

lecciones Y ENSAYOS

33

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires 1986

Fr. Q. de do



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

Recuerdo 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, quedaba sin realizarse una vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comunicaran entre sí y tengan una tribuna donde administran en el escribir 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 Jurídicos, queremos que la Facultad construya mediante una publicación periódica a completar los vacíos legales y necesidades de nuestro estudiante, a elevarse, como tribuna a la capacidad de quienes no quieren que se pase por la Facultad sea un momento estudiar y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear LECCIONES Y ENSAYOS. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestra moneda jurídica local.

Por eso entregamos a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándole la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y administradores el tratamiento adecuado de estos gastos.

LECCIONES Y ENSAYOS es unánime de los alumnos —entendidos bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO
Dr. José F. BIDAU

SECRETARIO GENERAL
DR. FRANCISCO A. DE LA VEGA

LECCIONES Y ENSAYOS

1966

Nº 33

INDICE

In memoriam	5
ESTUDIOS	
AUGUSTO CESAR BELLUSCIO: Regímenes matrimo- niales	9 ✓
SANTIAGO J. BULLRICH: Diversidad e identidad de la prescripción y de la caducidad cambiarias	35 ✓
JUAN JOSE ETALA: Derecho de la Seguridad Social ..	47 ✓
MARIO O. FOLCHI: Política aeronáutica argentina ...	83 ✓
ARMANDO DAVID MACHERA: Derecho colectivo del Trabajo	99 ✓
OSVALDO BLAS SIMONE: Los contratos de explotación de aeronaves en el futuro Código Aeronáutico Lati- noamericano	125 ✓
ENSAYOS	
JORGE EDUARDO BUSTAMANTE: El cheque y la cláusula "no negociable"	167 ✓
MARIO E. DE MARCO NAON: Notas sobre la imi- gración y la agricultura en la Argentina	175
LILIA A. GAFFURI: Convención Europea para la pro- tección de los derechos humanos y libertades funda- mentales	191
TEXTOS	
Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales	209
UNIVERSITARIAS	
OSVALDO J. MARZORATI (h.): Consideraciones sobre la Facultad de Derecho de Miami y su plan de estu- dios	227
LIBROS Y REVISTAS	
Notas de: FORGE A. BACQUE, HILDA DE CARO, HO- RACIO N. GARCIA MELE, FRANCISCA ANA SE- QUIER VIDAL	233

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Doctor Ignacio Wainoly

CONSEJO DE PROFESORES

Guillermo L. Allende, Jorge A. Difrieri y Mario Justo López

CONSEJO DE REDACCION

Directora: Elisa Díaz de Vivar

Subdirectora: Felisa R. de Giralt

Secretario de Redacción:

Emilio Oswald

Secretario Adjunto: Carlos A. Franzetti y María Esther Guaglianone

Redactores: Jorge Eduardo Bustamante, Ana María Gravier, Alberto Manuel García, Elena Crivellari Lamarque, Abel R. Lódola de San Martín, Raúl Emilio Vinuesa, Francisca Ana Siquier Vidal, Ninón Marta Raspall, Isabel Beatriz Russo y Bartolomé Tincoena.

Secretario Coordinador: Mario B. De Marco Nada.

IN MEMORIAM

El Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos vuelve a elevar su voz de reconocimiento: quiere evocar una de las figuras argentinas de relevancia internacional que ha legado al país un brillante ejemplo de personalidad acabada y profunda; quiere rendir su homenaje al maestro RAFAEL BIELSA, hombre que será recordado en el mundo del derecho como una de las más altas vocaciones.

Nació en Santa Fe, el 19 de noviembre de 1889, y murió el 16 de octubre de este año, en Rosario, ciudad que siempre quiso hondamente. Desde muy joven se perfiló en él su fuerte vocación de jurista y docente, y desde muy joven también dio curso a esa vocación recibíéndose de abogado en 1917 y dedicándose a escribir y a enseñar. Esto último fue quizás el modo especial de realizar su misión.

Fue profesor de literatura preceptiva en la Escuela Superior Nacional de Comercio de Rosario, profesor de Derecho Administrativo en nuestra casa y en la Facultad de Derecho de la Universidad del Litoral, dos veces decano de esta última, secretario general de la Municipalidad de Rosario, subsecretario del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, miembro de las comisiones designadas por el Poder Ejecutivo para proyectar un Código Contencioso-administrativo, presidente del Colegio de Abogados de Rosario, enviado a numerosos congresos nacionales e internacionales, miembro de varias instituciones vinculadas a su vocación y de la Sociedad Argentina de Derecho Fiscal, integrante de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Dotado de una poco común capacidad de trabajo y de profunda versación jurídica, su labor como escritor es realmente excepcional: publicó tratados, libros, infinidad de monografías, notas en revistas y colaboraciones, estas últimas muchas veces firmadas bajo los seudónimos de "Prócuro" o "Nerva".

A su muerte, mucho se ha hablado de la pérdida lamentable que significa la desaparición de una personalidad tan eminente. Nosotros, preferimos destacar en rasgo distinto: la obra de un hombre como Rafael Bielsa lo sobrevive. Sentimos su muerte, pero más sentimos la riqueza de su obra, porque es en esta riqueza donde reconocemos la dimensión ejemplar de su persona.

Xº ANIVERSARIO DE LECCIONES Y ENSAYOS

Con este número se cumplen diez años de la creación de esta revista.

LECCIONES Y ENSAYOS es una de las iniciativas que mejor se ha concretado y que ha dado los frutos esperados.

Esta, nuestra juventud, un poco demasiado seria, un poco demasiado triste, un poco demasiado conformista, o tímida —al menos la de nuestra Facultad— ha dado una muestra más de su capacidad intelectual, de su sentido de la responsabilidad.

Claro está que contábamos con los alumnos con mejor calificación de toda la escuela. Claro está que éstos encontraron siempre en sus profesores y en sus compañeros, alientos de palabra y de hecho.

Pero con todo, puestos así, de improviso, ante la responsabilidad de dirigir una publicación con nivel universitario, a trabajar en equipo—manera de laborar poco común en nuestra Facultad—, cambiando frecuentemente de compañeros, llegados de diferentes capas sociales, con diferentes ideologías, distintas personalidades, salieron siempre alirosos de la prueba —sin excepción alguna— y estoy seguro, enriquecidos por la experiencia.

Siempre lamentamos que no se aprovecharan las últimas páginas de la revista para volcar inquietudes y alegrías propias de la juventud, como se hizo en alguna oportunidad. Esperamos que algún día no tengamos razones para hacerlo.

¿Por qué no el anecdotario de clases y de exámenes?, ¿por qué no el cuento, la poesía, el dibujo y hasta la caricatura? Niboyet, el gran jurista francés, no se sintió menos maestro y sus alumnos menos alumnos cuando, parodiando el slogan publicitario de una marca de aperitivo francés y que decía: ¡Du beau, du bon, Dubonnet!, publicaron con su caricatura aquello de ¡Ni Beau, Ni Bon, Niboyet!... y Niboyet no era para sus alumnos ni hermoso y, en cambio, era muy exigente...

Los alumnos que dirigieron la revista y los profesores que integraron e integran su Consejo de Asesores merecen gratitud y su actividad debe servir de ejemplo.

LECCIONES Y ENSAYOS seguirá cumpliendo así dignamente sus fines y constituirá, como hasta ahora, un precioso laboratorio y un magnífico instrumento de trabajo para las generaciones de alumnos y profesionales y aún de juristas que se van sucediendo en el ámbito de nuestra Facultad y aún de todo el país.

Ignacio Winirky.

REGIMENES MATRIMONIALES

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Profesor adjunto interino de Derecho Civil V

I. CONCEPTOS GENERALES

1. Concepto

El hecho de la celebración del matrimonio determina que existan diversas situaciones particulares de orden patrimonial tanto en las relaciones entre los cónyuges como en las de ellos con terceros, las cuales requieren alguna regulación legal. Tal regulación ha determinado en los antecedentes históricos y en el derecho comparado la formación de distintos sistemas o regímenes basados en diferentes principios; esos sistemas son denominados corrientemente "regímenes matrimoniales".

Técnicamente esa denominación es incompleta. Más exacto sería hablar de regímenes patrimoniales del matrimonio; pero como es más sintética y su utilización general le da un significado indudable, nada obsta para admitirla.

Pueden definirse entonces los regímenes matrimoniales como los sistemas jurídicos que rigen las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio.

2. Carácter necesario del régimen matrimonial

La existencia de algún régimen matrimonial es una consecuencia ineludible del matrimonio. Siempre, aún cuando se adopte un régimen de separación de bienes —que en principio importa la independencia patrimonial de los cónyuges— la ley o, en su defecto, la jurisprudencia deben solucionar algunas cuestiones que se presentan en virtud de la vida en común, como la responsabilidad frente a los acreedores por las obligaciones contraídas para solventar las cargas del hogar, la contribución a éstas y a la manutención de los hijos, o la propiedad de los bienes muebles existentes en la vivienda común.

Por consiguiente, no es concebible la ausencia de régimen matrimonial. Aún ante el total silencio de la ley, ciertas reglas deberían ser fijadas jurisprudencialmente.

En la práctica, todas las legislaciones establecen algún régimen matrimonial. Sólo el Código soviético de la familia de 1918 lo prohibió; pero esa prohibición sólo era un principio teórico, pues debió establecer reglas especiales para la asistencia recíproca entre los cónyuges y la manutención de los hijos, lo que en realidad no era suprimir los regímenes, sino establecer el de separación de bienes. Además, la fuerza de la costumbre y de la tradición era tal que en el código de 1926 debió volverse a establecer una forma de comunidad.

3. *Enunciación de los regímenes*

Existe una serie de regímenes matrimoniales típicos, que las legislaciones adoptan independientemente o bien combinados unos con otros; y al lado de ellos, instituciones especiales que no tienen vigencia independiente, sino que necesariamente van unidas a los regímenes típicos.

Los regímenes típicos son los siguientes:

a) De absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, o simplemente de absorción. En este régimen, por el hecho de la celebración del matrimonio todo el patrimonio de la mujer se transfiere al marido, y ella no tiene ningún derecho durante el matrimonio ni a su disolución. Si en el momento de la disolución del matrimonio algo recibe es por sucesión hereditaria y no por derecho derivado de la relación conyugal.

b) De unidad de bienes. En este régimen también el patrimonio de la mujer se transfiere al marido al contraerse el matrimonio; pero a su disolución el marido o sus herederos deben hacer entrega a la mujer o a sus herederos del valor de los bienes recibidos. De tal modo, el derecho de propiedad de la mujer se transforma en un derecho de crédito por el valor de sus bienes, sujeto al plazo incierto de la disolución del régimen, sin que le corresponda parte alguna en los frutos o en las ganancias habidos durante la unión.

c) De unión de bienes. En la unión de bienes no se transfiere al marido la propiedad de los bienes de la mujer, pero sí su administración y usufructo; ella conserva su suya propiedad, restituyéndosele los bienes a la disolución del régimen, pero los frutos devengados durante la unión benefician exclusivamente al marido. Se diferencia, entonces, de la unidad de bienes en que la mujer no tiene un derecho de crédito, sino que conserva su derecho real de propiedad y deben restituírsele los mismos bienes que aportó.

d) De comunidad. La comunidad se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen. Puede ser universal o restringida, según comprenda todos los bienes de los esposos o sólo parte de ellos.

e) De separación de bienes. En el régimen de separación de bienes los intereses económicos de los cónyuges siguen siendo independientes a pesar de la celebración del matrimonio. Cada uno de ellos administra, goza y dispone de sus bienes y lo que adquiere lo adquiere para sí, sin ninguna participación del otro. Sin embargo, ambos deben contribuir a los gastos del hogar; la ley debe establecer reglas a este respecto como también con relación a la propiedad de los bienes confundidos y a la responsabilidad frente a terceros.

f) De participación. En el régimen de participación hay independencia patrimonial entre los cónyuges durante la unión, como en la separación de bienes; pero al disolverse el régimen se acuerda a uno de los cónyuges un crédito contra el otro, cuyo objeto es igualar sus patrimonios o los aumentos de éstos producidos durante la unión.

En cuanto a las instituciones especiales que en algunos casos se unen con los regímenes típicos, ellas son la dote y los bienes reservados.

La dote es un aporte de bienes hecho por la esposa al marido, en propiedad o en usufructo, destinado a contribuir a solventar las cargas del hogar, que a la disolución del régimen se le restituye en valor o en especie. Modifica parcialmente regímenes que no dan al marido la propiedad de la administración y usufructo de los bienes llevados por la mujer al matrimonio, otorgándole bien la propiedad o bien la administración y usufructo de determinados bienes, que son los expresamente constituidos en dote.

La institución de los bienes reservados se añade, en cambio, a regímenes que dan al marido la administración de los bienes de la mujer; consiste en la separación de determinados objetos de uso personal de ella, o de las ganancias de su trabajo, o de una porción de su patrimonio, sobre los cuales se acuerdan a la mujer facultades de administración y goce generalmente ilimitadas, y de disposición también ilimitadas o muy poco ilimitadas.

4. Regímenes legales y convencionales; mutabilidad e inmutabilidad

Algunas legislaciones establecen un régimen legal único, del cual los cónyuges no pueden apartarse ni aún de común acuerdo.

Otras, en cambio, permiten la elección de otros regímenes, elección que puede ser totalmente libre, limitada a ciertos regímenes, previstos y también reglamentados por la ley, o bien limitada por la prohibición de adoptar algunos regímenes en particular. En estos casos, hay un régimen legal y otros convencionales; el primero es el fijado por la ley a falta de convención entre los esposos, y los segundos son aquellos a los cuales éstos pueden someterse convencionalmente.

A la vez, cuando se prevé un régimen legal y otros convencionales, es posible que la opción por éstos pueda ser ejercitada en cualquier mo-

mento o que deba serlo necesariamente antes del matrimonio y una vez efectuado no se permite volver sobre ella. En el primer caso, el régimen es mutable y en el segundo es inmutable. La inmutabilidad, sin embargo, no impide la conclusión del régimen ordinario por la separación judicial de bienes en virtud de causas legalmente previstas.

El principio de inmutabilidad fue adoptado por el Código Napoleón y de él pasó a la mayoría de las legislaciones de los países occidentales. Sin embargo, en Francia ha desaparecido con la reforma introducida al código en 1965, que admite el cambio de régimen durante el matrimonio, por acuerdo de los cónyuges o sentencia judicial a pedido de uno de ellos, siempre que la aplicación del régimen anterior haya durado por lo menos dos años.

II. RÉGIMEN DE ABSORCIÓN DE LA PERSONALIDAD ECONÓMICA DE LA MUJER POR EL MARIDO

5. Concepto.

En este régimen, el matrimonio produce la transferencia de todo el patrimonio de la mujer, como universalidad, al marido, el que se convierte en único propietario, administra y goza como tal de los bienes aportados por la mujer —que se han confundido con los de él en un sólo patrimonio—, soporta todas las cargas del hogar y responde exclusivamente por las deudas. A la disolución, si la mujer recibe alguna porción de los bienes es como heredera y no como esposa.

No tiene vigencia en el derecho positivo actual, pero la tuvo en el derecho romano y en el antiguo derecho angloamericano.

6. *Derecho Romano.*

En el Derecho Romano, era una consecuencia del matrimonio "cum manu". En tal forma de matrimonio, la mujer quedaba sujeta a la manus del marido o del paterfamilias de éste, según que el esposo fuese sui iuris o alieni iuris, respectivamente. La constitución de la "manus" importaba la adquisición por quien la ejercía de todo el patrimonio de la mujer sometida a ella.

7. *Derecho angloamericano.*

El "common law" británico, partiendo del principio bíblico de que marido y mujer son una sola carne, estableció la unidad patrimonial de los esposos, es decir, que trató de hacerlos una sola carne frente al derecho, mediante la atribución del patrimonio de ambos al marido, que es la característica del régimen de absorción.

Tuvo aplicación en Gran Bretaña y en los estados norteamericanos y canadienses sometidos al "common law", pero a partir de mediados del siglo XIX comenzó a desaparecer reemplazado por el régimen de separación de bienes que en tales países surgió como consecuencia de la emancipación de la mujer.

III. UNIDAD DE BIENES

8. Concepto y caracteres.

Lo mismo que en el de absorción, en el régimen de unidad de bienes el patrimonio de la mujer se administra como un todo con el marido; éste lo administra, goza y dispone de él como si se tratase de sus propios bienes. Pero a la disolución, el marido o sus sucesores deben devolver a la mujer el valor de los bienes recibidos, de modo que el derecho de propiedad de la mujer se transforma en un derecho de crédito. El principio del sistema es, pues, la adjudicación al marido de la fortuna de la mujer con cargo de restituir su valor.

El marido se hace cargo también de las deudas de la mujer, pero a la disolución puede descontar del valor que debe restituir las deudas de su cónyuge pagadas durante el matrimonio. Las economías y ganancias hechas durante la unión pertenecen sólo al marido.

Se distingue de la absorción en que existe obligación de restituir el valor de los bienes de la mujer, y de la unión de bienes en que está la restitución se hace en especie y no en valor.

9. Origen y aplicación.

El régimen de unidad de bienes tiene su origen en el derecho germánico, pero por lo general en su aplicación práctica se combina con la unión de bienes, de manera que el principio de la unidad se aplicaba a los muebles y el de la unión a los inmuebles; por lo tanto, los muebles debían ser restituidos en valor y los inmuebles en especie.

Subsistió en algunos cantones suizos hasta la sanción del Código Civil, en 1907; actualmente ya no tiene vigencia legal.

IV. UNIÓN DE BIENES

10. Concepto y caracteres.

El régimen de unión de bienes en su forma pura tiene iguales caracteres que el de unidad mientras dura la unión de los cónyuges. Pero la diferencia surge al disolverse, pues los bienes de la mujer deben ser

restituidos en especie y no en valor. Por lo tanto, en lugar de transformarse la propiedad de la mujer en un derecho de crédito, se mantiene como propiedad, en tanto que el usufructo se transfiera al marido.

Importa la existencia de dos masas de bienes: el patrimonio del marido, que él administra y dispone libremente, y los bienes apostados de la mujer, de los que tiene la administración y el usufructo, pero no la propiedad. Todas las ganancias habidas durante la unión corresponden al marido, lo que lo distingue netamente de la comunidad. Cada cónyuge es deudor de las obligaciones anteriores al matrimonio y de las contraídas posteriormente, salvo la responsabilidad del marido por las contraídas por la mujer con motivo de la dirección doméstica; las cargas del hogar pesan sobre el marido, aunque en realidad la mujer contribuye con los frutos de los bienes que aportó.

A la ventaja para la mujer de que su fortuna no puede disminuir, se une el inconveniente de que tampoco puede aumentar, ya que las ganancias obtenidas durante la unión corresponden exclusivamente al marido. Por lo tanto, reúne para ella los inconvenientes de la separación y los de la comunidad de administración marital: como en aquella, no participa de las ganancias del marido, y como en ésta queda privada de la administración de sus bienes.

11. Orígenes y aplicación.

Tuvo su origen en el derecho germánico como consecuencia de la potestad del marido sobre la mujer, y antes de la sanción del Código alemán se aplicaba en gran parte del país, aunque en algunos lugares se combinaba con la unidad o con la absorción, aplicadas respecto de los bienes muebles.

El código civil alemán lo adoptó como régimen ordinario, con la denominación de régimen de administración y disfrute del marido, pero no en su forma pura, pues admitió la existencia de bienes reservados de la mujer que quedaban excluidos de la administración marital. Se consideraban bienes reservados los objetos de uso personal de la mujer, las ganancias hechas con su trabajo o comercio, y los así considerados por convención entre los esposos o por disposición del donante o testador. Subsistió en Alemania hasta que el 31 de marzo de 1953 entró en vigor el principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres establecido por la Constitución de Bonn de 1949; luego dejó de aplicarse por considerárselo contrario a tal principio.

El código suizo también lo adoptó como régimen legal, pero con importantes modificaciones. Por una parte, excluye de la administración marital al producto del trabajo de la mujer, que forma sus bienes reservados. Por otra, el dinero, las cosas fungibles y los títulos al portador que aporta la mujer y se confunden con los bienes del marido, se hacen

propiedad de éste con cargo de restitución del valor, lo que es un elemento del régimen de unión de bienes. Finalmente, a la disolución del régimen aparece la institución del beneficio, que acerca el sistema a la comunidad o a la participación; el beneficio es el aumento patrimonial neto habido durante la unión, del cual se acuerda 1/3 a la mujer y 2/3 al marido en caso de divorcio o de muerte del marido; en caso de muerte de la mujer, la distribución es igual si hay descendientes, pero si no los hay, todo el beneficio corresponde al marido.

