su suerte.

El siglo XVII, y en gran parte el siguiente, fue dominado por un racionalismo y un absolutismo que encerraron la creación musical en rígidos moldes formales, en obras reservadas al alcance y comprensión de minorías palaciegas. Rompiendo esa inflexibilidad clásica, y paralelamente a desarrollos revolucionarios, el movimiento romántico, apartándose de la sistematización precedente y acercándose al nivel popular, brindó un nuevo programa sonoro de íntima penetración. Aunque discutido y resistido en su momento, el romanticismo adquirió carta de ciudadanía y constituyó una etapa excitante de la historia musical.

Nuestro tiempo, rico en progresos, inquietudes y penurias, encuentra sus características en la angustia como nota distintiva de la personalidad, y en la técnica como factor preponderante, sino absoluto, en el control y conducción de la actividad toda, y así nuestro tiempo nos produce, entonces, el atonalismo, en un neurótico esfuerzo por reproducir cuanto vibración circula con el torbellino multitudinario que nos envuelve, proclamando el fracaso de la tonalidad y de la armonía, y las así llamadas música electrónica y concreta, como última consecuencia de la imbecuencia prepotente de la técnica en la vida emocional.

Pero, ¿todo esto es definitivo?, ¿en acaso música? Ciertamente no y ciertamente sí.

Todo individuo y todo pueblo tienen una vida emocional, en la que se reconocen un potencial y una actitud; el primero nos da la intensidad, la temperatura emocional, la segunda, la calidad, el concepto. Ligados sin remedio al existir de los individuos y los pueblos, ambos factores los acompañan en su devenir, sujetos a los cambios bruscos y a las transformaciones progresivas. Pero siempre hay un cierto retardo; la emoción es conservadora, y esta misma resistencia que hoy tenemos frente al dodecafonismo, por ejemplo, la tuvieron nuestros lejanos antepasados frente a Beethoven y nuestros abuelos frente a Wagner. Sin embargo la ruptura es ahora mayor porque el ser humano, que es equilibrio por excelencia, no puede aceptar, a cambio del abandono emocional que implica la música auténtica, la soledad, el movimiento sin reposo, la fatiga, toda vez que en su vida no emocional lucha precisamente contra esos enemigos de cada día, que atacan contra su presente y su proyección futura.

La creación musical es un fenómeno cultural, resultante del juego armónico de varios elementos: el genio del compositor como ingrediente básico, pero influenciado y hasta condicionado por la presencia invisible de factores diversos dentro de los cuales se acomodan en primera fila los valores estéticos. La composición sólo es posible y auténtica cuando en la estructura emocional del autor se introduce una nueva experiencia un estímulo, que reemplaza la rutina emocional por una tensión vibratoria; surge así la idea musical, como recurso de liberación y expresión, como realización de la personalidad del compositor.

Pero la obra, como ya lo hemos dicho, se da en un tiempo y en un lugar ciertos; de ahí que no pueda prescindirse de un sutil formalismo que enmarca y hasta contribuye a producir el pensamiento musical, y que es consecuencia de todos los factores condicionantes de la vida emocional del creador y del contemplador. El primero debe componer, esto es, disponer organizadamente de sonoridades concretas en un sistema adecuado al estadio histórico en que se produce, con el efecto inmediato de ponerlo al alcance del oyente. Esto no significa, sin embargo, someter apriorísticamente los sonidos a un ordenamiento rígido e intocable. Frente a sí misma la obra debe seguir las reglas de la creación; debe en su desarrollo objetivo responder al desarrollo subjetivo de la vida emocional del creador, a la trayectoria de la idea musical; frente al espectador, para lograr y mantener su vigencia, debe adaptarse y reconocer al momento histórico en que se presenta.

La música, como instrumento superior de comunicación, tiene que provocar entre el oyente y el compositor, una comunión a través de la obra como complejo estético; cuando el autor recita su dictado interior en un lenguaje exclusivo, inaccesible al contemplador, cuyo diapason emocional no se altera por falta de estímulo, la obra carece de valor al no brindar, por su extremo subjetivismo, el placer equilibrado y casi mágico de la música, que enseña el camino del Amor.