El Código Napoleón lo reglamentó en su forma pura como régimen convencional, con la denominación de régimen sin comunidad. Tal denominación deriva de la circunstancia de haber aparecido en el derecho antiguo como una modificación convencional de la comunidad en la cual se mantenían los derechos del marido como administrador, pero se privaba a la mujer de su parte en los bienes comunes. Fue muy poco usado, y la reforma del código efectuada por ley del 13 de julio de 1965 suprimió su reglamentación.

V. COMUNIDAD

12. Concepto.

El régimen de comunidad se presenta en formas diversas, pero que siempre tienen como característica la formación de una masa de bienes destinada a ser dividida entre los esposos o sus derechohabientes en el momento de la disolución; importa, por lo tanto, una unión de intereses entre los esposos, que participan en la buena o mala fortuna del matrimonio.

El elemento esencial es la partición de una masa común de bienes. No son esenciales, en cambio, la partición por mitades, ni la unidad de masa, administración y responsabilidad, ni la jefatura del marido. Hay comunidad siempre que exista una masa común partible, y no la hay si ella falta.

13. Tipos según la extensión de la masa.

Según la extensión de la masa común, la comunidad puede ser universal o restringida.

La comunidad universal comprende todos los bienes de los esposos, sean llevados al matrimonio o adquiridos después, sin distinción de su origen. Pareciera ser el régimen que mejor concuerda con la naturaleza del matrimonio, al realizar la unidad económica además de la espiritual. Sin embargo, tiene el inconveniente —en especial en los matrimonios de corta duración— de que al dividirse entre los cónyuges inclusive los bienes llevados al matrimonio se produce una verdadera transferencia

patrimonial del más rico al más pobre; esto se nota especialmente en caso de divorcio por culpa del segundo, que a pesar de su culpa adquiere la mitad del patrimonio aportado por el inocente al matrimonio, e igualmente en el matrimonio de personas de avanzada edad o próximas a la muerte, pues puede envolver una captación de herencia. Por eso, algunas de las legislaciones que la admiten la excluyen en ciertos casos, como en los matrimonios "in extremis", en los celebrados después de cierta edad, o en los contraídos por menores sin la debida autorización.

En la comunidad restringida, la masa común se forma con una parte de los bienes de los cónyuges, en tanto que otros continúan formando parte de su propiedad personal. Se forman así, tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los comunes o gananciales.

La limitación puede establecerse según diversas pautas, pero los tipos más comunes son la comunidad de muebles y ganancias y la comunidad de ganancias.

En la comunidad de muebles y ganancias la masa común está formada por todos los muebles de los esposos, sean llevados al matrimonio o adquiridos después a cualquier título, y por los inmuebles adquiridos después del matrimonio a título oneroso, salvo que lo hayan sido por causa o título anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio, o con el producido de su venta. Por lo tanto, son bienes propios los inmuebles llevados al matrimonio y los adquiridos después por título gratuito o causa anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio o con el producido de su venta. Este tipo de comunidad restringida era el ordinario del Código Napoleón; actualmente tiende a desaparecer como consecuencia del aumento de la importancia de la fortuna mobiliaria, ya que sólo tendría razón de ser si los muebles fuesen bienes de valor escaso, que no justificase el mantenimiento de su carácter propio; ya en la reforma francesa de 1965 fue reemplazado como régimen legal por la comunidad de ganancias.

En la comunidad de ganancias, la masa común se forma con todos los bienes adquiridos después del matrimonio a título oneroso, excepto los adquiridos por título o derecho anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio, con el producido de su venta, o con dinero propio. Son propios, entonces, los bienes llevados al matrimonio y los adquiridos después a título gratuito, por título o derecho anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio, con el producido de su venta, o con dinero propio.

14. Tipos de comunidad según la administración de los bienes.

Según quien ejerza durante el matrimonio la administración de los bienes que luego van a ser divididos entre los cónyuges, puede dis-

tingüirse la comunidad de administración marital, la de administración separada y la de administración conjunta.

El primero, el de administración marital, es el tipo clásico de comunidad que, formado en el antiguo derecho francés, fue adoptado por el Código Napoleón y los que lo tomaron como modelo. Surgió de la evolución sufrida por el régimen consuetudinario francés en los últimos siglos del antiguo régimen, pues parece ser que en los primeros tiempos los derechos de ambos cónyuges eran iguales; luego el marido se hizo señor y dueño de la comunidad y los derechos de la mujer aparecieron recién en el momento de la disolución, situación resumida en el adagio "le mari vit comme maître et meurt comme associé" (el marido vive como dueño y muere como socio).

En este tipo de comunidad, el marido administra no sólo los bienes comunes y los suyos propios sino también los propios de la mujer. En la mayoría de los países en que subsiste ha sido modificado por la exclusión de los bienes reservados de la mujer, cuya administración se confiere a ella, por la exclusión de los bienes propios de la mujer, o bien por ambos a la vez. De modo que en su forma pura ya casi no rige.

En la comunidad de administración separada, mientras dura el régimen cada uno de los cónyuges administra y dispone libremente de su patrimonio propio y ganancial, es decir, de los bienes por él adquiridos aunque estén destinados a entrar en la masa partible a la disolución. De manera que durante la unión las relaciones patrimoniales entre los cónyuges funcionan como si hubiese separación de bienes, mientras que a la disolución se procede como en la comunidad.

Tal característica ha hecho considerar a algunos autores —entre ellos Vaz Ferreira en el Uruguay, Alexandri Rodríguez en Chile, y a la generalidad de los franceses, bajo cuya influencia el error se llevó a los proyectos de reforma del Código Napoleón— que existe un régimen distinto al que denominan "participación" caracterizado porque funciona como la separación de bienes durante la unión y como la comunidad a la disolución. Pero como el rasgo característico de la comunidad es la división entre los cónyuges o sus sucesores de una masa de bienes, sin que importe quien los administra antes de la disolución, se trata de una variedad de la comunidad y no de un régimen distinto. La denominación de "participación" conviene reservarla, para una mayor precisión terminológica, al régimen en el cual no hay masa común partible sino un crédito entre los cónyuges destinado a igualar sus patrimonios o sus ganancias.

La comunidad de administración separada funciona en la práctica en forma muy parecida a la de administración marital con adjuvación de la institución de los bienes reservados de la mujer. Pero en aquella la esposa administra todos sus bienes sin distinciones, mientras que en ésta la administración de la mujer no deja de ser una excepción a la

administración marital y no el principio, de manera que siempre hay bienes de la mujer administrados por el marido.

En la comunidad de administración conjunta, los actos de administración y disposición de los bienes gananciales deben ser realizados de común acuerdo por los dos esposos. Es un régimen que ha sido adoptado por la Unión Soviética y los demás países comunistas, en la primera por el Código de la Familia de 1926 y en éstos por leyes dictadas a partir de 1949.

En el derecho positivo la comunidad de administración separada y la de administración conjunta han sido legisladas con modificaciones que las aproximan. Así, en la administración separada se aplican principios de la conjunta cuando se exige el consentimiento de los dos cónyuges para la realización de los actos más importantes, como los de disposición de bienes inmuebles, fondos de comercio o explotaciones industriales o agrícolas-ganaderas, tal como ocurre en el Uruguay. Por otro lado, en la administración conjunta se presume el consentimiento del otro cónyuge cuando uno de ellos realiza actos de administración o cuando enajena muebles a terceros de buena fe. Parece así haber una tendencia a la aproximación de los dos tipos de administración, adoptándose la conjunta para los actos más importantes y la separada para los de menor importancia.

15. Origen de la comunidad.

El régimen de comunidad no existía en el derecho romano. Después de la desaparición de la "manus" y adquirida por la mujer la capacidad civil, nada obstaba para que entre los cónyuges se constituyesen sociedades, y entre las especies particulares de sociedades que se admitían estaban la universal, que comprendía todos los bienes presentes y futuros de los socios, y la de ganancias, que comprendía las adquisiciones onerosas hechas a partir del día del contrato y las deudas inherentes a esas adquisiciones. Por lo tanto, podía ocurrir que los cónyuges contrajesen alguno de esos tipos de sociedades, con lo que quedaban sometidos a un régimen similar al que después fue la comunidad universal o la comunidad de ganancias; pero las convenciones de este género eran muy raras y de hecho el régimen de comunidad era casi desconocido.

El verdadero régimen de comunidad parece haber aparecido en Francia como consecuencia de la transformación de instituciones del derecho germánico. Entre los pueblos germánicos establecidos en Francia, especialmente los francos, los bienes llevados por el marido al matrimonio eran heredados cuando él moría por sus ascendientes o descendientes; la mujer no tenía sobre ellos derecho sucesorio aunque se le reconocía un derecho de usufructo. En cuanto a los adquiridos durante el matrimonio, la mujer tenía un derecho sucesorio limitado al tercio o a la mitad. Esto que comenzó siendo un derecho sucesorio

o beneficio de supervivencia, pues solo le correspondía su porción en caso de muerte del marido, parece haberse transformado con el tiempo en un derecho recíproco, es decir que no tenía lugar solamente cuando moría el marido sino también cuando moría la mujer, caso en el cual la división se hacía entre el marido y los herederos de ella. Fue entonces cuando dejó de ser un derecho sucesorio para adquirir los caracteres de la comunidad, es decir, la división de los bienes adquiridos durante el matrimonio entre la mujer y el marido o entre los herederos de uno y otro.

El régimen sufrió también la influencia de una institución del derecho medieval francés, la sociedad o comunidad tácita (*société ou communauté tacite*). Estas comunidades tenían lugar especialmente en la clase baja entre personas que vivían en común, que podían ser hermanos, parientes o aun extraños. La habitación común durante un año y un día determinaba el nacimiento de la sociedad tácita, por la cual se hacían comunes todos los muebles de los comuneros y los bienes adquiridos a título oneroso desde el comienzo de la comunidad; sólo se mantenía la propiedad individual sobre los inmuebles aportados, y los herederos de manera que se trataba de comunidades de muebles y ganancias. Este tipo de sociedad tuvo influencia sobre el régimen conyugal, porque si se aplicaba entre extraños con mayor razón debía aplicarse entre cónyuges; de modo que al desaparecer de las costumbres sus principios se mantuvieron con relación a la comunidad matrimonial, que quedó caracterizada como comunidad de muebles y ganancias, carácter con el cual pasó a ser régimen legal del Código Napoleón.

En otros países parece haber tenido también su origen en instituciones germánicas. Así, en España su primera manifestación se dio en las leyes de los visigodos llevadas al Puerto Jugo, que aceptaban la comunidad de ganancias. En Alemania, apareció en las zonas ocupadas por los francos, generalmente como comunidad universal pero también como comunidad de ganancias; en las zonas sajonas, en cambio, predominó la unión de bienes. En Portugal y en los países escandinavos rigió la comunidad universal desde muy antiguo.

16. *Aplicación actual de la comunidad.*

La comunidad de muebles y ganancias de administración marital fue adoptada por el Código Napoleón como régimen legal; subsistió como tal hasta la reforma de 1965, y desde entonces es régimen convencional. Como régimen legal fue adoptada en Bélgica, Mónaco, Luisiana y Quebec; como régimen convencional en el Código alemán. En todos los casos, menos Mónaco, ha sido modificada por la admisión de bienes reservados de la mujer.

La comunidad de ganancias de administración marital rige en España, con la particularidad de que la administración marital comprende sólo

los bienes comunes; de los propios de la mujer sólo se incluyen en ella los constituidos en dote, mientras que los restantes (parafernales) quedan bajo la administración de la mujer, pero no hay gananciales reservados. En Méjico, era el régimen del código federal de 1884, mantenido en algunos estados; otros la mantienen como régimen legal o establecen la opción entre ella y la separación de bienes. En Venezuela (código de 1942) y Perú (código de 1936) es el régimen legal, pero se excluyen de la administración marital los bienes propios de la mujer y los gananciales reservados de ella. En Bolivia, la administración marital comprende los bienes gananciales y los propios de la mujer constituidos en dote, en tanto ella administra los parafernales; no hay gananciales de administración reservados de la mujer, pero una ley de trabajo permite a la mujer casada obrera disponer libremente de su salario. En Paraguay rige el código civil argentino hasta 1954, en que una ley estableció un régimen de comunidad de ganancias de administración marital con la particularidad de que para hacer actos de disposición o estar en juicio respecto de los bienes el marido necesita el consentimiento de la mujer. En Chile rige la comunidad de ganancias con la particularidad de que el dinero y las cosas muebles entran en la masa común y a la disolución el marido debe devolver su valor, lo que implica un elemento de la unidad de bienes; a partir de 1925 se excluyen de la administración marital los gananciales adquiridos por la mujer mediante el ejercicio de una actividad separada de la del marido. En Uruguay fue el régimen legal hasta la sanción de la ley 10.783 de 1946. En Francia es el régimen legal desde 1963; de la administración marital quedan excluidos los bienes propios de la mujer y sus gananciales reservados. Como régimen convencional estaba establecido en el Código Napoleón y, en el código alemán; lo admiten también los códigos italianos, tanto el de 1865 como el de 1942, el portugués y el brasileño. Actualmente también se lo admite en algunos estados de los Estados Unidos.

La comunidad universal de administración marital rige en Holanda, Sudáfrica, Portugal y Brasil; en este último país se excluye de la administración marital el producto del trabajo de la mujer que ejerce profesión lucrativa. Como régimen convencional está aceptada en el código francés y en los que siguen (Bélgica, Mónaco, Luisiana y Quebec) y en el alemán.

La comunidad de ganancias de administración separada está establecida en Costa Rica (código de 1888), Colombia (ley de 1932) y Uruguay (ley 10.783 de 1946).

La comunidad universal de administración separada rige en los países escandinavos, donde fue adoptada a partir de 1920 en reemplazo del anterior régimen de comunidad universal de administración marital. En Suecia, la ley de matrimonio de 1920 la establece con la denominación de "régimen del derecho matrimonial". Luego se estableció en Dinamarca en 1925, en Noruega en 1927 y en Finlandia en 1929.

La comunidad de ganancias de administración conjunta se aplica en la Unión Soviética a partir del código ruso de la familia de 1926, sobre cuya base legislaron las demás repúblicas soviéticas. Las leyes soviéticas, con excepción de las de Georgia y Bielorrusia que mantienen la participación por mitades, han modificado el régimen de división de la masa común al establecer la fijación judicial de la parte que en ella corresponde a cada cónyuge. Fue adoptado en Bulgaria por ley de 1949, en Polonia por el código de la familia de 1950, en Hungría por el código de la familia de 1954, en Yugoslavia por la ley fundamental sobre el matrimonio y por las leyes matrimoniales de las repúblicas federales. En general, se establece en estas leyes la partición de la masa común librada al criterio judicial según el aporte de cada cónyuge en su constitución; pero el trabajo de la mujer en el hogar o en el cuidado de los hijos es considerado equivalente al trabajo del marido fuera del hogar a este efecto.

VI. PARTICIPACIÓN

17. Concepto.

El régimen de participación se caracteriza porque durante la unión cada uno de los cónyuges tiene la libre gestión de su patrimonio como en la separación de bienes, pero a la disolución se acuerda a cada uno de los cónyuges un crédito contra el otro destinado a igualar sus patrimonios o a igualar los aumentos de ellos habidos durante el régimen. En el primer caso se trata de una participación universal y en el segundo de una participación en las ganancias. Hipotéticamente podría haber otros tipos de participación restringida, del mismo modo que en la comunidad.

Se distingue de la comunidad de administración separada en que si bien en ambos casos durante la unión la situación es similar a la separación de bienes, en la comunidad se forma una masa común divisible, mientras que en la participación únicamente existe un crédito, un derecho personal de uno de los cónyuges contra el otro. La participación se liquida entonces mediante la entrega de una suma de dinero —sin perjuicio de que puedan darse bienes en pago— y la comunidad mediante una partición.

18. *Ley alemana de 1937.*

Como consecuencia de la adopción por la Constitución de Bonn de 1949 del principio de igualdad de derechos de los hombres y las mujeres, se dictó en 1937 una ley que organizó el régimen matrimonial de participación en las ganancias en reemplazo del antiguo de unión de bienes. La ley lo denomina comunidad de beneficios o compensación de beneficios.

Las normas para la fijación del crédito de participación son diferentes según que el régimen concluya por muerte de uno de los esposos o en vida de ambos. En caso de muerte, la compensación de ganancias se realiza mediante el aumento de la porción hereditaria legal del sobreviviente en un cuarto de la herencia, haya o no ganancias. Pero si el sobreviviente no asume la calidad de heredero ni recibe legados, puede pedir la compensación de ganancias según las disposiciones referentes a la conclusión del régimen en vida. También puede renunciar a la herencia pero tomar la legítima y además reclamar la compensación de ganancias. En realidad, la fijación de la compensación de ganancias en un cuarto de la herencia desvirtúa el régimen porque es un monto arbitrario, pero de ser perjudicial para el cónyuge puede eludir los perjuicios mediante la renuncia a la herencia, lo que le permite volver al régimen normal de la participación. Pero no hay medio de regularizar la situación por parte de los herederos si la asignación del cuarto los perjudica a ellos.

Quando el régimen se disuelve en vida de los cónyuges debe calcularse con relación a cada uno de ellos su patrimonio inicial y su patrimonio final. Patrimonio inicial es el que tenía al contraer matrimonio, descontando del valor de los bienes el de las deudas existentes en ese momento, más lo que adquirió después por herencia o donación. Patrimonio final es el que tiene al concluir el régimen menos las deudas a ese momento más el importe en que está disminuido por su culpa, por enajenaciones gratuitas o por actos hechos con el propósito de perjudicar al otro cónyuge. La diferencia en más del patrimonio final sobre el inicial representa la ganancia. Si la ganancia de uno excede a la del otro, al que tiene la menor se acuerda contra el que tiene la mayor un crédito de compensación por la mitad de la diferencia entre una y otra; con el pago de ese crédito las ganancias quedan igualadas.

19. *Reforma francesa de 1965.*

La reforma introducida en el Código Civil francés en 1965 admite el régimen de participación en las ganancias como régimen convencional.

Aceptado este régimen, durante la unión se aplican las reglas de la separación de bienes. A la disolución se calcula con relación a cada cónyuge el patrimonio inicial y el final. El inicial comprende los bienes que tenía al contraer matrimonio y los adquiridos después por sucesión o liberalidad; el final, los que le pertenecen a la disolución del régimen, los donados sin consentimiento del otro cónyuge y los enajenados fraudulentamente. La diferencia en más en favor del patrimonio final representa la ganancia, y al que tiene ganancia menor se acuerda contra el otro un crédito denominado crédito de participación por la mitad de la diferencia. De tal modo son iguales los aumentos patrimoniales de ambos.

El patrimonio inicial debe ser acreditado con un inventario firmado por el otro cónyuge, a falta del cual se considera que no lo hay. De manera que la omisión del inventario implica el sometimiento a un régimen de participación casi universal porque todos los bienes —salvo los adquiridos después del matrimonio a título gratuito— serán considerados como ganancias y entrarán en la compensación.

VII. SEPARACIÓN DE BIENES

20. Concepto.

En el régimen de separación de bienes cada cónyuge conserva la propiedad, administración y goce de los bienes que lleva el matrimonio o adquiere después, y responde exclusivamente por sus deudas. De manera que hay completa independencia patrimonial entre los esposos, como si no fuesen casados.

Este régimen tiene la ventaja de armonizar totalmente con la capacidad absoluta de la mujer casada, pero el grave inconveniente de atribuir al marido riquezas que suelen ser resultado de esfuerzos comunes.

A pesar de la independencia patrimonial, las legislaciones que lo establecen fijan normas referentes a la capacidad de la mujer, a su contribución a los gastos del hogar, a la propiedad de los bienes confundidos, a la responsabilidad del marido por los contratos celebrados por la esposa o por sus actos ilícitos, y a la administración legal o convencional de los bienes de la mujer por el marido.

Por lo general se obliga a la mujer a contribuir a los gastos del hogar en proporción a sus recursos y se establecen presunciones, que la mayoría de las veces favorecen al marido, acerca de la propiedad de los muebles existentes en el hogar común. Algunas leyes presumen la existencia de un mandato en favor del marido para administrar los bienes de la mujer y otras sólo contemplan la administración convencional.

21. Origen.

El origen del régimen de separación de bienes está en el derecho romano, donde era el propio del matrimonio "sine manu". La mujer "alieni iuris" seguía sometida a la potestad de su paterfamilias, mientras que la "sui iuris" mantenía la propiedad de sus bienes y podía adquirir otros. Después de la desaparición de la tutela perpetua de la mujer, tenía la libre administración de su patrimonio.

22. Aplicación.

Como régimen excepcional, la separación de bienes está contemplada universalmente, para los casos en que se disuelve el régimen ordi-

nario sin que se disuelva el matrimonio. Por lo general en tales supuestos debe obtenerse judicialmente; pero algunas leyes permiten su adopción convencional, como el código francés después de la reforma última, el alemán, y los de Chile desde la ley 7612 de 1943, Uruguay desde la ley 10.783 de 1946 y Paraguay desde la ley 236 de 1934. Los códigos de España, Portugal y Brasil, y el francés hasta 1965, admiten su adopción convencional en el contrato de matrimonio, pero no después de la celebración. Finalmente, en Uruguay y Paraguay también se permite la separación de bienes después del matrimonio a pedido de uno solo de los cónyuges sin expresión de causa, sistema que desvirtúa la esencia de la comunidad pues permite a uno de los cónyuges privar al otro de su parte en las ganancias futuras sin necesidad de causa alguna.

Como régimen legal extraordinario o forzoso, impuesto a determinados casos a los cónyuges, opera en España, Portugal, Brasil y en el código alemán. En España para los menores de edad que contraen matrimonio sin autorización legal, para la mujer que lo hace antes de los 300 días de disuelto o anulado el matrimonio anterior, y para el tutor o sus descendientes que se casan con la persona bajo tutela antes de la aprobación de las cuentas. En Portugal para los matrimonios "in extremis". En Brasil para los celebrados antes de la edad legal (18 años el hombre y 16 la mujer), sin consentimiento de sus representantes por las personas que lo necesitan, por la mujer dentro de los diez meses de la viudez o anulación del matrimonio anterior, por el tutor y determinados parientes de él con la persona bajo tutela antes de estar validadas las cuentas, por los jueces, escribanos o determinados parientes de ellos con huérfanos o viuda de la circunscripción territorial donde ejercen su ministerio y por el hombre mayor de 60 años o la mujer mayor de 50. En el código alemán para la mujer de capacidad limitada que contrajese matrimonio sin el consentimiento de su representante legal.

Como régimen legal ordinario se aplica especialmente en los países de dos esferas. La primera es la de aplicación del derecho romano: Italia, Austria y Grecia. La segunda, la del derecho anglosajón, donde constituye el régimen adoptado en reemplazo de la absorción al surgir la capacidad de la mujer casada: Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos (con la excepción de Luisiana) y los dominios ingleses (con excepción del estado canadiense de Quebec). Además es el régimen del derecho musulmán y del código japonés de 1947.

VIII. DOTE

23. Concepto.

La primera de las instituciones anexas a los regímenes típicos que no pueden tener existencia independiente, primera en el tiempo pues viene del derecho romano, es la dote.

El vocablo "dote" es utilizado en dos sentidos, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, dote es el conjunto de bienes que la esposa, sus parientes o terceros, entregan al marido como aporte de ella destinado a ayudarlo a soportar las cargas del hogar. En tal sentido es utilizado en los códigos uruguayo y argentino, especialmente en éste, donde se confunde la dote con el conjunto de los bienes propios de la mujer, sean los aportados al matrimonio o los adquiridos después a título gratuito (art. 1243).

Pero el sentido propio es el restringido. Con tal alcance, dote no es aporte de la esposa sino uno de naturaleza especial cuya caracterización ha desorientado a la doctrina por las diferencias entre los diversos sistemas positivos que la reglamentan y que dificultan la determinación del elemento común que lo distingue. En términos generales, es el aporte hecho por la mujer al marido de la propiedad o de la administración y usufructo de todo o parte de su patrimonio, con el propósito de que con los bienes incluidos o con sus rentas se contribuya al sostenimiento del hogar, como modificación de regímenes en los cuales ordinariamente no se produce esa transferencia de derechos en favor del esposo.

Según las distintas reglamentaciones legales puede ocurrir que se dé al marido la propiedad de los bienes constituidos en dote o bien solo su administración y usufructo, conservando la propiedad la mujer, o que de algunos bienes se dé la propiedad y de otros la administración y usufructo. Al disolverse el régimen matrimonial la dote debe ser restituida, es especie si se dio en usufructo y en valor si se dio en propiedad. Por lo general se establece que la dote es inalienable, imprescriptible e inembargable, pero estos caracteres no son esenciales pues puede ser enajenable y entonces, si el marido la enajena, debe restituir su valor.

En todos los casos requiere constitución expresa sobre bienes determinados, aunque éstos pueden llegar a ser todos los bienes presentes y futuros de la mujer. Reciben la denominación de doteales los bienes constituidos en dote y parafernales los bienes de la mujer de los que ésta conserva la administración.

Se conoce como régimen dotal el constituido por la separación de bienes unida a la institución de la dote. Pero ésta puede ir también unida a una comunidad en que no corresponda ordinariamente al marido la administración de los bienes propios de la mujer.

En el llamado régimen dotal en principio cada cónyuge administra y dispone libremente de su propio patrimonio, pero excepcionalmente pueden constituirse en dote determinados bienes de la mujer, cuya administración corresponde entonces al marido. A falta de constitución de dote, todos los bienes son parafernales y rige plenamente la separación de bienes. Puede suceder también que se constituyan en

dotas todos los bienes presentes y futuros de la mujer, caso en el cual no hay parafernalia y el sistema se asemeja a la unión de bienes.

24. Origen.

La dote apareció en el derecho romano, en el matrimonio "cum manu", donde consistía en un aporte hecho por los parientes de la mujer al marido. Si la daba el padre representaba un adelanto de la herencia destinado a compensar la pérdida del derecho hereditario de la mujer que se producía al salir de su familia y entrar en la del marido. Si éste era alieni iuris, la dote no era entregada a su pater familias sino al marido mismo.

Pero su desenvolvimiento se produjo en el matrimonio "sine manu", donde tuvo el sentido de un aporte de la mujer destinado a contribuir a las cargas del hogar. Como el régimen general del matrimonio "sine manu" era la separación de bienes, la mujer debía contribuir a los gastos del hogar y al sostenimiento de los hijos. La constitución de dote hacía que la mujer quedase liberada de tal obligación, que cumplía con ese aporte. Durante el desenvolvimiento del derecho romano sufrió una larga evolución, hasta que en el derecho de Justiniano se presenta con los caracteres de inalienable, imprescriptible e inembargable con los que se da en la mayor parte de las legislaciones modernas que la aceptaron.

El régimen dotal romano —separación de bienes con dote— persistió en Italia, en el sur de Francia y en los demás países europeos donde el derecho romano ejerció influencia.

25. Aplicación actual.

Por influencia del derecho romano, la constitución de dote al lado del régimen de separación de bienes, conformando el régimen dotal, está admitido en los códigos italiano, griego y austriaco. También la aceptaron como régimen convencional, sin que la separación de bienes sea el ordinario, el portugués y el brasileño. En Francia, lo aceptó como régimen convencional el Código Napoleón, pero su reglamentación fue suprimida por la reforma de 1965.

El Código Napoleón también preveía el llamado régimen dotal con sociedad de ganancias, que en realidad conformaba una comunidad de ganancias de administración marital, administración de la cual estaban excluidos los bienes propios de la mujer no constituidos en dote, es decir, los parafernalia. Este es también el régimen ordinario del código español: comunidad de ganancias de administración marital, administración en la que no se incluyen los parafernalia; además, puede convencionalmente adoptarse el régimen dotal, es decir, la separación de bienes con dote. En Perú y Bolivia el sistema es similar al español.

IX. BIENES RESERVADOS

26. Concepto.

La institución de los bienes reservados tiene lugar en los regímenes que ordinariamente confieren al marido la propiedad o la administración de los bienes de la mujer. Consiste en la separación de determinados objetos de uso personal de la mujer, de las ganancias obtenidas con su trabajo, o de una porción de su patrimonio, sobre los cuales se reserva facultades de administración y goce generalmente ilimitadas, y de disposición también ilimitadas o con muy pocas limitaciones.

27. Origen y aplicación.

Esta institución, originada en las legislaciones de los países escandinavos, de algunas regiones alemanas y de algunos cantones suizos de fines del siglo XIX, se aplica combinada con la unión de bienes y con la comunidad de administración marital.

Combinada con la unión de bienes se aplicó en el código civil alemán y rige aún en el suizo. Con la comunidad de administración marital rige en casi todos los países que mantienen ese tipo de comunidad, incluso en el nuestro a partir de la ley 11.357.

X. PANORAMA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

27. Europa.

En Francia, el Código Napoleón establecía como régimen legal la comunidad de muebles y ganancias, pero por medio del contrato de matrimonio los cónyuges podían someterse a cualquier otro régimen; había entonces libertad de convenciones matrimoniales, inclusive de someterse a un régimen particular ideado por los mismos cónyuges. Pero además de la regulación del régimen legal se establecían reglamentaciones para otros regímenes a los cuales los cónyuges se podían someter mediante la mera remisión a lo establecido por la ley. Tales regímenes eran la comunidad universal, la comunidad reducida a las ganancias, la unión de bienes (llamada por este código régimen sin comunidad), la separación de bienes y el régimen dotal. El régimen adoptado no podía ser modificado después de la celebración del matrimonio, salvo los casos de separación judicial de bienes.

La ley de 1965 modifica totalmente el sistema. El régimen legal es ahora la comunidad de ganancias. Se mantiene el principio de libertad de sometimiento en las convenciones matrimoniales a cualquier otro régimen, y se reglamentan la comunidad universal, la de muebles y

ganancias, la separación de bienes y la participación. Se suprime la reglamentación del régimen dotal y de la unión de bienes. Además se permite a los cónyuges cambiar el régimen durante el matrimonio siempre que el anterior haya tenido por lo menos dos años de aplicación, con lo que se suprime el principio de inmutabilidad.

En Italia, el código de 1865 establecía como régimen legal la separación de bienes, y por medio de la convención matrimonial los cónyuges podían someterse a la comunidad de ganancias o al régimen dotal (separación de bienes con constitución de dote), sin permitir la opción por ningún otro régimen. En el de 1942 se adopta igual sistema, pero además se permite la constitución del patrimonio familiar, institución parecida a nuestro bien de familia, pero que se diferencia porque puede recaer no sólo sobre bienes inmuebles sino también sobre títulos de crédito; los bienes constituidos en patrimonio familiar se hacen inalienables, imprescriptibles e inembargables, carácter que puede durar todavía más allá de la disolución del matrimonio, pues cuando hay hijos menores persiste hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad. Las rentas o frutos del patrimonio familiar deben emplearse en mantener a la familia.

En Alemania, el código de 1900 establecía el régimen de unión de bienes con la adición de la institución de los bienes reservados. Los cónyuges podían optar por la separación de bienes o por alguno de los tres tipos de comunidad (universal, de muebles y ganancias, de ganancias) antes del matrimonio o después de celebrado éste. De manera que era un régimen más amplio que el francés en tanto permitía las modificaciones después del matrimonio pero más restringido en cuanto la libertad de los cónyuges se limitaba a optar por alguno de los regímenes reglamentados. La ley de 1957 cambia el régimen de unión de bienes por el de participación en las ganancias.

En cuanto a los demás países europeos la situación es la siguiente. En Gran Bretaña rige la separación de bienes; lo mismo en Austria y Grecia, pero con posibilidad de constitución de dote. En España rige la comunidad de ganancias con administración marital sobre los bienes comunes, con posibilidad para los cónyuges de constituir en dote algunos o todos los bienes de la mujer; pero hay libertad en convenciones matrimoniales siempre que no se afecten principios de orden público. En Holanda y Portugal el régimen legal es la comunidad universal de administración marital. En los países escandinavos, la comunidad universal de administración separada. Y en los países comunistas la comunidad de ganancias de administración conjunta.

28. América.

En los Estados Unidos se aplica en general la separación de bienes, con la excepción de Luisiana que tiene un código similar al de Napoleón.

Además, en varios estados del sur se utiliza desde hace algunos años la comunidad de ganancias como régimen convencional.

En Canadá también sigue la separación de bienes, salvo en el estado de Quebec en que hay un código similar al de Napoleón.

En Brasil se aplica la comunidad universal, pero puede optarse por la de ganancias o por la separación de bienes, con o sin dote.

En México, el código civil federal de 1884 y los estatales que lo segúan establecían la comunidad de ganancias de administración marital. Actualmente, la mayor parte de los códigos, dan opción entre la comunidad de ganancias y la separación de bienes, y algunos inclusive imponen la elección en el acto del matrimonio bajo sanción de nulidad del celebrado sin efectuarla.

En los demás países se aplica la comunidad de ganancias. En Costa Rica, Colombia y Uruguay es de administración separada. En los demás países es de administración marital; en Perú la administración marital comprende los bienes comunes salvo los reservados de la mujer, y de los propios de ésta solo los constituidos en dote; en Bolivia comprende los comunes y los dotales, sin que existan los reservados; en el resto, la administración marital va unida a la institución de los bienes reservados. En Chile, Paraguay y Uruguay se permite optar por la separación de bienes; los dos últimos países aceptan inclusive la separación de bienes después del matrimonio a pedido de un solo de los cónyuges.

XI. NATURALEZA DE LA COMUNIDAD EN EL CÓDIGO ARGENTINO

29. En cuanto a la extensión de la masa.

El código civil argentino adoptó un régimen de comunidad restringida, pero en cuanto a su alcance respecto a la extensión de la masa no existe una solución uniforme en la jurisprudencia ni en la doctrina.

El art. 1224 del código establece que "Si no hubiere escritura pública o privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que éste se contrae haciéndose comunes los bienes muebles y las cosas fungibles de ambos; y disuelta la sociedad se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de los muebles y cosas fungibles que durante el matrimonio adquirieran marido o mujer, por herencia, legado o donación".

La primera de las soluciones se funda en la primera parte del artículo transcrito, según la cual a falta de inventario la comunidad comprende los muebles aportados, además de las ganancias. Trataríanse

de un tipo intermedio entre la comunidad de ganancias y la de muebles y ganancias, pues en lugar de entrar en ella todos los muebles entrarían solamente los aportados y no los adquiridos después a título gratuito. Pero ese régimen legal de comunidad de ganancias y muebles aportados podría ser modificado convencionalmente por la exclusión de todo o parte de los muebles aportados, mediante el procedimiento de inventariarlos en la convención matrimonial; en efecto, el art. 1217 inc. 1º permite efectuar en ella "la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio", con lo que se conserva su carácter propio. De modo que al lado del régimen legal de comunidad de ganancias y muebles aportados existiría otro convencional, de comunidad de ganancias si todos los muebles se inventarían, o comunidad de ganancias y parte de los muebles aportados si éstos son inventariados parcialmente. Sería por voluntad de los contrayentes expresada en la convención matrimonial que se mantendría el carácter propio de todos o algunos de los bienes muebles. Esta tesis es sostenida por Lafaille, aunque no con mucha claridad, por Bóbiloni, Colmo y Fassi; es la de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires a partir de la sentencia del 8 de junio de 1934 inspirada en el voto de Argañarás.¹

La otra opinión es la que sostiene que el art. 1224 debe ser interpretado en forma coordinada con el 1271, según el cual "pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación". Para esta tesis, el 1224 no constituiría la caracterización de la sociedad conyugal en cuanto a la extensión de la masa común sino que establecería simplemente una presunción susceptible de prueba en contrario, con la particularidad de que esta prueba deberá ser escrita. Los muebles llevados al matrimonio entrarían, pues, en la comunidad si no se pudiese probar por escrito que pertenecían a uno de los cónyuges antes del matrimonio, pero el régimen sería de comunidad de ganancias. Esta posición ha sido sostenida por Segovia, Machado, Rábora, Bédou, Borda, Guastavino y Martínez Ruiz. Es uniforme en la jurisprudencia de la Capital Federal desde los fallos de la Cámara Civil 1ª del 18 de agosto de 1921, inspirado en voto del Dr. Roberto Repetto, y de la Cámara Civil 2ª del 29 de mayo de 1922.²

¹ Sup. Corte de Bs. Aires, 8-6-34, *Acarañón y Santiviesca*, serie 14ª, t. III, pág. 271; 27-3-45, *La Ley* 38-168, *Jur. Arg.* 945-II-287. Con posterioridad no se registran nuevos fallos del tribunal superior provincial, y uso de los tribunales de apelación desconoce su doctrina: *Cám. 2ª civ. y com. de La Plata*, sala II, 3-9-57, *Jur. Arg.* 937-IV-178; 9-11-63, *El Derecho*, t. 14, folio 7538.

² *Jurisprudencia Civil*, serie 5ª, t. 52, pág. 104, y *Gaceta del Foro* 38-343, respectivamente. El criterio persiste en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala A, 28-10-57, *La Ley* 90-619; Sala C, 30-7-56, *La Ley* 84-217; Sala D, 27-4-54, *La Ley* 74-793) y en la Cámara Federal de la Capital (sala civ. y com., 28-3-60, *La Ley* 101-118, *Jur. Arg.* 960-V-62).

A mi juicio, la solución acertada dentro de la ley es la primera. El art. 1224 está contenido en el capítulo "de las convenciones matrimoniales", de modo que al referirse a la "escritura pública o privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio" no puede aludir sino a ellas, como que no puede estar desvinculado de los artículos que lo preceden y de los que lo siguen. No hay tal coordinación entre esta disposición y la del art. 1271 porque prevén situaciones distintas: uno determina el alcance de la comunidad, y el otro regla una cuestión de prueba que rige cualquiera sea el tipo de comunidad restringida que se adopte. El problema no es, pues, que se pruebe o no que los muebles fueron aportados al matrimonio, sino si esos muebles entran en la comunidad o conservan su carácter de propios; y la solución dada claramente por el art. 1224 es que se hacen comunes, entran en la comunidad, en tanto los cónyuges no los excluyan expresamente mediante la facción del inventario, único medio de que mantengan su carácter propio. Por otra parte, si así no fuese no tendría sentido incluir el inventario entre las materias que pueden contener las convenciones prenupciales; el inventario es la forma de modificar el alcance de la comunidad legal, requisito que también exigía el art. 1499 del Código Napoleón.

No niego que la solución es inconveniente, especialmente en razón de la importancia alcanzada por la fortuna mobiliaria y de la falta de costumbre de hacer convenciones matrimoniales. Sin embargo, está en la ley y hay que aceptarla, como que de hecho rige en la Provincia de Buenos Aires, en cuyo territorio los bienes muebles —especialmente los ganados— tienen significativa magnitud. Lo que corresponde es propiciar la reforma, mediante la adopción de la comunidad de ganancias, régimen que es el más justo y en cuyo favor se van inclinando las legislaciones modernas, incluso el código francés, que en 1965 reemplazó la comunidad de muebles y ganancias por la de ganancias como régimen legal.

30. *En cuanto a la administración.*

En el régimen del código civil la comunidad estaba sometida a la administración marital. Salvo los casos de excepción en que la administración pasaba a la mujer o a un tercero, el marido era el administrador de sus bienes propios, de los comunes y de los propios de la mujer (arts. 1255, 1276 y 1277). Sólo podía excluirse de su administración: por convención matrimonial, un bien raíz aportado por la mujer o adquirido después por título propio cuya administración se reservase ésta, o los donados por el marido en tal convención (arts. 1217 inc. 2º y 1226); y por disposición del donante o testador, los donados o dejados por testamento con la condición de no ser administrados por el marido (art. 1227).

La ley 11.357 ha modificado este sistema de administración marital con la adopción de la institución de los bienes reservados de la

mujer. Por una parte, excluye de la administración del marido los bienes propios de la mujer, sin perjuicio de reconocer un mandato presunto de administración en favor de él, pero que puede ser revocado en cualquier momento (art. 3º, inc. 2º, subinciso c). Por la otra, excluye también los gananciales de la administración reservada de la mujer, que son los adquiridos con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, exceptuados de la administración marital a pesar de su carácter de gananciales (art. 3, inc. 2º, subinciso a). El resto de los gananciales sigue sometido al régimen del Código Civil.

Este sistema, que es tan claro, no es —sin embargo— así reconocido por la totalidad de la doctrina, pues Spota y Borda entienden que la mujer tiene la administración de todos los bienes por ella adquiridos. Con tal interpretación, no habría una comunidad de administración marital con la adición de la institución de los bienes reservados sino una comunidad de administración separada.