Músicos hay que escriben obras que ya fueron en cierto sentido escritas, que pertenecen a un pasado ya superado, mientras otros compo- nen para lo futuro utilizando formas y materiales sonoros revolucionarios; unos pecan por defectos y otros por exceso, pero todos con la buena fe de creerse ejecutores de un destino. Y en verdad cumplen una misión dentro de la evolución de la música. Porque en música todas las épocas han sido de transición —si bien, desde luego, pueden identificarse períodos más o menos largos de características propias— en el estado de que, como hecho cultural, sigue inevitablemente el devenir del hombre, siempre cambiante por ser perfectible. Ninguna época es autónoma, y todas han ido y van edificándose sobre las que las preceden, en una interminable concatenación de técnicas y recursos que sólo mantienen intocable, como común denominador, la esencia de la música, los principios inamovibles de su concepto, fuera de los cuales no existe como tal. Los que miran hacia atrás van cerrando capítulos; los que apuntan al futuro van sembrando semillas, que germinarán o no, pero ambos, no pudiendo sustraerse a la verdad del mundo que habitan, hacen historia pues los creadores de mañana no podrán ya prescindir de lo que hoy se escribe. De la mañana de creadores y creaciones surgirá así un estilo, que individualizará a los que habían acertado el camino y descartará a quienes fueron simplemente "moda", o tan sólo hojarasca.

Desde hace varias veintenas de años, el mundo sonoro se ha ido ensanchando y el hombre, que después de conquistar la tierra, el mar y el aire, piensa conquistar los espacios siderales haciendo escala en la Luna, ha procurado volcar al pentagrama todos los matices de aquel mundo, con sus grandezas y sus miserias, y según se mire la cuestión, ha puesto en crisis el concepto de música. ¿Es preciso acaso reconsiderar este concepto? Porque una cosa es admitir, como lo admitimos sin vacilaciones, la inesorable evolución del pensamiento musical, y otra aceptar, a lo cual nos negamos, la ausencia de belleza como norma casi permanente y definitiva en la construcción, en aras al total aprovechamiento de la materia sonora a nuestro alcance.

No debe perderse de vista que la música, ligada por lazos fraternos a las demás artes, debe, como éstas, cumplir su misión trascendente de

encantamiento, de abandono emocional. Es lo que en pintura, por ejemplo, permite distinguir la obra de arte de la decoración. La música —repetimos— es un fenómeno cultural, del hombre para el hombre, y debe someterse, aunque lo haga sin advertirlo el mismo creador, a la dimensión del hombre.

Por eso nos preocupa la perspectiva del desplazamiento de la tonalidad, sistema substancialmente fundado en hechos naturales, y que, aún plagado de alteraciones, sirve de columna vertebral a composiciones, donde el conflicto encuentra solución, donde el movimiento encuentra reposo, lográndose así el perfeccionamiento del pensamiento musical. Es que a pesar de que la idea contenida en una obra no se agote con ésta, por integrar el devenir emocional del creador, al objetivarse tiene que hacer un alto en el camino, para que cobre sentido aquella y tanto autor como oyente carguen sus baterías.

PAISES RICOS Y PAISES POBRES

(*"El buen gobierno" de Luigi Einaudi*)

No tiene consistencia la opinión corriente según la cual Estados Unidos puede hacer tantas cosas, y entre ellas prestar billones de dólares a Europa, porque posee muchos dólares, mucho trigo, mucho carbón, mucho algodón, mucho hierro, mucho petróleo, mucho de tanto cuanto Dios hizo, tanta gracia de Dios, que es una vergüenza que las hagan pagar, en lugar de regalarlo a los miserables europeos, hambrientos de vituallas, combustibles y materias primas. No es exacta la sucesencia: "primero dólares y después prestar dólares a los demás". Por el contrario, la inversa es la verdadera: primero hay que merecer recibir dólares en préstamo y entonces no sólo vendrán los dólares, sino que finalmente esos mismos dólares podrán ser repaidados a mayor interés a quien los había producido. Los dólares que —se dice— Estados Unidos ha prestado a Europa (como lo demuestra "The Economist" de Londres del 10-XII-1927), son los mismos dólares que, huyendo de Europa, habían buscado refugio seguro al otro lado del océano.