En cuanto a los autores que sostiene que se trata de una excepción a la administración marital y no una equiparación de derechos de uno y otro cónyuge, también hay opiniones dispares. Para Lafaille y Díaz de Guzmán la administración de la mujer comprende únicamente los bienes adquiridos por ella con dinero proveniente del producto de la profesión, oficio, empleo, comercio o industria ejercido por ella, siempre que, tratándose de inmuebles, se haga constar tal circunstancia expresamente en la escritura de adquisición. En cambio, Liambias entiende que la administración de la mujer se limita a los bienes propios de ella y a los integrantes de su "peculio profesional", en el que se comprenden las adquisiciones provenientes de la inversión de los bienes propios y de sus frutos, lo mismo que de los frutos del peculio mismo; por consiguiente, continúan bajo la administración marital los bienes adquiridos por hechos fortuitos y los inmuebles en cuya adquisición no se haya hecho constar el origen de los fondos ni se pueda justificar que ellos provienen de su patrimonio particular o de su peculio profesional.

A mi juicio, aunque con algunas salvedades, esta última es la interpretación acertada. La administración de parte de los gananciales por la mujer no es sino una excepción al principio de la administración marital. Razones de orden lógico conducen a aceptar una interpretación amplia de tal excepción, pero no a desvirtuar su carácter imponiendo una equiparación entre los cónyuges que de la ley no resulta. Por consiguiente, fuera de sus bienes propios, la mujer tiene la administración: 1º) de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo; 2º) de los adquiridos con los frutos de esos bienes, porque deben seguir la misma condición que el principal, y 3º) de los adquiridos con los frutos de los propios cuya administración de hecho ella ejerce, pues no sería lógico privarla de administrar bienes adquiridos con fondos que pudo haber dilapidado en lugar de invertirlos. Claro está que si la mujer deja subsistente el mandato presunto del marido y es él quien administra los

propios, los bienes adquiridos con sus frutos serán gananciales ordinarios porque como de ellos el marido no debe rendición de cuentas, tales frutos se confundirán con el producto de la actividad lucrativa del marido. Además, serán también gananciales ordinarios los bienes adquiridos por la mujer por hechos fortuitos, y los inmuebles adquiridos por ella sin que conste en la escritura de adquisición que el origen de los fondos está en la actividad lucrativa de la mujer o en su patrimonio propio.

BIBLIOGRAFIA

Regímenes matrimoniales en general

FASSEL, Santiago C.: "Regímenes matrimoniales", en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Vol. II, Nro. 1, 1944, pág. 305, y en "Estudios de Derecho de Familia" (La Plata 1962), pág. 241.

ROGUIN, Ernest: "Traité de droit Civil comparé", t. II, "Le régime matrimonial" (Paris 1905).

Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris: "Le régime matrimonial égal dans les législations contemporaines", sous la direction de André Rouast (Paris 1937).

VAZ FERREIRA, Eduardo: "Los regímenes matrimoniales en derecho comparado" (Montevideo 1938).

Matrimonio de la comunidad argentina en cuanto a la extensión de la masa

BIBILONI, Juan Antonio: "Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino", t. V (Buenos Aires, 1911), págs. 166/69.

BIDAU, José F.: "El carácter de los bienes muebles aportados al matrimonio cuando no media convención prenupcial", en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1948, t. XXVI, Nro. 2, pág. 206.

BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia", t. I, Nro. 304.

GUASTAVINO, Elias F.: "La presunción del art. 1204 del Código Civil", en Jurisprudencia Argentina 956 - II, sect. doctrina, pág. 105.

LAFAILLE, Héctor: "Curso de Derecho Civil", compilación de Pedro Frutos e Juana P. Argüello (Buenos Aires, 1930), Nro. 288.

MACHADO, José Olegario: "Exposición y comentario del Código Civil Argentino" (Buenos Aires, 1898), t. III, nota al art. 1224, págs. 574/77 y nota al art. 1371, pág. 633.

MARTÍNEZ RUIZ, Roberto: "El aporte de bienes muebles al matrimonio sin convención prenupcial y su interpretación en distintas jurisdicciones", La Ley 94-64.

REBORA, Juan Carlos: "Instituciones de Familia", t. III (Buenos Aires, 1946), t. 12, Nro. 3.

SEGOVIA, Lisandro: "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas" (Buenos Aires, 1881), t. I, pág. 349, nota 12.

*Notarato de la comunidad argentina
en cuanto a la administración*

BORDA, *op. cit.*, Nro. 390.

DAZ DE GUIJARRO, Enrique: "La administración y la disposición de los bienes propios de la mujer en relación con el art. 1246 del Cód. Civil", Jur. Arg. 942-III-363, capítulo III.

LAFAILLE, *op. cit.*, Nro. 366.

LLAMBIAS, Jorge J.: Su voto en el fallo de la Cámara Nacional de lo Civil, plenario del 22-12-1961, La Ley 105-377.

SPOTA, Alberto G.: "De qué bienes puede disponer la mujer casada sin consentimiento o suplencia", Jur. Arg. 942-IV-821, especialmente Nos. 5 y 9.

DIVERSIDAD E IDENTIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA CADUCIDAD CAMBIARIAS

SANTIAGO J. BULLRICH

I. INTRODUCCIÓN

Para el diccionario de la lengua, los vocablos prescripción y caducidad tienen un valor semántico sinónimo. Sin embargo, los legisladores y los juristas especializados, han utilizado ambos vocablos con sentido jurídico diverso, no acertando siempre a hacerlo en forma coherente, oscureciendo los motivos que los guiaran a usar una u otra palabra.

Esa dualidad significativa da por supuesta una teoría de la prescripción, separada de una teoría integral de la caducidad y preconstituye la prueba de una tesis que se desea consolidar.

La discusión sobre el asunto ha sido larga y frecuentemente estéril. Todavía hoy, se refleja, en todos los tratados que incluyen el análisis de las formas de la extinción de los derechos y de las obligaciones.

El análisis de los derechos y de los derechos tutelares emergentes de los títulos circulatorios, no ha quedado excluido de la temática citada.

Muchas veces, el origen de tales debates puede descubrirse en un concepto erróneo de la significación de las palabras. Otras, la causa de semejantes divergencias puede encontrarse en un auténtico anhelo investigativo basado en hipótesis insuficientemente comprobadas.

Pero, la mayoría de las veces, las discusiones jurídicas más violentas y también las más confusas, se originan en concepciones filosóficas imprecisas.

II. SUPUESTAS DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

1. Extinción del derecho o de la acción.

Esta última reflexión se vincula directamente con el tema de la prescripción y la caducidad, tema que nos lleva de la mano a otro aún

más complejo y sin duda más esencial, el de la Teoría General del Derecho.

Y es que, con frecuencia se ha querido establecer como diferencia primordial entre ambas instituciones, el hecho de que la prescripción extinguiría la acción, dejando subsistir una obligación natural y un derecho indemandable a favor del negligente, en tanto que la caducidad aniquilaría el derecho en forma definitiva y, naturalmente también su demandabilidad.

Para Savigny y Ihering, los exponentes más talentosos de la escuela clásica, derecho y acción eran a lo sumo dos momentos distintos de una misma esencia. Dos estadios de una identidad. La acción era el derecho en ejercicio, el derecho que tiende a remover el obstáculo que se opone a su eficacia.

Dentro de una Teoría General del Derecho, contemporánea, tampoco puede trazarse una línea demarcatoria esencial entre derecho y acción.

Así, para Kelsen: "Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción, emanada de un individuo lesionado en sus intereses, por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado para éste... Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones, y sobre todo la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas". (Hans Kelsen: "Teoría pura del derecho", E.U.D.E.-B.A., 1968, pág. 122-23).

Suka, dentro de una posición ideológica antitética adopta la definición de los "Principios directivos del derecho penal de la U.R.S.S." de 1919, que define al derecho como "un sistema (o ordenamiento) de las relaciones sociales correspondientes a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de dicha clase" (P. I. Suka: La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato. Giuffrè Editore, Milano, 1964, pág. 9 y 10.), remitiéndose luego a Ihering para una posible comprensión del derecho subjetivo.

Se advierte pues un regreso científico a la concepción intuitiva clásica y una coincidencia asombrosa en valorar la acción como un mero derecho tutelar. En última instancia la acción sería dentro de una concepción moderna un derecho, porque está plasmada en una norma imperativa que impone una conducta determinada o una sanción con-

corta. La sanción impuesta en caso de falta de ejercicio de los derechos tutelares equivaldría a la pena de muerte.

Corresponde a Carnelutti la formulación de una tesis coherente y clara relativa a los Derechos tutelares. Alsina sintetiza la posición del maestro italiano, para quién la acción es un derecho autónomo, porque el interés que protege no es el interés substancial de las partes deducido en la litis, sino que protege el interés general que consiste en el cumplimiento por el juez de una obligación procesal: la justa composición de la litis. Es un derecho público subjetivo porque al igual que otros derechos cívicos, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano, desde que no le está atribuido *utis singulis*, sino *utis civis*.

No es concreto porque no supone la legitimidad, la que no afecta a la acción sino al resultado de la pretensión. Basta para que el que la proponga esté comprendido dentro de determinados límites de capacidad. Tampoco es un derecho potestativo, un mero poder de producir un efecto jurídico, sino un derecho a una prestación, esto es, la actividad jurisdiccional (Alsina, "Derecho Procesal", Parte General, T. I, pág. 324).

Aclarado este aspecto de la discusión, corresponde establecer que tampoco es cierto que la prescripción extingue el derecho tutelar dejando subsistente el tutelado, en tanto la caducidad extingue a la vez el derecho tutelado y el tutelar. Estimo, por consiguiente, que fracasa la tesis que pretende establecer una línea demarcatoria entre la prescripción y la caducidad sobre la base apuntada (Spota, Tratado de Dir. Civ. T. I, Parte Genl. Vol. 3 (10) Prescripción y Caducidad; Salvat: Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, págs. 337 y sgs., etc., etc.).

Una prueba de que esa diferencia es insuficiente para calificar esencialmente a las instituciones examinadas, la tenemos al investigar los efectos de la negligencia para impulsar la instancia procesal.

En efecto, ésa importa el ejercicio concreto del derecho tutelar. La negligencia en su instrumentación durante un plazo determinado, produce lo que la ley ha llamado la "caducidad" de la instancia. Si la caducidad, como se pretende, produjese la inutilización del acto insuficiente realizado y la extinción del derecho tutelar, sería imposible tentar nuevamente la acción en otra instancia idéntica y sería incomprensible asimismo que ella no causara la neutralización del acto y la extinción del derecho, de oficio. Sabemos que lo primero no ocurre y, en cuanto a lo segundo a pesar de los términos expuestos del Art. 3º de la Ley 14.191, la Corte Suprema ha resuelto que, "Si bien la caducidad de la instancia se opera de pleno derecho, su declaración no es pertinente cuando la parte interesada consente cualquier actuación ulterior que tenga por objeto impulsar la marcha del juicio. Que tal conclusión reconoce fundamento tanto en la presunción de renuncia a la caducidad

que dicha actitud comporta, como en la necesidad de asegurar la eficacia de los actos procesales firmes a los que ampara el principio de preclusión. Que tampoco existan razones atendibles para que la nulidad de actuaciones que es consecuencia de la caducidad de la instancia en el caso de ser declarada, quede excluida del régimen jurídico aplicable a toda clase de nulidades procesales cuya convalidación es siempre procedente con el consentimiento expreso o tácito del litigante a quien afecta...". Esta resolución de la Corte, de fecha 3 de julio de 1963 es nada más que la culminación de una serie reiterada y concordante de resoluciones judiciales donde plasma la doctrina predominante en materia de caducidad de los plazos procesales. (Colombo, Código de Pr. Civ. y Com., pág. 1309 y sgs.).

Por otra parte numerosos autores han querido ver extendida a la caducidad del derecho el efecto de la subsistencia de una obligación natural como en el caso de la prescripción (Vrabiesco, Modica, Saffie de la Marniere, Cámara Leal, Ovejero, etc. citados por Busso en párrafo 168 y 169, pág. 354 del T. III en Código Civil Anotado).

2. *La inactividad como elemento diferencial.*

Pero los criterios instrumentados para plantear la diversidad esencial de la prescripción y de la caducidad, no se limitan al reseñado.

Así, para Aubry y Rau, la diferencia entre ambas instituciones radicaría en que la prescripción, la verdadera prescripción extintiva, extingue el derecho por el simple transcurso del plazo señalado por la ley para su existencia sin que el beneficiario lo haya ejercido.

Pero precisamente en la claridad meridiana de esta definición entraña su mayor debilidad. Porque si la caducidad requiere para su concreción el transcurso del tiempo y la negligencia en realizar un hecho o acto determinado, no cabe la menor duda de que lo mismo ocurre en el caso de la prescripción extintiva. La interposición de la demanda interrumpe la prescripción, del mismo modo que una actividad determinada, requerida por la ley (protesto por falta de aceptación y de pago) impide la caducidad de algunos derechos.

3. *La extensión del plazo.*

Otros han querido ver en la extensión de los plazos el elemento diferencial fundamental. Pero a más de ser un elemento exclusivamente cuantitativo que resultaría insuficiente a los fines señalados, tampoco se advierte una genuina identidad entre plazos largos y prescripción y plazos breves, caducidad.

4. *La incapacidad.*

Tampoco sirve como criterio distintivo el que se funda en que mientras la incapacidad suspende la prescripción de los derechos, ella no influye en materia de caducidad. Es que, en efecto, la incapacidad tampoco suspende la prescripción de los derechos regidos por el Código de Comercio.

5. *Plazo extintivo o plazo impeditivo.*

a) *Acderl Salas.*

De todas las concepciones analizadas, nos parece la más precisa, la expuesta por Acderl Salas en "De la diferencia entre prescripción extintiva y caducidad o plazo preclusivo", trabajo publicado en la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1953-III-Doctrina, pág. 9.

Para él, plazo de caducidad o preclusivo es "aquél dentro del cual debe realizarse un hecho (negativo o positivo) a un acto —diferente del ejercicio de una acción— para que nazcan determinados efectos jurídicos. Pero la realización de este hecho negativo o positivo, no determina la extinción de ningún derecho; por el contrario, antes del transcurso del plazo sin que aquél se realice o antes de que se realice en el término fijado, más que de un derecho debería hablarse de una expectativa es la realización del hecho, positivo o negativo, o del acto previsto, lo que ha de originar o consolidar el derecho o dar nacimiento a la acción".

Sin embargo, cabe formular, por lo menos dos objeciones al planteo de Salas: en primer término contradice abiertamente el criterio legislativo nacional que ha llamado términos de caducidad o preclusivos precisamente a aquéllos que se producen por el transcurso de un lapso determinado, y la negligencia del ejercicio de la acción (Ley 14.191).

En segundo término, la concepción de Salas padece de oscuridad en materia conceptual de Derecho y Derecho tutelar, y, particularmente confusa en materia de Derecho Cambiario.

b) *Botaffio.*

Refiriéndose estrictamente al problema de la prescripción y la caducidad en materia cambiaria, Botaffio estructuró una teoría que ha sido compartida por numerosos tratadistas. Manifiesta que caducidad no quiere decir pérdida de un derecho que se posee sino impedimento para adquirirlo. La caducidad cambiaria impide que nazca el derecho cambiario, precisamente porque no se llenaron las formalidades requeridas para preservar, es decir para salvar anticipadamente la acción cambiaria. Por el contrario, la prescripción importa la pérdida del derecho cambiario que ya se posee, pérdida determinada por la inacción del titular para ejercitarlo. La doctrina de Botaffio pretende sustentarse en

los textos legales referidos a los títulos circulatorios tal como se hallan plasmados en la Ley Uniforme de Ginebra y en el Código Civil Italiano ("Il Diritto Commerciale" pág. 323). Comentando dicha doctrina en su obra "Títulos de Crédito" y analizando el art. 160 de la ley mexicana, Felipe de Tena se adhiere a la tesis de Bolaffio; pero manifiesta que no es aplicable a las disposiciones locales, en virtud de las modificaciones introducidas al texto ginebrino por la Ley de México.

La doctrina de Bolaffio, merece particular atención, no sólo porque proviene de uno de los más destacados peritos en materia cambiaria, sino, también, porque ha tenido trascendencia singular entre los especialistas.

Permáenos, sin embargo que contra la misma pueden alegarse por lo menos dos argumentos de alguna importancia. El primero porque cuando pretende que "la caducidad impide el nacimiento del derecho cambiario, precisamente porque no se llenaron las formalidades requeridas para preservar, es decir salvar anticipadamente la acción cambiaria", incurre en una contradicción o en varias. Confunde el derecho cambiario con el derecho tutelar cambiario. Pretende que el nacimiento de ambos y seguramente el del segundo depende de la formulación del protesto, sin embargo, y al mismo tiempo habla de preservar y de salvar anticipadamente, algo que no existe.

Entendemos que el nacimiento del derecho principal y tutelar cambiario se produce simultáneamente en el momento de la emisión y circulación del título y que la ley establece en carácter de sanción para el tenedor negligente la extinción de ambos derechos en forma total o parcial, según haya sido la negligencia del tenedor. Sanción ésta impuesta por la ley que, a efectos de prestar una máxima seguridad a los títulos circulatorios y a la celeridad de las transacciones comerciales, interpreta la conducta negligente del tenedor como una renuncia tácita al derecho literal y autónomo en él documentado.

La Doctrina de Bolaffio padece de otro defecto sustancial.

Al partir de una oscura concepción del derecho principal y del derecho tutelar parece llegar a una conclusión desacertada: el derecho cambiario y su correlativo derecho tutelar nacerían recién en la circunstancia de que los deudores cartulanes se negaran al cumplimiento de sus obligaciones, y esto siempre y cuando el tenedor fuese diligente en la ejecución de los actos conservatorios o "preservativos" de sus derechos futuros.

Llevando esta dialéctica a sus extremos descubriríamos que en los casos en que los deudores de los títulos circulatorios cumplieren sus obligaciones en término, no estarían actuando con relación a acreedores fundados en sólidos derechos preexistentes sino ante una suerte de ciencia metafísica.

La tesis de Bolaffio tampoco es aplicable al Código de Comercio antes de la reforma ni al Dec. Ley 5965. En efecto, en los arts. 661 y 666 el legislador concibe a la caducidad como la causa de extinción de derechos. En el último artículo citado y en el 663, el legislador la concibe como causa de la pérdida de acciones. A pesar de la ambigüedad terminológica expresada, se advierte con claridad que en todos los casos se la concibe como forma de extinción y no como impedimento para el nacimiento de derechos y/o acciones.

La doctrina nacional encontró en el art. 672 el fundamento legal más preciso para la formulación de la teoría de la caducidad cambiaria procedente de la legislación y la doctrina extranjeras, porque es en esa norma donde el legislador utiliza expresamente el término caducidad.

En cambio, el término ha desaparecido del texto del Dec. Ley 5965-63 cuyo modelo en materia de prescripción y caducidad es la Ley Uniforme de Ginebra. Pero aún que se observa una superación terminológica en esta materia, el debate en torno a la cuestión proseguirá sin duda. Y ello es así porque la problemática se plantea también en Doctrina nacional y extranjera en torno al art. 53 de la Ley Uniforme de Ginebra y con particular referencia a la palabra "dé chû" y a los términos y efectos que ella califica.

6. Tesis de De Semo.

Así, el profesor de la Universidad de Florencia, Giorgio De Semo, en su obra "Trattato di Diritto Cambiario" afirma: "Pero mientras que en la prescripción tiene relevancia la falta de ejercicio del derecho, prolongada por un tiempo determinado, en la caducidad, la inercia del titular se toma en consideración vinculada a un plazo perentorio... ", definiendo luego la prescripción como "la extinción de un derecho, causada por su no ejercicio durante un tiempo determinado por la ley" y la decadencia como "la extinción de un derecho, causada por la falta de cumplimiento de un acto de ejercicio o de conservación del derecho, en un plazo perentorio establecido por la ley o por el contrato".

Como vemos las definiciones de De Semo tienen a su favor la ventaja de una concepción clara referida a los términos derecho principal y tutelar. Y si bien formula una definición distintiva de las instituciones que estudiamos, al referirse a la Conferencia de Ginebra de 1933 relata que los delegados Giannini y Arcangeli, propusieron de conformidad con los principios del código comercial italiano, que con relación a los codudores por la vía de regreso, se estableciera la caducidad en lugar de la prescripción. Agregando que "Perceiros, objetó que la distinción entre ambas instituciones estaba lejos de haber sido precisada con claridad por la legislación y por la doctrina y que, por lo tanto, la sustitución de la prescripción por la caducidad estaría cargada de incógnitas. Y estos conceptos prevalecieron...".

III. LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA NACIONAL

Nuestra posición se apoya, precisamente, en la de Perceou y en el hecho concreto de la desaparición del vocablo "caducidad" del texto del Dec. Ley 5965. Desaparición tanto más significativa cuanto revela una voluntad precisa por parte del legislador que se rehúsa a traducir textualmente la palabra "écheance" utilizada en la Ley Uniforme de Ginebra.

Por consiguiente, y no estando incluido el concepto caducidad en la ley vigente en materia cambiaria desde 1963, en nuestra nación, puede afirmarse que el transcurso del tiempo actúa en dos circunstancias distintas con relación a la extinción de los derechos cambiarios.

La primera prevista en el art. 57 del Dec. Ley 5965, donde el transcurso del tiempo influye conjuntamente con la inacción del titular en un término brevísimo extinguiendo los derechos principales o los derechos tutelares (según el caso).

Llama la atención que, de los términos del art. mencionado, textualmente traducido de la ley Uniforme de Ginebra, surge, a primera vista al menos, un doble sistema de sanciones para el negligente. En efecto, el primero, establecido contra el titular que no presentó a la aceptación consiste en la pérdida del derecho a ejercer la acción de regreso. El segundo contra el titular que no presentó la letra a la vista, o al pago, o no la protesta por falta de aceptación o de pago que consiste en la pérdida de los derechos contra los obligados excepto contra el aceptante. La primera sanción parece restringirse a la pérdida del derecho tutelar cambiario. La segunda abarca todo el haz de los derechos cambiarios.

La segunda circunstancia en que el tiempo y la inacción del titular influyen como causa de sanciones para el titular negligente está prevista en el Capítulo II del Dec. Ley 5965.

Allí, el legislador, siguiendo parcialmente el modelo de la Ley Uniforme de Ginebra, utiliza la denominación "prescripción" para designar a los plazos de que trata. La sanción impuesta por el legislador para la negligencia prolongada del titular es la extinción de las acciones tutelares del derecho cambiario principal.

Estimamos que, en uno y otro caso nos encontramos ante un caso de prescripción extintiva de los derechos principales y tutelares, por el transcurso de plazos de distinta duración y por la inacción negligente del titular.

IV. JURISPRUDENCIA

Interesa siempre confrontar las teorías jurídicas con la realidad judicial que palpita cotidianamente en los fallos jurisprudenciales.

Tal confrontación, con la que deseo dejar concluido este brevísimo esbozo, obliga a la reflexión por varios motivos, de los cuales no es despreciable el hecho de que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime persisten en trazar líneas demarcatorias esenciales entre las instituciones que estudio.

En tal sentido me limitaré a transcribir una parte del fallo recaído en 2a. Instancia, con los votos de los Camaristas Dres. Gondra y Chaves, en los autos Molinario, Alberto D. c/ Sasso, Emilia Edmea y otro (J. A. 1958 - IV - 131 y sgs.) que al respecto expresa: "La prescripción se diferencia de la caducidad, según enseña Giorgi, en que la primera extingue directamente la acción y sólo indirectamente el derecho, mientras que la caducidad extingue inmediata y definitivamente el derecho que no sobrevive ni como obligación natural; la prescripción nace solamente de la ley, en tanto que la caducidad puede serlo de la ley, por decisión judicial, por convenio de partes, o por testamento, y no se aplican a las caducidades las reglas de la interrupción y de suspensión de la prescripción. Las caducidades no están sometidas a las normas de las prescripciones referentes a los impedimentos "ratione iuris" (falta de noticias, violencia, dolo, "Teoría de las obligaciones", trad. esp., t. 8, p. 388)".

Esta tesis ha sido instrumentada también en otro fallo particularmente interesante e ilustrativo, recaído en 2a. Instancia, con los votos de los Dres. Llambías, Abelleira y Borda, que en su parte pertinente, dice así: "2º — La distinción entre prescripción y caducidad ha sido considerada como una de las más difíciles y oscuras de la teoría general del derecho (Baudry Lacantinerie et Tissier, "Droit civil" —Prescription— ed. 1905, p. 36), y era desconocida en el derecho romano.

"Ambas impiden el ejercicio de la acción cuando ha transcurrido plazo prefijado sin que el titular ejerza su derecho. Pero las diferencias son notorias.

"Aubry et Rau, a quienes siguen la mayoría de los autores, definen esta institución por sus efectos. Sostienen que existe caducidad cuando el ejercicio de un derecho se otorga por un plazo prefijado, a cuyo vencimiento expira, automática e irrevocablemente, independiente de toda consideración a cualquier otra circunstancia que pueda dar lugar a su suspensión o interrupción, y se caracteriza por la brevedad del plazo ("Droit Civil" ed. 1878, t. 8, p. 426; conf. Planiol Ripert, "Tratado", Obligaciones, t. 7º 2a. parte, p. 741; M. M. Planiol, "Traité élémentaire", ed. Paris, 1922, t. 1, p. 229; L. Josseland, "Derecho civil", ed. Bosch, 1950, t. 1, vol. 2, p. 251, Nº 1066; A. E. Salas, "Prescripción,

caducidad y plazo preclusivo", J. A., 1944-I, p. 336; "De la indignidad para suceder por causa de muerte" J. A., 1953-I, p. 353; "De la diferencia entre prescripción extintiva y caducidad o plazo preclusivo", J. A. 1953-III, sec. doc., p. 9). Si tal punto de vista fuera exacto, la caducidad no sería sino una forma o género de prescripción, breve e intensa, aun cuando, median diferencias notorias (de Giàperi "Tratado de las obligaciones", ed. Depalma, t. 3, p. 287; conf. Baudry-Lacantinerie et Tissier, ob. y p. cit.; A. Colmo, "Obligaciones", p. 633, Nº 918).

"Este tribunal no comparte tal criterio.

"Los derechos naturales, como la propiedad y las obligaciones no tienen un límite temporal, pues son preexistentes a las regulaciones normativas. El acreedor conserva su derecho, aun cuando se encuentre prescrito, y si el deudor paga, no puede repetir (arts. 515 y 516, C. C.). En el orden de principios éticos el acreedor siempre tiene derecho a que se le pague, cualquiera sea la antigüedad de su obligación, y, a su vez, el deudor tiene la obligación moral de cumplir.

"La prescripción, entonces afecta un aspecto del derecho, el ejercicio de la acción, pero ese derecho se conserva intacto tal como existía desde su origen, en su función trascendente, en su existencia y estructura propia. Debe tenerse en cuenta que el derecho prescrito no se transforma en derecho natural, pues ya existía como tal desde su origen, carácter que no se modifica por el hecho de haber sido objeto de regulación.

"La defensa de prescripción se otorga con el propósito de dar paz social, en función del bien común para evitar la inseguridad y la permanente posibilidad de litigios, sancionando con la pérdida o extinción de la acción al acreedor que ha sido negligente en su ejercicio dentro de los plazos que establece la ley (Cám. Com. en pleno, voto del Dr. A. F. Rossi, "Doctrina Judicial", de enero 23-960). (J. A. 1960, VI, p. 657, con nota de Horacio P. Fargosi)".

"En cambio, existe otra categoría de derechos que sólo son acordados por un término limitado, que constituyen más bien facultades o medios de defensa que se otorgan por voluntad de la ley, por convención, disposición de última voluntad o resolución judicial, y que son, por tanto, susceptibles de extinguirse por la acción del tiempo. Transcurrido el período de existencia persona, y la voluntad de las partes es impotente para hacerlos revivir (conf. Aráuz Castex, y J. J. Llambias, Parte General", t. 2, p. 520, Nº 1810).

"Este tipo de derechos sólo puede ser atacado por la caducidad. De tal manera, esta institución tiene un campo delimitado de actividad, y así como la prescripción hace a los derechos en general, la caducidad sólo se refiere a esta otra categoría. Por tal razón, no puede ser definida y estudiada sino en función de los derechos a los cuales accede.

Las definiciones autónomas pecan de insuficientes, y en el punto son fundadas las críticas que se formulan (Baudry et Tissier, *ob. y p. cit.*).

"Partiendo de esta premisa, surgen claras las diferencias con la prescripción.

"Los plazos de caducidad son irrenunciables, corren contra todos, aún incapaces o ausentes y no están sujetos a las normas de la prescripción, referentes a impedimentos "ratione initio", pues no pueden alargarse por suspensión (*conf. von Thur, "Teoría general del derecho civil alemán", ed. Depalma, 1948, vol. III, p. 188; M. Planiol, ob. cit., t. 2, p. 229; Josseland, ob. y p. cit.*), y sólo se interrumpe por el ejercicio del derecho, que debe efectuarse en el plazo acordado, y, fundamentalmente, por la deducción de la demanda (*von Thur, ob. cit.; de Gáspari, ob. y p. cit.; J. Giorgi, "Teoría de las obligaciones", ed. Madrid, 1930, vol. 8, p. 344; "Anteproyecto de reformas del código civil", ed. Abeledo, t. 7, p. 12, art. 2). Además, la caducidad, a diferencia de la prescripción, puede ser pronunciada de oficio cuando se encuentran interesados la moral y la ley en función del bien común de la sociedad, y los jueces no pueden tener en consideración circunstancias de hecho que hubieran impedido obrar, pues deben tener en cuenta el hecho objetivo del vencimiento del término (*J. Giorgi, ob. y p. cit.; R. L. Salvat, "Obligaciones", 6a. ed. t. 3, p. 683; A. G. Spota, "Tratado" ed. Depalma, 1959, t. 1, vol. 38, p. 643; L. M. Rezzónico, "Obligaciones", ed. Perrot, 1956, p. 563; A. E. Salas, nota en J. A. 1944-I, p. 341) y pueden peticionarla los ministerios públicos, en defecto de las partes. La caducidad tiene por objeto consolidar ciertos derechos o situaciones legales que la ley mira con simpatía y a las cuales está interesada en amparar. Este criterio de distinción entre caducidad y prescripción y los efectos señalados han sido admitidos por la jurisprudencia (Cám. Civ. 2a. Cap., J. A.: t. 50, p. 899, t. 61, p. 710; 1944-I, p. 343; sala C, causa 44.882 de abr. 25-958; Sup. Corte Salta, J. A. 1946-I, p. 402; Sup. Corte Bs. As., J. A.: t. 35, p. 1062; t. 44, p. 893. Cám. 1a. La Plata, J. A. 1953-I, p. 343, J. A., 1961-V-450 y *sgs.*").**

CONCLUSIONES

En el curso del presente trabajo creemos haber rebatido con alguna eficacia la tesis sustentada en los fallos transcritos. Primero apuntamos a las motivaciones del largo debate sustentado en torno del problema. Luego, analizamos cada uno de los factores diferenciales más importantes que se utilizaron para trazar caprichosas fronteras conceptuales entre la prescripción y la caducidad.

Así, observamos y rebatimos la tesis que veía en la prescripción una extinción de la acción y en la caducidad una del derecho, luego la que ponía el acento diferencial en el extensión de los plazos, o en la incapacidad como causa de suspensión, y la que quiere ver en la

prescripción un plazo extintivo de derechos mientras que la caducidad sería un plazo impeditivo para el nacimiento de los mismos. Por fin, comentamos las tesis aplicables con mayor frecuencia y suceso con relación al derecho cambiario, con particular referencia Acceol Salas, Bolaffio y De Semo.

Por último y con relación a la legislación cambiaria nacional advertimos que no cabe fundar una teoría de la prescripción separada de una teoría de la caducidad.

Por ello, a modo de conclusión reiteramos que para nosotros es imposible trazar una línea demarcatoria entre ambas instituciones. Por otra parte, estamos seguros de que esa línea es todavía mucho más borrosa en materia cambiaria.

El nacimiento del derecho principal y tutelar cambiario se produce simultáneamente en su plenitud jurídico-económica en el momento de la transmisión del título y es la ley quien determina con carácter de sanción para el tenedor que ha sido negligente durante un plazo determinado, la extinción de ambos derechos en forma total o parcial, según haya sido su negligencia.

Específicamente, la tesis de Bolaffio es inaplicable a la legislación nacional cambiaria por cuanto ésta concibe la caducidad como causa de extinción de derechos y acciones y no como impedimento para el nacimiento de los mismos. El carácter de esa extinción está vinculado con la teoría del derecho natural y del enriquecimiento sin causa, consagrada legalmente por el dec. ley 5965. La conclusión es confirmada por el art. 62 de la ley, lógica consecuencia del art. 57. La norma fue tomada del Proyecto Yadorola y ha sido adoptada también por la Ley Italiana y por el más moderno Proyecto Centroamericano. En síntesis, el art. 62 consagra un nuevo derecho-acción para el que haya perdido sus acciones cambiarias y no tuviese un derecho causal.

Estimamos que la teoría de las obligaciones naturales sobrevivientes a la caducidad y a la prescripción, pretenden suplir insatisfactoriamente la noción de nacimiento de un nuevo derecho de caracteres particulares, que la ley misma (como en el caso del art. 62) otorga a veces y en ciertas circunstancias al sujeto.

En síntesis, el Dec. Ley 5965 regula la cuestión, sin plantear diferencias institucionales esenciales entre la prescripción y la caducidad. Se limita a dar normas que analizan las consecuencias del transcurso del tiempo y de la inactividad del titular sobre la vida de los derechos cambiarios.

No nos hemos detenido en cambio a analizar los efectos particulares establecidos por el Código de Comercio y por el Dec. Ley 5965 respecto de la negligencia del titular y el transcurso del tiempo, por considerar esta materia suficientemente estudiada y con rigor encomiable por la doctrina nacional y extranjera.

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL *

JUAN JOSÉ ETALA

I. PREVISION SOCIAL

1. CONCEPTO Y CONTENIDO

En nuestro país, la expresión de Previsión Social es utilizada comúnmente como sinónimo de sistema jubilatorio, es decir, del régimen de amparo de las distintas leyes que organizan las Cajas de Jubilaciones, las cuales, en el orden nacional, son denominadas Cajas Nacionales de Previsión por la ley 14.236 que estableció su organización administrativa, así como la misma ley denominada Instituto Nacional de Previsión Social, al órgano conductor del sistema.

Si bien el régimen jubilatorio argentino integra la previsión social, ésta es algo más que el sistema jubilatorio, por cuanto "previsión" significa "acción y efecto de prever", y prever es "conocer, saber con anticipación lo que ha de pasar", implicando "reserva voluntaria y consciente de bienes para aplicarlos a las exigencias y necesidades del porvenir", "acto reflexivo y personal que puede presentar distintas formas: el ahorro, el mutualismo y el seguro".¹

Por lo tanto, todo individuo puede ejecutar un acto de previsión, es decir, tratar de preservarse contra la incertidumbre del mañana, con-

* Estando en imprenta este número el autor publicó su libro "Derecho de la Seguridad Social". (Ed. Ediar, 1966) donde incluye como Cap. I el presente trabajo.

¹ Ver: NETTER, F. "La Sécurité Sociale et ses principes", Paris 1939 Sirey, pág. 7; GRANIZO-RÖTHVOSS "Derecho Social", 3ª ed. Madrid, 1915, pág. 367; GARCIA OVIDIO, C. "Tratado elemental de Derecho Social", Madrid, 1934, pp. 407; PEREZ BOTTA, E. "Derecho del Trabajo", 6ª ed. Madrid, pág. 461 y 463. Para este autor "Previsión Social" y "Seguridad Social", son distintas denominaciones de una misma materia; DEVEALL, M. L. "Derecho Social y de la Previsión Social", 3ª ed., pág. 331. No obstante el título del libro, no se define el contenido o significado que se da al vocablo, aunque parece aceptar que "Previsión Social" se denominaría cuando el aporte está a cargo de los productores (trabajadores u empresarios) y "Seguridad Social" cuando el aporte está a cargo de la comunidad. Este criterio es rechazado por CODRINI, M. A. "Travesías sobre el Derecho de la Seguridad Social", en "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", págs. 154-7; FERNÁNDEZ PASTORINO, A. "Del Derecho del Trabajo a la Seguridad Social", págs. 54-5; GORI MORENO, J. M. "Derecho de la Previsión Social", t. 1, pág. 49 (con la cita de AILIO DELL'ORO MAINI) y pg. 53.

tra la miseria que puede resultar de una disminución o pérdida de su capacidad física o intelectual.

El acto de previsión puede hacerse individualmente o por medio de la solidaridad con otras personas, y en este último caso, repartirse las cargas entre varios, sin que el acto de previsión deje de ser individual y voluntario, aunque su realización sea colectiva.

La previsión colectiva puede ser sin fines de lucro y voluntaria, en cuyo caso se trataría de una mutualidad, o puede ser objeto de un comercio (también voluntario), en cuyo caso nos coloca frente al seguro privado.

La previsión puede ser estimulada por terceros, como los poderes públicos, empresas, etc., que abonan subvenciones a las instituciones o participan de su financiamiento.

El seguro puede llegar a ser obligatorio, en cuyo caso el acto de previsión deja de ser voluntario y permite suprimir los efectos de la imprevisión individual y descarta las dificultades nacidas de la insuficiencia de recursos de las personas protegidas.

Un acto de previsión, es siempre un acto "contributivo", por cuanto exige un aporte del interesado o de un tercero que aporte por él y para él, autorizándolo a exigir como derecho, un beneficio o prestación cuando la contingencia social cubierta ocurra, sin necesidad de acreditar que se encuentra en estado de pobreza.

Realiza un acto de previsión, quien hace ahorro individual, como quien integra una mutualidad o contrata un seguro privado voluntariamente o ingresa obligatoriamente a un sistema de seguro social, aún cuando terceros también participen en el acto de previsión, efectuando aportes o contribuciones.

"Previsión social" tiene pues un contenido mayor que "régimen jubilatorio", no solamente porque aquella incluye formas y modalidades de realización más amplias que las contenidas en el régimen jubilatorio (éste utiliza exclusivamente la técnica del seguro social y aquella además el ahorro individual, el mutualismo y el seguro privado), sino también y fundamentalmente, porque la previsión social permite el amparo de todas las contingencias sociales (maternidad, vejez, invalidez, enfermedad, accidente del trabajo, muerte, cargas de familia y para forzoso o desocupación), mientras que por el sistema jubilatorio solamente se ampara la vejez, la invalidez y muerte (pensión).

No obstante lo expresado, el párrafo segundo del artículo primero de la ley 14.236, autoriza a las distintas Cajas del sistema nacional de previsión, a "incorporar, en cuanto lo permitan las posibilidades económicas y de organización, otras prestaciones de seguridad, bienestar y asistencia", disposición en virtud de la cual las Cajas podrían ser órga-

nos de gestión de otras prestaciones, no solamente las jubilatorias, lo que explicaría su denominación: "cajas de previsión" y no de jubilación. En la práctica, la norma citada no rige mientras otras disposiciones legales no otorguen a dichos organismos la gestión de otros beneficios previsionales.

2. OPINIÓN DE ALGUNOS AUTORES

Autores nacionales y extranjeros han emitido opinión sobre el concepto y contenido de la previsión social, afirmando algunos que "no puede considerarse a un sistema como de "previsión" si no existen capitales de garantía o de cobertura, o sea acumulación de fondos suficientes que garanticen el otorgamiento de beneficios". Con este criterio, se afirma, "la simple repartición (sistema de reparto, sin reservas técnicas), prescinde de las garantías esenciales para cualquier sistema de previsión"² y otros, que "para la doctrina más aceptada, previsión social es aquella que previene los efectos de la miseria mediante instituciones especiales, en las cuales intervienen los propios interesados por medio del ahorro, o sea sus aportes. . . La previsión social requeriría siempre un sistema de capitalización de beneficios diferidos",³ concordando así este autor con el citado en la nota precedente en este último aspecto. No compartimos estas opiniones por cuanto, el sistema de reparto tiene su garantía en el trabajo humano, que es la mayor riqueza de la comunidad. En cambio si compartimos la necesidad del aporte del interesado a todo sistema contributivo o previsional.