Antes y en el fondo de cualquier riqueza material, existe un hecho moral. Los genoveses y venecianos no dominaron durante siglos el comercio del Mediterráneo y del Levante porque fueron ricos. ¿Qué riqueza existía sobre las rocas estériles del Genovesado o las empalizadas de las lagunas del Veneto? Pero sobre esas rocas y entre esas lagunas vivían hombres laboriosos, tenaces, ardientes, que conquistaron poder, y al mismo tiempo riqueza, suplantando a los bizantinos, que sin embargo eran más ricos, más dotados, que vivían en países más fércos y amenos, con las materias primas de la época al alcance de la mano. La cuna de la riqueza americana no está en las regiones del sur, ricas en algodón; ni en las llanuras centrales fércas de trigo; ni en las tierras del carbón, del hierro o del petróleo. Fue en los estados de la Nueva Inglaterra, en las regiones pedregosas e inhospitalarias que se extienden entre Nueva York y Canadá, donde la tierra no da mimes, porque las rocas afloran por todas partes, donde los bosques surgen penosamente; donde no exis-

ven minas ni mineral alguno, donde falta todo, salvo la energía indomable del hombre. Los hombres de Nueva Inglaterra cuentan, por sus riquezas individuales, entre los primeros de su país y se encuentran a la cabeza de quienes han sabido disfrutar de las riquezas de los Estados Unidos. La regla con la que se forman los dólares es la siguiente: poned a un presuntuoso, a un incapaz, a un charlatán, a un genialoide junto a una mina de oro, y el oro permanecerá bajo tierra; y el presuntuoso, etc., etc., morirá de hambre acucando de su desdicha a la avaricia de los demás. Poned en cambio a un observador, un trabajador, a un hombre de voluntad decidida a no dejar que huyan las ocasiones, ponedlo sobre una roca y sobre esa roca se levantará una ciudad; las barcas de todo el mundo traerán otros hombres, trabajadores, materias primas y capitales; y de aquella roca y de los campos vecinos surgirá trigo, algodón, hierro y toda clase de gracia de Dios.

En Europa existen riquísimas minas de hierro en Francia, Suecia, España e Inglaterra; hay minas de carbón en Westfalia, Rusia y de nuevo en Inglaterra; tierra negra de pan llevar, muy superiores a las americanas, en Rusia y Hungría; praderas incabables en Holanda y Lombardia; tierras maravillosas para frutales, hortalizas y flores en Italia, España, el mediodía de Francia; y tantas otras posibilidades de campos apropiados para emular y aun superar a los Estados Unidos.

Para que todo eso se consiga, que es mucho más de cuanto se obtiene; para que Europa vuelva a ser el centro del mundo económico, es necesario antes que nada que sus hombres abandonen el culto del oro y de las riquezas materiales y pongan en valor la integridad de carácter, la honradez, la justicia, el trabajo realizado con inteligencia, con pasión, con sentido del deber. No hay duda de que por sí solas, no bastan la elevación moral y la inteligencia creadora; pero si estas existen, los dólares y el resto vendrán por sí mismos.

LUIGI EINAUDI: "Gli Stati Uniti fanno pessimi all'Europa", publicado en "La Riforma Sociale", Milano-Abril, 1928, pp. 115-17.
Traducción del Dr. LUIS M. BAUDIZZONE

Este volumen se terminó de imprimir
en el mes de Diciembre de 1964,
en los Talleres Gráficos
"DEL ATLANTICO" S. A.
Ciudad de México - Méx. A.

**Dirección y Administración: DEPARTAMENTO
DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2283
BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA**

v

Precio del ejemplar \$ 120.