Autores como Krotoschin,⁴ en alguna oportunidad entendieron por previsión social, "el conjunto de las iniciativas espontáneas o estatales dirigidas a aminsonar la inseguridad y el malestar de los económicamente débiles, fuera del trabajo. Su forma principal es el seguro social. Aunque se vincula muchas veces con el trabajo prestado y, en consecuencia, con el Derecho del Trabajo, la previsión social no considera estrictamente el trabajo, sino que tiene otros propósitos". A nuestro juicio, el citado autor en realidad se refería a la Seguridad Social (de la cual nos ocuparemos de inmediato), como lo expresé posteriormente, el decir:

² SMOLENSKY, Pedro: *La crisis en las Cajas Nacionales de Previsión*.

³ CATALDI, Enzo: *Studi di diritto della Previdenza Sociale*, 1958, Giuffrè-Milán. Ver también O. I. T. Anexo I. Revisión de los Convenios 33 a 49 sobre pensiones de vejez, invalidez y muerte. G. B. 157-3-5, pág. 20, donde se citan las Cajas de Previsión, las cuales serían aquellas a las que aportan trabajadores y empleadores y cuando cumplen la edad requerida o se invalidan, pueden retirar la suma global que les corresponde, además de los intereses. (Prácticamente son cajas de ahorro).

⁴ KROTOSCHIN, E.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*.

"La previsión social se ha ampliado en los tiempos modernos hacia la Seguridad Social".⁴

El ilustre maestro mejicano De la Cueva,⁵ considera que "el objeto de la previsión social es cuidar la integridad del trabajador en relación de dependencia y de su salud a lo largo de su vida profesional y lo recoge en la adversidad cuando los años o un infortunio lo incapacita para el trabajo". Esta limitación en el ámbito de aplicación personal no se justifica razonablemente, aunque pueda explicarse por razones históricas. Estima que integra el derecho del trabajo, pero "de la idea de la previsión social, dice, brotó la Seguridad Social que proyecta sus beneficios a todos los hombres y no solamente a los trabajadores dependientes".

Cordini, en el trabajo ya citado, da a la previsión social un sentido que no compartimos plenamente. Considera que "la previsión social, al igual que la Seguridad Social, ha tenido y tiene por objeto organizar la protección contra las contingencias sociales. Pero, la previsión social se valió de instrumentos limitados (seguros sociales o los regímenes jubilatorios), protegiendo solamente a determinados sectores sociales en relación a eventos también limitados, con la finalidad principal de resarcir sus consecuencias, desarrollando sus métodos sin un criterio orgánico, sin visión de conjunto ni relación con instituciones afines y mediante una organización administrativa compleja y desconectada. En cambio, la Seguridad Social cohesionó como un sistema armonioso de protección integral con miras a amparar a toda la sociedad en relación a todos los riesgos, empleando y coordinando todos los instrumentos aptos a tal fin y en dimensión, no sólo resarcitoria, sino también preventiva y rehabilitadora". Siendo la previsión uno de los medios utilizados por la Seguridad Social (los contributivos), no puede tener otra pretensión que la de servir como medio o instrumento. Es a la Seguridad Social a la que incumbe fijar las metas, los fines, los objetivos, utilizando los medios a su alcance, fundamentalmente los contributivos, y dentro de éstos, los seguros sociales, cuya técnica es una de las más avanzadas para instrumentar las altas finalidades de la Seguridad Social. Nuestro sistema jubilatorio también utiliza la técnica del seguro social, sin confundirse con él, por cuanto la técnica utilizada es el medio que permite la realización de la finalidad tutiva del sistema, pero no es el sistema. También podríamos otorgar beneficios jubilatorios por otros procedimientos financieros, como la asistencia pública o servicio público. La previsión no sólo ampara a determinados sectores, sino que puede amparar a toda la población, según la política social que se pretenda seguir. Lo mismo puede decirse, sin ninguna duda, del amparo de todas las con-

⁴ KROTOSCHIN, E.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 1962, t. I, pág. 5.

⁵ DE LA CUEVA, M.: *Derecho Mexicano del Trabajo*, 4ª ed., t. II, pág. 3.

tingencias sociales por medio de instrumentos contributivos (previada). Toca a la Seguridad Social determinar cuáles medios o instrumentos utilizará, si los contributivos (previada), o no contributivos (asistencia social y servicio público), pudiendo utilizar uno solo de ellos o todos, coordinados o no, con plan o sin plan orgánico. Una mala Seguridad Social, no dejará de ser tal, aunque el ideal sea el amparo de toda la población, con lo instrumentos más eficaces, contra todas las contingencias sociales, con unidad y organización. Esa es la tendencia de la Seguridad Social. Mientras sus realizaciones llegan, no se debe negar su existencia inorgánica, incompleta, pero siempre útil y con un ansia de mejoramiento total y permanente, que se produce a pesar de la mala legislación que se dicta sobre la materia.

II. SEGURIDAD SOCIAL.

3. CONCEPTO Y CONTENIDO

Seguridad Social, tiene un sentido más amplio que Previsión Social. No sólo utiliza medios contributivos (previsionales), sino también medios no contributivos (asistenciales), los que a su vez pueden ser privados (asistencia privada o beneficencia) y públicos (asistencia pública o asistencia social), financiada la primera, por los aportes voluntarios de quienes desean contribuir caritativamente a la solución de los problemas de aquellos que están en estado de necesidad y que solicitan ayuda, y la segunda, por impuestos, y sus beneficios se otorgan por el Estado como un derecho a quien acredita real necesidad por insuficiencia patrimonial.

Dentro de los medios o instrumentos utilizados por la Seguridad Social, podemos incluir el "servicio público", financiado por medio de impuestos (comunidad), y sus beneficios son otorgados por el Estado, como un derecho exigible, a quien lo solicite, sin necesidad de acreditar insuficiencia patrimonial, siempre que se hayan cumplido los requisitos que la legislación exija.

La Seguridad Social es un fin en sí misma. Su objeto es la protección del hombre contra las contingencias sociales, utilizando todos los medios que estime necesarios para su realización.

No es tarea simple determinar con exactitud cuál es el concepto y el contenido de la Seguridad Social, ni siquiera existe una doctrina pacífica sobre la materia. Dentro del Estado actual de su evolución lo expresado más arriba coincide con la doctrina más generalizada, por lo menos en sus lineamientos generales, sin tomar en cuenta los excesos que siempre se cometen al pretender definir un concepto nuevo.

a) *Definiciones de Netter y de Doublet et Lavau.*

La definición que más nos ha conformedo, es la expresada por Netter en su obra ya citado, donde considera que: "El objeto de la Seguridad Social es crear en beneficio de todas las personas y especialmente de los trabajadores, un conjunto de garantías contra un determinado número de eventualidades susceptibles de reducir o de suprimir su actividad o de imponerle cargas económicas suplementarias".

Jacques Doublet et George Lavau¹, tratando de definir la seguridad Social, comienza por enumerar los medios utilizados por la misma, diciendo: "Previsión por medio del ahorro individual y familiar; previsión colectiva sin fines de lucro por medio de las mutualidades; seguro facultativo u obligatorio, asistencia privada o pública; son diversas formas y técnicas que pueden ser utilizadas aisladas o simultáneamente, en juxtaposición o en combinación, para tratar de procurar a los miembros de una sociedad, la seguridad contra los riesgos que disminuyen o limitan su capacidad de trabajo, le privan de medios de existencia y contra las cargas que pesan sobre sus condiciones de vida, etc., pero la suma de estos medios, aun puestos en ejecución de manera sistemática e intensa, no serían suficientes para definir lo que actualmente se denomina Seguridad Social. La Seguridad Social "en su fin a alcanzar... Fundamentalmente su objeto es asociar a todo el cuerpo social en una empresa sistemática de liberación de la necesidad creada por la desigualdad, la miseria, la enfermedad y la vejez".

b) *Organización Internacional del Trabajo.*

La Organización Internacional del Trabajo ha definido la Seguridad Social como "un conjunto de disposiciones legislativas que crean un derecho a determinadas prestaciones, para determinadas categorías de personas, en contingencias específicas"², definición que nada define, por cuanto prácticamente se remite a la legislación positiva de cada país.

No debe tenerse muy en cuenta esta definición de la O.I.T., a pesar de que Deveali, entre nosotros, la haya aceptado³, por cuanto la misma no deriva de resoluciones, convenios o recomendaciones del organismo, sino de estudios internacionales, que no pueden llegar a comprometer definitivamente su opinión como cuerpo.

A tales efectos, debemos tener en cuenta que la O.I.T., en su reunión de 1941 en Nueva York, votó una resolución apoyando la Carta

¹ *Securité Sociale*, 1961, París, Presses Universitaires de France, pág. 6.

² O. I. T.: *La Seguridad Social: estado internacional*, 1930.

³ DEVEALI: *Derecho Sindical y de Previsión Social*, pág. 380.

del Atlántico, invitando al Consejo de Administración a orientar en ese sentido la acción de la O.I.T.

La Carta del Atlántico, en su punto 5 "afirma la intención de los Gobiernos de colaborar con el objeto de asegurar a todas las naciones, mejores condiciones de trabajo, una situación económica más favorable y la seguridad social".

Cumpliendo con tal solicitud del Consejo, la Conferencia de la O.I.T., reunida en Filadelfia en el año 1944 (26ª reunión), aprobó la conocida Declaración de Filadelfia, por la cual se define a la Seguridad Social expresando "que engloba el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos".

Esta definición no dice mucho más que la anterior²⁸.

Los principios de la Declaración de Filadelfia, sirvieron de orientación a la importantísima Recomendación n. 67 (Filadelfia-1944 - 26ª reunión), dictada en la misma reunión de la O.I.T., sobre "la Seguridad de los medios de vida", en cuyos considerandos se recuerda el contenido de la Carta del Atlántico, la adhesión de la O.I.T. a sus principios, así como que la seguridad de los medios de vida constituye un elemento esencial de la seguridad social y que la O.I.T. ha promovido su desarrollo con convenios y recomendaciones sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, enfermedad, maternidad, pensiones a la vejez, invalidez, muerte y desempleo; que resulta conveniente adoptar nuevas medidas para lograr la seguridad de los medios de vida, mediante la unificación de los sistemas de seguro social, la extensión de dichos sistemas a todos los trabajadores y sus familias, incluyendo las poblaciones rurales y los trabajadores independientes, etc. Se recomienda así: que los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, estableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia; que debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del seguro social obligatorio; que las necesidades no amparadas por el seguro social deberían estarlo por la asistencia. Es dable recordar que en la misma reunión, en la Recomendación n. 69, sobre la asistencia médica, se estableció que dicho servicio de asistencia médica debería amparar a todos los miembros de la comunidad, desmenuen o no un trabajo lucrativo.

Estas Recomendaciones, especialmente las nos. 67 y 69, dieron

²⁸ Ver también O. I. T.: *La Seguridad Social*, Manual, pág. 13-14.

expresión al nuevo concepto que comenzaba a surgir, el de seguridad social. Aquí comienza ya a plantearse el problema de la cobertura total de las personas, y el de la cobertura total de las contingencias, que aún continúan llamándose "riesgos". Se trata de coordinar también el seguro social con el servicio médico en general y con la asistencia social.

Pero después de la segunda guerra mundial, los convenios y recomendaciones de la O.I.T. anteriores al conflicto, en especial los Convenios 35 al 40, sancionados todos en la 17ª reunión (Ginebra - 1933), sobre seguros obligatorios de vejez, invalidez y muerte (llamados en conjunto en Europa: seguro de pensiones y entre nosotros: régimen jubilatorio), demostraron que no se adaptaban a las nuevas condiciones del mundo, ni siquiera a las legislaciones nacionales. Las Recomendaciones ya citadas, nos. 67 y 69, dictadas muy poco tiempo antes de la finalización del conflicto bélico, estaban indicando ya, la evolución del mundo hacia la Seguridad Social.

La sensibilidad de la O.I.T., y su constante adaptabilidad a las condiciones vigentes en la humanidad para adecuar a ellas los Convenios y Recomendaciones, provocó la reunión de la Comisión de Expertos en Seguridad Social en Wellington (1950), fruto de la cual, fue que en la reunión de la Conferencia en 1952 (Ginebra, 35ª reunión), se adoptara el Convenio 102 sobre Norma Mínima de la Seguridad Social, exponente del nuevo concepto en la materia, apartándose de los principios de pre-guerra en muchos aspectos, especialmente, al no preconizarse ya el seguro social como el único método o como instrumento único de la Seguridad Social, sino que se reconocen otros sistemas o métodos o técnicas en especial, los financiados por medios de impuestos, así como la asistencia. Por otra parte, se fijan "normas mínimas", en vez de normas rígidas establecidas en convenios anteriores, lo cual da más flexibilidad al sistema, y supone una mayor cantidad de ratificaciones de los países, impedidos de hacerlo con anterioridad. También estaba previsto un Convenio sobre Normas Máximas o Avanzadas, pero no fue posible examinarlo en esa oportunidad. La labor de la O.I.T., no ha finalizado. Continúa analizando el tema de la adecuación de los Convenios y Recomendaciones de pre-guerra sobre seguridad social a las nuevas condiciones mundiales. La Comisión de Expertos en Seguridad Social, ya se ha reunido en Ginebra en dos oportunidades (1959 y 1962) para dar finiquito a sus dictámenes, los cuales recomiendan reformas y adecuaciones impostergables, habiéndose ya resuelto la revisión de los Convenios y Recomendaciones sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, con un nuevo Convenio y una nueva Recomendación, ambos aprobados en la 48ª Reunión (Ginebra - 1964), y está previsto el tratamiento de las reformas de los Convenios 35 a 40, en futuras reuniones (figurando en el orden del día de la 50ª Reunión, a realizarse en Ginebra en junio de 1966), dejándose entrever a través de los informes de los expertos u opiniones vertidas, la importancia fundamental y básica

que tiene el Convenio 102 (Norma mínima), como baluarte de las reformas previstas ¹¹.

c) *Antecedentes en Estados Unidos.*

Muchos otros antecedentes deberán ser tenidos en cuenta antes de llegar a una conclusión definitiva sobre lo que es la Seguridad Social. La exposición que se viene desarrollando, sólo cumple la finalidad de mostrar, con algunos detalles, las dificultades que presenta el conocimiento cabal de la materia, dada su constante evolución, representada sólo en parte por los Convenios y Recomendaciones de la O. I. T.

Dado que corresponde a Estados Unidos de Norteamérica, el honor de haber utilizado por primera vez en forma oficial, la expresión "Seguridad Social", en el sentido actual, mencionaremos este antecedente.

Estados Unidos en 1935 debió resolver el problema de sus desocupados y de sus ancianos víctimas de la situación económica que siguió a la crisis financiera de los años precedentes. No obstante su ambicioso título, la Social Security Act, está muy lejos de acercarse siquiera a la legislación vigente en esa época en los países europeos. Es que dicha nación estaba y está aún, a pesar de la coyuntura, fuertemente impregnada por las doctrinas que han favorecido el nacimiento y desarrollo del capitalismo liberal. En el curso de este período, el gusto por vivir arriesgadoamente predomina sobre la necesidad de seguridad. El riesgo era considerado como un estimulante de la actividad individual, lo mismo que la búsqueda del beneficio constituía el motor de toda prosperidad económica ¹².

Frente a la gravedad de la situación, la opinión americana renuncia a esperar del liberalismo un restablecimiento espontáneo del equilibrio. Desde su elección en 1932, el Presidente Roosevelt decide practicar una audaz política intervencionista. Una ley Wagner-Peyser del 6 de junio de 1933, crea el servicio de empleo (agencia oficial de colocaciones), organizando la cooperación del Estado Federal con los estados locales. La ley del 16 de junio del mismo año (N. I. R. A.) sobre orientación de la industria nacional, prevé la institución, en cada rama de actividad, de Códigos de leal concurrencia, y contiene disposiciones sobre la organización de las relaciones de trabajo. La política de Seguridad Social debe ser ubicada en este conjunto de medidas. El estado gendarme debía

¹¹ O. I. T. Anexo I - Documento G. B. 157/3/5 "Revisión de las Convenios 15 y 40 sobre pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes". COMISION DE PERITOS EN SEGURIDAD SOCIAL; Informe 1962 (Ginebra).

¹² GETTING, André: "La Sécurité Sociale", pág. 8, París, 1960.

tener otras tareas. Debia asegurar a cada ciudadano, un suficiente nivel de vida y llevar al más alto grado el bienestar de la comunidad¹⁸.

La ley del 14 de agosto de 1935 (Social Security Act), "piedra angular de un edificio que se levanta, pero que ciertamente no está terminado", como la calificara el propio Roosevelt, no contiene inicialmente, más que algunas tímidas disposiciones sobre el seguro de vejez y desempleo o desocupación, pero no incluye ni la jubilación por invalidez, ni lo que nosotros denominamos pensión en el régimen jubilatorio, es decir, derecho de sobrevivientes derivado de la muerte del jubilado. Además, es un programa de asistencia pública.

En efecto, la ley autoriza al Gobierno Federal a conceder ayuda a los Estados locales para auxiliar a la vejez necesitada, ciegos y niños privados del apoyo o cuidado, por muerte de sus padres, incapacitados o ausentes del hogar. Establece una concesión federal para permitir a los Estados extender los servicios maternos y de salud del menor.

En cambio, en cuanto al seguro social en sí, establece un sistema federal (nacional) de beneficios a la vejez para trabajadores retirados que han sido empleados en la industria y el comercio y provee a un sistema nacional-estadual de seguro de desempleo.

En 1939 se produjo la primer enmienda de la ley, agregándose el seguro de muerte (nuestra pensión jubilatoria). En 1950 se amplió el ámbito de aplicación personal de la ley, incluyendo a trabajadores rurales, servicio doméstico y trabajadores independientes que no fueran granjeros. En 1954 y 1956 se extiende aún más el ámbito personal de la ley, agregando trabajadores agrícolas independientes, la mayor parte de los profesionales que trabajan por cuenta propia, etc. En general, prácticamente, toda persona que trabaja y obtiene ganancia con su trabajo, está incluido en el régimen, salvo los médicos, y algunos agricultores y domésticos que no trabajan regularmente. En 1956, se incorpora el beneficio de jubilación por invalidez, que incluye a quienes se incapaciten después de los 50 años de edad y antes de los 65 (edad de jubilación ordinaria para el hombre). Se disminuye a 62 la edad de jubilación de la mujer. El aporte de patronos y empleados, es del 7% en total (3%, cada uno), pero a partir de 1966, hasta 1968, se elevará al 8% y al 9% desde 1969. El aporte se efectúa sobre una remuneración tope de 4.800 dólares anuales¹⁹.

d) *Antecedentes de Nueva Zelanda.*

La expresión Seguridad Social utilizada en EE. UU., ganó el favor popular y luego fue utilizada para designar la ley de Nueva Zelanda

¹⁸ ROUSSEAU ET DURAND; *Securité Sociale*, Dalloz, París, 1948, pág. 22.

¹⁹ *Social Security in the United States*, Depto. de Salud, Educación y Bienestar, 1959. DOUGLASS ET LAMAR, op. cit. págs. 629/74.

del año 1938, que reúne en su texto coherente, varios de los servicios de asistencia social, fijando un impuesto especial para financiarlo. Como esta ley fue dictada en vísperas de la 2ª guerra mundial, pasó un tiempo antes de que se le prestara la debida atención. Fue la O.I.T. la que por medio de una publicación dedicada especialmente a ese sistema nacional, lo dio a conocer ampliamente "por haber fijado mejor que cualquier otro texto legal, el significado práctico de la Seguridad Social, ejerciendo así una profunda influencia en la evolución de la legislación". En efecto, en Nueva Zelanda, la Seguridad Social es considerada fundamentalmente como un sistema completo de asistencia proporcionada por el Estado, bajo la forma, primero, de prestaciones en dinero destinadas a asegurar la subsistencia de aquellos que puedan encontrarse en la necesidad a consecuencia de la edad, de la enfermedad, de la vejez, de la orfandad, del desempleo o de otras condiciones excepcionales, y segundo, bajo la forma de un servicio de salud universal encargado de preservar y mejorar la salud y el bienestar general de la comunidad, que se aplica sin limitación de tiempo.

Indudablemente, es un sistema revolucionario dentro de la concepción que hasta esa fecha se tenía de la Seguridad Social, basada fundamentalmente en el seguro social. A partir de ahora, el seguro social comienza a ser reemplazado en algunos aspectos, por el "servicio público"¹⁸.

e) Carta del Atlántico.

La Carta del Atlántico ya citada, que dio lugar a la Declaración de Filadelfia, utilizó también la expresión Seguridad Social en el año 1941 y desde entonces, en realidad, "tal expresión permitió resumir una de las aspiraciones más profundas y extendidas de la humanidad".

Los países americanos adhirieron a la Carta del Atlántico, por el Acta de Chapultepec, votada el 7 de marzo de 1945.

f) Conferencias Interamericanas.

La Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social se reunió en setiembre de 1942 en Santiago de Chile, a raíz de la Constitución del Comité Interamericano de Iniciativas en Materia de Seguridad Social, surgido en diciembre de 1940 con motivo de la inauguración oficial del Hospital Obrero de Lima. Todos los países americanos estaban presentes, así como las instituciones de seguridad social. Allí nació la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) actualmente con sede en México, que reúne periódicamente a los representantes gu-

¹⁸ O.I.T. Manual de Seguridad Social, pág. 13 y Sistemas de Seguridad Social: Nueva Zelanda, pág. 1.

bernamentales de América, para examinar y resolver los problemas de la Seguridad Social.

En la Conferencia de Santiago de Chile, se aprobó la llamada Declaración de Santiago, expresándose en la misma: "cada país debe crear, mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y físico de sus generaciones activas, preparar el camino a las generaciones venideras y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva. Este es el sentido de la Seguridad Social: una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos". Esta declaración, en sus considerandos, expresó: "La libertad y dignidad son atributos esenciales e inalienables de la personalidad humana; para gozar plenamente de las libertades fundamentales de pensamiento, expresión y actividad, todo hombre y mujer debe estar biológica y económicamente protegido frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de una solidaridad organizada (este párrafo está inserto en el decreto-ley 29.175/44 que creara nuestro Instituto Nacional de Previsión Social, hoy derogado por ley 14.236). La 2ª reunión se realizó en Río de Janeiro en 1947; la 3ª en Buenos Aires, en 1951; la 4ª en México, en 1952; la 5ª en Caracas, en 1955; la 6ª en México, en 1960; y la 7ª, en Asunción del Paraguay, en 1964.

g) *Declaración Universal de los Derechos del Hombre.*

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París (1948), entre otros considerandos, expresó: "es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"; que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto amplio de la libertad".

Art. 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado". Aquí predomina el principio de solidaridad ya expresado por Doubllet et Lavau.

Art. 25: 1) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de

pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igual protección social.

b) *Estados de América miembros de la O. I. T.*

Los Estados de América miembros de la Organización Internacional del Trabajo, reunidos en la 5ª Conferencia (Petrópolis-1952), al resolver sobre la política futura en el campo de la Seguridad Social, dijeron: "La Seguridad Social, como toda otra política que promueva el bienestar de la comunidad, depende del incremento de la producción y de la renta nacional que, distribuida equitativamente, permite mejorar las condiciones generales de vida, aumentar las oportunidades de empleo y garantizar la obtención de mayores ingresos, bienes y servicios. La Seguridad Social, debe ser concebida y aplicada de manera tal, que contribuya al logro de esos fines y sólo alcanzará pleno éxito cuando dicha política coincida con programas paralelos de desarrollo económico, de defensa de la salud, de fomento de la educación, de suficiente producción de bienes y servicios y de equilibrio en las relaciones entre capital y trabajo". Concepto amplio coincidente con la Declaración de Santiago.

i) *Alemania y los Seguros Sociales.*

Fue en Alemania, a fines del siglo XIX, luego de una gran crisis económica en 1874, que comienza a formarse un gran proletariado urbano (con gran retardo respecto a Inglaterra y Francia) y se inicia la actividad de los sindicatos obreros, desarrollándose en forma rápida y poderosa en estrecha unión con el partido social democrata, de marxista inspiración posterior. El Canciller Bismark resuelve entonces desarmar estas corrientes adhiriéndose a las medidas intervencionistas preconizadas en esa época en Alemania por los economistas representativos de la corriente llamada "socialismo de cátedra", favorable a una intervención del Estado para la realización, por medio del impuesto, de una redistribución de las rentas entre los ciudadanos. El programa social de Bismark, fue expuesto en el mensaje al Reichstag del 17 de noviembre de 1881 y realizado desde 1883 hasta 1889, por diferentes leyes: seguro de enfermedad (15/6/1883); accidentes del trabajo (6/7/1884); seguro de invalidez y vejez (22/6/1889). Esta obra legislativa de Bismark, la primera en el mundo de semejante amplitud, fue ampliada y completada entre 1890 y 1914, extendiéndose a otros grupos sociales, además de los obreros de la industria; institución de un seguro de muerte (derecho de sobrevivientes) pagándose rentas vitalicias (pensiones) o un pequeño capital en beneficio de los sobrevivientes (ley del 19/7/1911), redactándose luego un Código de Seguros Sociales en el mismo año. Después de la

primera guerra, la inflación y la vertiginosa devaluación de la moneda alemana, provocaron la deprecación de los capitales de los seguros, produciendo la sustitución del sistema financiero de capitalización, hasta entonces en vigencia, por el sistema de reparto. También en ese entonces no existía. Esta última medida fue prácticamente anulada por el régimen (16/7/1927), se instituye un seguro de paro forzoso que hasta entonces no existía. Esta última medida fue prácticamente anulada por el régimen nazi, que la sustituyó por otra organización, ahora también desaparecida, renunciando el seguro de paro forzoso con un aporte del 1% a cargo del patrón y 1% a cargo del dependiente. A partir de 1937, rige un nuevo sistema de pensiones (jubilatorio), caracterizado por la movilidad del haber de los beneficiarios en función de la renta nacional y de la productividad²².

Al principio, el sistema alemán no comprendía las asignaciones familiares, pero, a partir de 1954 han sido instituidas. Los accidentes del trabajo han integrado siempre el sistema de seguros sociales, y desde 1884, los patrones estaban obligados a asegurarse. Todos estos seguros sociales son obligatorios, aportando patrones y empleados, lo que permite una compensación nacional. Las pensiones de vejez, invalides y muerte exigen un aporte del 7% al patrón y 7% al obrero o empleado, además de un aporte fijo anual del Estado, jubilándose los hombres a los 65 años.

Alemania es la iniciadora del seguro social, idea fecunda que prosperará en todo el mundo, sin perjuicio de que existan otras técnicas o medios de protección, tanto más antiguas y primitivas, como más modernas y perfectas, complementándose mutuamente.

j) *Gran Bretaña y la Seguridad Social. El Plan Beveridge.*

En Gran Bretaña, la asistencia pública y privada, tiene una vieja tradición, especialmente en el marco de las parroquias, provocando el rechazo de la intervención del Estado para garantizar a los asalariados contra los perjuicios que la industrialización y la urbanización les causaban. El desarrollo de las organizaciones sindicales, cooperativas y las "Friendly Societies", llenaban parcialmente la carencia de otros medios estatales de amparo, hasta que en el año 1910 llegaron al poder los jóvenes liberales, incitados por los laboristas que cambiaron esa tradición.

El 16 de diciembre de 1911 se dictó la National Insurance Act, que instituyó, además del seguro de enfermedad e invalidez, el seguro de paro forzoso (el primero del mundo), no haciéndolo, en cambio, para la contingencia de vejez que estaba cubierta desde 1908 por instituciones de asistencia a cargo del Estado, otorgándose beneficios a los mayores de 70 años indigentes. Sin embargo, desde 1925, ya existen seguros de

²² DOUBLET ET LAVAU, pág. 625. ETALA, Juan José. *Jubilaciones móviles y pensiones de productividad*. La Ley 1. 1961, pág. 381 y Boletín del Instituto Nacional de Previsión Social, agosto, 1962.

vejes. En cuanto a los accidentes del trabajo, tampoco se legisla en esta oportunidad, aunque desde 1897 este aspecto estaba regido por un simple privilegio legal dado al trabajador sobre el patrimonio del empleador para el cobro de la indemnización debida. Todo el sistema británico, anterior a la segunda guerra mundial, está concebido como un complemento o correctivo de las insuficientes provisiones individuales o de grupos. Las reformas tampoco provocaron un debilitamiento de las Friendly Societies. Recién en 1941/42, la Comisión Interministerial presidida por Sir Williams Beveridge, encargada de formular recomendaciones para el mejoramiento del sistema de seguros sociales, comprueba las numerosas imperfecciones del mismo y hace público su informe el 20 de noviembre de 1942, conocido como Plan Beveridge, que ha influido profundamente en la elaboración de un sistema moderno de Seguridad Social, proponiendo el reemplazo de la asistencia por el seguro social, al mismo tiempo que mantiene la iniciativa individual al lado del seguro colectivo obligatorio y tuvo la preocupación de favorecer a la familia.

El estado de la legislación en Gran Bretaña a ese momento, mucho se parecía a la nuestra en la actualidad. Muchas contingencias no habían merecido la atención del legislador y existía una falta de coordinación en las normas vigentes, cuya complejidad no desmerecía de las nuestras. Cada ley había resuelto un problema particular sin tener en cuenta una concepción de conjunto. Existía una legislación social, pero no una política social. Se establecían diferencias generalmente injustas en los regímenes aplicados a las diversas actividades profesionales.

Beveridge afirma la unidad del seguro, es decir, el reagrupamiento de todas las instituciones que concurren a la Seguridad Social, incluyendo los accidentes del trabajo. Considera que el sentido profundo de la misma consiste en abolir el estado de necesidad por medio de una amplia redistribución de la renta. Su extensión a todos los elementos de la población, tiene por efecto establecer entre ellos una solidaridad que permita soportar más fácilmente la carga económica y operar la redistribución de la renta nacional¹⁷. Inspirado en las teorías de Keynes, llega a la conclusión de que la Seguridad Social debe ser ubicada dentro de un conjunto de medidas económicas. El Estado, no solamente debe garantizar a sus miembros una seguridad elemental fundada en una buena administración de justicia, sino que debe aplicar sus esfuerzos para obtener una reforma estructural, sin la cual no habrá Seguridad Social eficaz, la que deberá comprender: la seguridad del empleo, seguridad de una actividad remunerada eliminando el paro forzoso, obtención de un salario mínimo y establecimiento de una organización que asegure el pleno empleo, etc.¹⁸, garantizando también la capacidad laborativa mediante un servicio nacional de la salud, con métodos preventivos, curativos y rea-

¹⁷ BOUAST ET DURAND, op. cit. págs. 22/23.

¹⁸ GETTINS, op. cit. pág. 11.

daptadores. Esta amplitud del concepto de Seguridad Social mucho se acerca a la Declaración de Santiago de Chile y a la de Petrópolis, ya transcritas.

Recién en 1948 fueron dictadas las leyes que pusieron en vigencia los principios de Beveridge, modificadas luego por ley del 9 de julio de 1959 sobre el seguro de vejez. Las características de esta legislación son su universalidad y su unidad, cubriendo a toda la población por medio de seguros sociales contra el paro, la enfermedad, maternidad, vejez, muerte, viudedad y orfandad. Los aportes y beneficios son iguales para todos. Los accidentes del trabajo dar lugar a pensiones calculadas sin referencia al salario anterior, cuyo monto varía en función de la incapacidad, aunque si ésta no excede del 20%, solamente percibe una indemnización fija no mayor de 280 libras. Las asignaciones familiares (5/7/56) se abonan por los hijos menores de 15 años a partir del segundo y hasta los 18 años, si estudian¹⁹.

1) Francia y su evolución legislativa.

En Francia, los seguros sociales no son aplicados hasta 1928, aunque con anterioridad a dicha fecha habían existido algunos sistemas de amparo para sectores determinados de trabajadores, como la Caja de inválidos de la marina, que parece remontarse a siglos anteriores. Existía una caja autónoma de retiros creada por los mineros; una caja de retiros para empleados públicos, lo mismo que para ferroviarios. Asimismo, el 5 de abril de 1910, se había dictado la ley sobre jubilaciones de trabajadores de la industria, del comercio y rurales, pero con un aporte demasiado bajo y beneficios exigüos, sin que surgiera de la ley con caracteres netos su obligatoriedad, llegando así la jurisprudencia a resolver que el patrón no estaba obligado a retener el aporte del empleado, si éste no retiraba previamente su tarjeta individual. Ni siquiera estaba claro si el patrón estaba obligado a efectuar su contribución. La ley fracasó, al comprobarse que en 1913 se habían inscripto apenas el 40% de los afiliados y en 1926, el porcentaje había disminuido al 18%. Francia tenía el ejemplo, después de la guerra de 1914, de Alsacia y Lorena, que en ese entonces le pertenecían, donde se aplicaba el sistema obligatorio de los seguros sociales alemanes.

La ley de 1928, que no entra inmediatamente en vigor, da tiempo a que se organice una viva campaña contra la misma. Los trabajadores rurales protestan porque consideran oneroso el sistema, pretendiendo mantener sus mutualidades. Los médicos se quejan por el temor de ser burocratizados dentro del seguro de enfermedad, así como de la remuneración insuficiente y de los abusos que permitiría el nuevo régimen. Los empresarios protestan por las cargas financieras impuestas y las

¹⁹ O.I.T. Sistemas de Seguridad Social, Gran Bretaña - *Dossier et Lemas*, op. cit. pág. 416.

mutualidades se inquietan por la competencia que pueden hacerle las nuevas instituciones de seguro. Todas estas protestas provocan que el gobierno en 1930 simplifique el sistema, modificando la ley. Rebaja los aportes y aumenta la contribución del Estado. Le da a los agricultores un régimen especial y les rebaja el aporte. A los médicos se les pagaría directamente por los clientes. Las mutualidades pueden constituir cajas especiales, etc. Luego de algunas modificaciones en 1941, ampliando los beneficios a nuevas categorías de asegurados, el 6 de enero de 1942 se modifica el régimen financiero de los seguros sociales, sustituyéndose el sistema de capitalización por el de reparto. Hasta este momento, el seguro social no se divide en ramas. Existe una única cotización o aporte para el conjunto de riesgos, aunque no se cubre el accidente del trabajo por considerarse que es ello responsabilidad del jefe de la empresa; ni tampoco el riesgo de paro forzoso juzgado como difícilmente asegurable y como no habiendo presentado demasiada gravedad en la economía francesa, ni tampoco las asignaciones familiares hasta 1932. El seguro está organizado sobre el principio de la interprofesionalidad, al establecerse una solidaridad entre los asegurados de todas las actividades, incluidas las profesiones liberales, con la sola excepción de los agricultores que han tenido una legislación distinta. Además, para evitar todo reproche de estatismo, el afiliado puede elegir la caja, las cuales pueden ser creadas por los particulares, por las sociedades mutuales, por los sindicatos, admitiéndose, incluso, la transformación en cajas de seguros, instituciones patronales que existían con anterioridad²⁸.

La organización actual del sistema de seguridad social francés tiene su origen en la Ordenanza del 4 de octubre de 1945, destinada, según la misma, a garantizar a los trabajadores y sus familias contra los riesgos de toda naturaleza susceptibles de reducir o de suprimir su capacidad de ganancia, a cubrir las cargas de maternidad y las cargas de familia. La organización de la Seguridad Social asegura desde ahora los servicios de las prestaciones previstas en la legislación sobre seguros sociales, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, asignaciones familiares y salario único (madre en el hogar). La parcial unidad administrativa lograda, permite administrar a la vez los seguros sociales, los accidentes del trabajo y las asignaciones familiares, aunque las Cajas de Seguridad Social atienden los seguros sociales y los accidentes del trabajo y las Cajas de Asignaciones Familiares atienden estas prestaciones. La ordenanza del 19 de octubre de 1945 concierne a los seguros sociales cubriendo la enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. La ley del 22 de mayo de 1946 pretendió generalizar progresivamente la seguridad social aplicándola a toda la población, pero, el seguro de vejez, por ejemplo, que debía aplicarse a los trabajadores por cuenta propia, permitió demostrar el descontento, dejándose de aplicar dicha ley, aunque algunas medidas parciales se han puesto en vigencia, como a los estudian-

²⁸ ROUAUT ET DURAND, *Sec. Soc.* pág. 10 y sigs.

tes (ley del 23 de setiembre de 1948), escritores (21 de julio de 1949), etc. El éxito de la generalización coronó, en cambio, la extensión de las asignaciones familiares, que por ley del 22 de agosto de 1946, comprende prácticamente a toda la población. En cuanto a accidentes del trabajo, por ley del 30 de octubre de 1946, ingresan definitivamente a la seguridad social, dejando de lado el principio de la responsabilidad personal del patrón (sím asegurado en una compañía) y adoptando el principio de que la responsabilidad de la reparación del accidente del trabajo incumbe directamente a la Caja de Seguridad Social, cuya obligación no se justifica por la idea de la responsabilidad sino por la técnica misma del seguro. Desde 1948 hasta 1958, las reformas no son muy importantes, aunque numerosas en cuanto a la administración y organización financiera de la Seguridad Social, la implantación de regímenes especiales para trabajadores por cuenta propia, etc. En 1959 se realizan nuevas reformas y el 12 de mayo de 1960 se dicta un decreto que modifica la organización administrativa de las Cajas.²¹ En lo que se refiere al seguro de paro forzoso, recién por un convenio colectivo del 31 de diciembre de 1958 entre las organizaciones obreras y patronales, se creó un sistema de asignaciones especiales a los trabajadores sin empleo en la industria y el comercio, que por ordenanza del 7 de enero de 1959 se extendió "a las empresas no sindicadas y no afiliadas, así como a los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial de dicho acuerdo".

4. PRINCIPIOS GENERALES Y TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

a) *Universalidad.*

De todo lo expresado hasta ahora, surge con claridad que uno de los principios fundamentales que orienta a la Seguridad Social, es la tendencia a cubrir o equiparar a todos los hombres, sin hacer distinción. Este principio se conoce con el nombre de "universalidad".

b) *Integralidad.*

También la Seguridad Social se orienta hacia el amparo de todas las contingencias sociales, característica conocida como principio de "integralidad".

c) *Solidaridad.*

Si, en general, cada hombre aisladamente no puede hacer frente a las consecuencias derivadas de las contingencias sociales, la Seguridad

²¹ DOUBLET ET LEROU, op. cit. págs. 28, 43, 51 y 76.

Social debe utilizar instrumentos o técnicas de garantías que distribuyan las cargas económicas entre el mayor número de personas, haciendo jugar el principio de "solidaridad" lo más extensamente posible.

No solamente una solidaridad limitada a grupos (empresas, rama profesional, gremios, etc.), sino una solidaridad nacional de todos los habitantes activos de una población (interprofesional), sin perjuicio de la subsistencia, como complemento de otros medios menos perfectos.

Este principio de solidaridad, según Carlos Martí Buffill²², no ha sido, en muchos casos, correctamente interpretado, formulándosele la siguiente objeción: si todos han de pagar, todos han de recibir, al sufrir el infortunio, los beneficios previstos. Por el contrario, si no han de recibir prestaciones, tampoco es justo que todos contribuyan. Así ha querido justificarse en algunos sistemas la concesión de prestaciones a todos sin examen de medios de fortuna (Gran Bretaña) y en otros, la exclusión de los que disfrutan de elevados ingresos, por el hecho de que esta circunstancia les tenga que excluir de las prestaciones (países de seguros sociales fundados en la debilidad económica laboral). A la primera objeción, contesta el autor: "las prestaciones hay que darlas, no cuando surge el infortunio, sino cuando del mismo se deriva realmente la necesidad. Así, las prestaciones sanitarias hay que darlas siempre, porque cualquiera que sea la cuantía de los ingresos, los infortunios de la salud, siempre crean necesidades". Es decir, un enfermo nunca podría quedar sin asistencia médica, por cuanto es una necesidad imprescindible de su estado. Continúa Martí Buffill: "No podemos decir lo mismo de las prestaciones económicas en caso de vejez, enfermedad, paro, accidentes, etc., puesto que estos infortunios crean una situación, pero no una necesidad. Ejemplo: el hombre que llega a viejo con sobrados medios de fortuna, no tiene necesidad de una prestación económica, por cuanto el infortunio de la vejez no crea en él ninguna necesidad efectiva. Si a pesar de esta consideración se le concede prestación, como ocurre en Gran Bretaña (también en Argentina y muchos países), indudablemente se comete una doble injusticia de hacer efectiva una prestación al que no tiene necesidad de la misma y de disminuir la posibilidad de darla en cuantía suficiente al que, por haber llegado a viejo sin medios suficientes, vive una auténtica necesidad".

Planteadas así las consideraciones del autor citado conducen a meditar sobre si corresponde otorgar los beneficios de la seguridad social en función de la necesidad y aportar en función de la capacidad contributiva de cada uno, de modo tal que un rico podría aportar mucho y no percibir nada y un pobre, a la inversa, no aportar nada y percibir lo necesario. En la práctica no ocurre así (entre nosotros, la ley 14.469, como veremos, intentó aplicarlo), aunque podría ocurrir. Sería exacta-

²² Martí BUFFILL, Carlos: *Problemas y futuro del Seguro Social*, pág. 82.

mente como pagar impuestos a los réditos. Paga el que tiene réditos y no paga el que no los tiene, aunque todos reciben los beneficios de los servicios públicos solventados con dichos impuestos. Sin embargo, habría una diferencia: quien goza de bienes de fortuna, aportaría al régimen de seguridad social, como al impositivo, pero no obtendría ventajas o beneficios del primero, aunque sí del segundo. En ambos la solidaridad obligatoria juega fundamentalmente y ambos procedimientos pueden ser usados por la Seguridad Social.

Se puede considerar un sistema de seguridad social como un servicio nacional de garantías de ciertas necesidades, en cuyo caso, el derecho a las prestaciones no está condicionado al pago de aportes y contribuciones: derivan del solo reconocimiento de un derecho a su satisfacción por la colectividad. En este caso, las contribuciones exigidas a los contribuyentes tienen solamente por objeto financiar el servicio nacional. También se puede considerar un sistema de seguridad social, aún muy desarrollado y completo, como un correctivo y un estimulante de la previsión libre, en cuyo caso, los derechos a las prestaciones están siempre más o menos ligados a la contrapartida de una obligación (el aporte) y la solidaridad obligatoria creada entre todos los miembros de la colectividad para el financiamiento de las prestaciones, no tiene por objeto más que el mejor reparto de las cargas en función de las capacidades contributivas de cada uno.

Así, en materia de vejez, la jubilación puede ser considerada como la contraprestación de aportes efectuados, pero igualmente puede ser considerada como la expresión del derecho al descanso a partir de cierta edad y ser otorgada sin tener en cuenta ningún sistema de aportes. En nuestro país, como veremos, se otorgan beneficios jubilatorios con aportes obligatorios. Sin embargo, si tales aportes no se han efectuado, no se pierde el derecho al beneficio. Esto es, el derecho no es necesariamente la consecuencia del aporte, siempre que se acredite la actividad. Por lo tanto, entre las opciones extremas planteadas más arriba, existen numerosas soluciones intermedias, las cuales inspiran diversos regímenes de seguridad social y que combinan diferentes concepciones de las contingencias a cubrir y modalidades diversas que pueden reventir la protección social²⁹.

d) *Unidad.*

Los tres principios o tendencias enumeradas, exigen cierta unidad o armonía en la organización legislativa, administrativa y financiera del sistema, evitando contradicciones, desigualdades, injusticias y complejidades. La unidad es un derivado de la universalidad y de la integridad, así como de la solidaridad. En principio, según Martí Buñil: "Toda organización de seguridad social que se funde en una diversa considera-

²⁹ DOUBLET ET LASSU, op. cit. pág. 37. NETTER, op. cit. pág. 43.

ción de riesgos, con distinta cobertura y autonomía administrativa, ha de reputarse, pues, jurídicamente imperfecta”²⁴.

e) *Subsidiariedad.*

La iniciativa individual, la libertad y la responsabilidad del individuo, no por ello deben desaparecer. Un nuevo principio rige, sin perjuicio de los anteriores: la subsidiariedad. Cada cual debe tomar por sí, las providencias necesarias para solucionar sus problemas, y únicamente cuando no pueda resolverlos por sí solo, recurrirá a los beneficios que le otorga la Seguridad Social, sin dejar de cumplir obligatoriamente con los aportes. Las prestaciones no son obligatorias, sino derechos que pueden o no ejercerse o utilizarse. De acuerdo a un sano principio ético, se cumpliría plenamente la solidaridad si se cumpliera con las obligaciones en todo momento, y se exigieran derechos solamente en estado de necesidad.

El carácter subsidiario de la Seguridad Social ha sido puesto de resalto por la doctrina social católica, en especial por la Unión Internacional de Estudios Sociales, conocida por Unión de Malinas, ciudad de Bélgica, donde tiene su asiento. Dicha entidad en 1952 formuló una declaración de diez puntos sobre la Seguridad Social, disponiendo: 1. El hombre es personalmente el primer responsable de sus medios de existencia. La naturaleza le ha predestinado, capacitado e inducido a satisfacer, a fuerza de trabajo y previsión, las necesidades del presente y del porvenir, tanto para sí mismo como para los familiares que tenga a su cargo. El Estado no es directamente el primer responsable en este terreno.— 2. A esta vocación del hombre corresponde el derecho de propiedad privada.— 3. El trabajo es para el hombre el medio normal de procurarse los bienes que le son indispensables para hacer frente a las necesidades presentes y futuras. En algunos casos, el trabajo, al que se suman, a veces, otros recursos, permite crear, mediante el ahorro, las reservas necesarias para prevenirse contra los azares de la vida. Pero, en general, el trabajo no procura a la mayoría, más que ingresos modestos, que hacen difícil o imposible el ahorro. En un régimen de salarios, la justicia conmutativa exige que el asalariado pueda encontrar en las remuneraciones de su trabajo, lo necesario para afrontar convenientemente el porvenir.— 4. La previsión personal y la solidaridad crean a los hombres el deber de unir sus esfuerzos en la defensa de las personas y de las familias contra los graves riesgos de la vida. Al solidarizar las aportaciones y los riesgos, los seguros sociales ofrecen a los que no disponen de reservas suficientes, el medio de protegerse eficazmente contra las cargas, incluso pesadas y prolongadas que el porvenir pueda imponerles a consecuencia de accidentes y enfermedades o por paro y vejez.— 5. El Estado debe garantizar las condiciones generales que permitan

²⁴ MARTI BURELL, Carlos, op. cit. pág. 85.

a todos los trabajadores alcanzar medios de existencia suficientes, pero no está obligado a procurarles directamente los bienes materiales. Una de las misiones del Estado es la de estimular el desarrollo del espíritu de solidaridad y previsión entre los ciudadanos, así como proteger y promover la creación y desenvolvimiento de instituciones sociales capaces de defender a los ciudadanos y a sus familias contra los azares de la vida. Tiene también el deber de respetar la libertad y la responsabilidad de las instituciones de seguros nacidas por iniciativa privada y que cumplen su misión en forma conveniente. Está encargado de proteger, coordinar, subvencionar y, en caso necesario, suplir las actividades privadas en la medida y forma requeridas por el bien común.— 6. En razón de ésto y especialmente con objeto de garantizar a todos el mínimo necesario, el Estado puede, y en ciertos casos debe, hacer obligatoria la afiliación en los seguros sociales.— 7. Sea cual fuere la forma pública o privada en que se organicen los seguros sociales, es conveniente respetar y animar en ellos, lo más posible, los valores personales y morales: el respeto a la previsión, de la solidaridad y de la honradez. En lo que respecta al seguro de enfermedad, que tiene la responsabilidad de la salud y en el que está comprendida la intimidad de la conciencia y de la persona humana, se debe garantizar a los asegurados una libertad suficiente de elección de médicos y de instituciones de sanidad.— 8. Las organizaciones de seguros sociales, surgidas espontáneamente de ayuda propia o de fraternal y mutua protección, administradas sobre la base de una responsabilidad personal y de confianza, presentan grandes ventajas desde el punto de vista humano. Este sistema estimula entre los interesados el desarrollo de la previsión y del sentido social, evitando los abusos de los beneficiarios. Si el Estado tiene el deber de impedir que estas instituciones administren mal los fondos que se les ha confiado, la experiencia demuestra, por otra parte, que el sistema de las mutualidades libres, puede ajustarse a una técnica rigurosa de gestión que abarque gran número de afiliados. — 9. La organización y administración de los seguros sociales con espíritu de monopolio no deja de presentar sus peligros. Este sistema se presta a una excesiva intervención del Estado, amenaza con mecanizar y dejar por completo sin personalidad a un importante sector de la vida social y puede llegar a sacrificar indebidamente ciertos valores morales. Además, la seguridad social puede quedar separada, con grave detrimento, de las organizaciones naturales de los interesados: entidades profesionales, sindicales, mutuales y convertirse en un servicio público anónimo. Incluso pueden correr peligro los derechos de la conciencia personal, principalmente por la supresión abusiva de la libertad de elección del médico y del establecimiento Asistencial... — 10. Allí donde los recursos de las cajas de seguros sociales están formados por cotizaciones libres u obligatorias de procedencia profesional, tales recursos deben considerarse como una deducción de la parte de la renta nacional consagrada a la remuneración de los trabajadores. Debe tenerse en cuenta este hecho, asociando en

alguna forma a los asegurados en la organización de los servicios y en la gestión de los fondos. Incluso en los casos en que los recursos de las cajas provengan directamente de impuestos, parece oportuno que representantes calificados de los diferentes medios sociales participen de su gestión, la que, de esta manera, sería más humana y más conforme a la realidad.

5. SUJETO, OBJETO Y TÉCNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

a) *Sujetos de la Seguridad Social.*

La determinación del sujeto de la seguridad social ha dado lugar a diferentes dificultades, por cuanto se ha puesto en duda la extensión subjetiva de esta materia. ¿Deben ser sujetos de ella solamente los trabajadores en relación de dependencia? ¿solamente los económicamente débiles?, o todos los hombres?

De conformidad con la evolución de las ideas, doctrinas y textos legales nacionales o internacionales, el sujeto de la seguridad social es el hombre, sin aditamentos, cualquiera fuera su actividad. Por ello, la legislación, en principio, debe ser uniforme, dado que los hombres son iguales por naturaleza y tienen los mismos derechos, sin perjuicio de ciertas disposiciones especiales para sectores determinados, dentro del régimen legal general, cuando las características especiales de la actividad del grupo lo requieren. No existe ninguna razón valedera para dictar una legislación distinta para cada sector amparado, salvo que se pretendiera hacer discriminaciones inaceptables, que no concuerdan con los principios de la seguridad social, ni con los principios de los derechos del hombre, ni con los de las Cartas Constitucionales del mundo, inclusive y fundamentalmente la nuestra.

b) *Objeto de la Seguridad Social.*

i) *Problemas que plantea.*

El objeto de la Seguridad Social, su finalidad, su meta, es la protección del hombre contra las contingencias sociales. Todo estriba en determinar lo que debe considerarse una contingencia social. Si consideramos todos los riesgos y contingencias que el hombre puede sufrir, le daremos a la Seguridad Social una extensión tal, que no podría distinguirse de toda otra seguridad, y se llegaría a una noción confusa que agruparía elementos heterogéneos y de técnicas o instrumentos de garantía que no tendrían vínculo lógico alguno.

Ya hemos citado a Lord Beveridge cuando definió la Seguridad Social por su objeto, considerando que era "abolir el estado de necesidad, asegurando a todos los ciudadanos una renta suficiente, en todo

momento, para satisfacer sus cargas o responsabilidades", pero con ese criterio, debemos incluir en la Seguridad Social una política de salarios, la legislación sobre créditos para la vivienda, la enseñanza gratuita, daños e indemnizaciones de guerra, una política de desarrollo que garantice el pleno empleo, etc., etc. Pero la Seguridad Social no reemplaza al empleo sino que lo complementa. "Los objetivos sociales de la política económica comprenden por una parte el pleno empleo con el objeto de proporcionar a todos los individuos los medios de ejercer una actividad que le procure una renta suficiente y en particular de luchar contra el paro forzoso o desocupación y contra el subempleo y, por otra parte, la Seguridad Social, con el objeto de asegurar a todos los individuos la seguridad y el bienestar. El pleno empleo y la seguridad social son solidarios y se condicionan mutuamente. El desarrollo de la seguridad social depende de las posibilidades de producción de la economía nacional, que a su vez depende del grado del empleo de la mano de obra disponible".²² "La Seguridad Social es uno de los instrumentos de una política social (y, por ende, de una política económica), pero no se agota con ella".²³ En otros términos, como dice Netter, "el pleno empleo y la seguridad social son los elementos de una política de acción que tiende a liberar al individuo de la necesidad, proporcionándole trabajo y seguridad. Sin embargo, la conquista del bienestar colectivo no puede cumplirse si no en el desarrollo de las libertades esenciales y de la iniciativa de cada ciudadano".

De todo lo que se viene expresando, surge claramente que el objeto de la Seguridad Social tiene, hasta ahora, una ambigüedad que no ha podido evitarse.

En efecto, tal vez la ambigüedad derive de no estar perfectamente determinado si lo que la seguridad social toma como apoyo de su acción es el "trabajo", o si es la "necesidad". Algo ya hemos adelantado anteriormente sobre el particular, al tratar el principio de solidaridad. Si bien la Seguridad Social trata de amparar al hombre contra las contingencias sociales, debe conocerse si ese amparo deriva de la actividad que el hombre realiza, en cuyo caso debe reponerse en el estado en que se encontraba antes de la contingencia, o si deriva de la necesidad en que el hombre permanece o queda, luego de ocurrida la contingencia. En suma, ¿se ampara el trabajo o se ampara contra la necesidad? Las consecuencias de partir de una u otra premisa son de suma importancia.

Si lo que se garantiza es la fuerza o el valor del trabajo de los afiliados y el salario de cada uno, solamente deberían estar cubiertas las contingencias que disminuyan el valor del trabajo. En consecuen-

²² NETTER, op. cit. pág. 10 y 11.

²³ DOUBLET ET LAVAU, op. cit. pág. 11.

cia, las cargas de familia no darían lugar al amparo. Además, la protección debe acordarse en proporción a lo que cada uno percibía, y no limitarla a lo indispensable, o a un mínimo establecido. A cada uno se le otorga el beneficio en función de la remuneración o ingreso que percibía, sin tener en cuenta para nada el principio de asistencia que asegura un mínimo vital indispensable, de acuerdo a la necesidad. En cambio, si lo que se garantiza es contra la necesidad, debe recurrirse a una redistribución de la renta para garantizar a cada uno el beneficio de un mínimo vital indispensable, cualquiera sea la causa del empobrecimiento. De ello también resulta que todos los riesgos y todas las cargas que pueden crear el estado de necesidad, deben estar cubiertas. La verdad es que en la práctica, en el derecho positivo vigente, no se da la aplicación exclusiva de uno u otro de los sistemas, sino el juego de ambos, por cuanto la legislación ha ido avanzando en cada país, progresivamente, como entre nosotros y cada cuerpo legal ha ido apoyándose en distintos principios. Por ejemplo: si en materia de amparo de vejez, invalidez y muerte (sistema jubilatorio), los docentes, miembros del Poder Judicial, funcionarios del Poder Legislativo, servicio exterior de la Nación, etc., obtienen un haber prácticamente equivalente al que perciben en la actividad (82% sin escala de reducción) en esos regímenes, se ampara al trabajo; pero en los regímenes comunes, en que el haber del beneficio se otorga aplicándose una escala de reducción sobre el 82% del sueldo, se ampararía la necesidad, por cuanto el haber disminuye sensiblemente sobre la remuneración en la actividad. A su vez, en ambos sistemas, en nuestro país, para los beneficios con haberes menores, se les garantiza un mínimo de haber jubilatorio basado en el principio de amparo a la necesidad. La ignorancia de estos principios rectores puede confundir y confundir a quienes, buscan explicación en un complicado farrago de leyes contradictorias, basadas en principios diferentes.²⁷

ii) *Limitación del objeto.*

Resta entonces tratar de limitar en su justa medida el objeto de la Seguridad Social, es decir, establecer las contingencias sociales incluidas en su ámbito y objeto de su protección. Según hemos expresado ya, dichas contingencias son "las eventualidades susceptibles de disminuir o suprimir la actividad de una persona, o de imponerle cargas suplementarias".

Indudablemente, la enumeración es la mejor manera de limitar el campo de las contingencias cubiertas por la Seguridad Social, a las cuales nos referimos con más detenimiento infra, al analizarlas en gene-

²⁷ Ver sobre el particular: DUPEYROUX, J. J. "Quelques réflexions Sur le droit à la Sécurité Sociale. Droit Sociale", mayo 1960, págs. 388 a 397 — DOURLET ET LAVAU, op. cit. pág. 12.

ral, y en particular. Ellas son: maternidad, vejez, invalidez, muerte, enfermedad, accidente del trabajo y enfermedades profesionales, cargas de familia y paro forzoso o desocupación. El hombre, por la contingencia, deja de trabajar y se produce una disminución o pérdida de sus ingresos, como ocurre en las seis primeras contingencias enumeradas o se le crea una responsabilidad o carga económica adicional, como en el caso de las cargas de familia (esposa, hijos y otras personas a cargo) o no consigue trabajo, habiendo cesado en su actividad sin su culpa, estando capacitado y con voluntad de hacerlo. A estas contingencias pueden agregarse otras, vinculadas al bienestar, como el problema de la vivienda, o facilitar económicamente los matrimonios, la capacitación profesional, etc.

A este objeto fundamental de la Seguridad Social, deben agregarse algunos objetivos complementarios y secundarios, que cada vez toman más incremento, hasta confundirse con el objetivo principal, y son: la "prevención" de las contingencias sociales, para evitar que se produzcan y la "readaptación" que consiste en suministrar a aquel que ha perdido su capacidad de ganancia, los medios de encontrar una actividad compatible con su capacidad física e intelectual, así como profesional.

c) *Medios, técnicas o instrumentos utilizados por la Seguridad Social.*

La determinación de las técnicas o instrumentos o medios utilizados por la Seguridad Social para realizar, y cumplir con su objeto, respecto a su sujeto, significa también un problema que cada vez simplifica más. El progreso va dejando de lado, aunque no definitivamente, medios menos perfectos, que siempre concurren en forma complementaria o suplementaria, con los medios más perfectos que se han ido creando.

Desde el grupo familiar, el ahorro individual, el mutualismo, el seguro privado, hasta el seguro social y la financiación por medio de impuestos, así como la beneficencia pública y privada, todos son medios utilizados por la Seguridad Social para cumplir su cometido. No es, pues, necesario que uno solo de ellos sirva de instrumento único. Generalmente en cada país se utilizan combinaciones de todos ellos, por no ser incompatibles entre sí, sino complementarios.

Algunos autores han pretendido que la Seguridad Social se reduce prácticamente al seguro social, pero no es así. El seguro social es uno de los medios modernos utilizados, pero no el único. Puede ser reemplazado por el impuesto, que redistribuye también la renta, a veces en un grado más justiciero que el seguro social.

6. CONCLUSIÓN

Si bien la mayor o menor extensión del sujeto, del objeto y de los instrumentos de la Seguridad Social, han conducido a que se considere

a ésta con una mayor o menor amplitud, podemos definirla como: la rama del derecho cuyos principios y disposiciones tiene por objeto amparar al hombre contra las contingencias sociales enumeradas que reducen o suprimen su actividad o le provocan cargas económicas suplementarias, utilizando los medios técnicos necesarios que aseguren la solidaridad, previniendo, reparando y rehabilitando las consecuencias de dichas contingencias, a cuyo efecto, tanto los derechos de las personas protegidas como los deberes de los obligados, deben estar definidos por la ley, sin mengua de la libertad y de la dignidad humanas.

7. LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DERECHO

a) *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.*

Durante mucho tiempo la Seguridad Social ha estado incluida dentro del Derecho del Trabajo, al extremo de que aún hoy en nuestras Universidades, se estudia como parte integrante de éste.

Razones no han faltado para que así ocurriera, por cuanto el Derecho del Trabajo estudia la relación laboral subordinada, y cuando surgen a la vida del derecho muchas importantes instituciones de la Seguridad Social, lo hicieron como complemento del trabajo subcoordinado, referidas exclusivamente a los trabajadores dependientes. En efecto, la indemnización de los accidentes del trabajo era considerada como una obligación legal impuesta al empleador, derivada del contrato de trabajo; las asignaciones familiares fueron concedidas como una forma suplementaria del salario o remuneración del trabajador; los mismos seguros sociales, en general, cubriendo las contingencias de enfermedad, vejez, muerte, invalidez, al principio no incluían sino a trabajadores en relación de dependencia.

Pérez Botija²² cita a los autores alemanes, quienes, salvo raras excepciones, como Mölter, excluyen de la sistemática del Derecho del Trabajo, los seguros sociales, al publicar sus obras y lo mismo han hecho los sucesos argentinos, quienes, sin excepción en sus obras de Derecho del Trabajo no han tratado el tema de la seguridad social, ni siquiera de los seguros sociales, ni aún el régimen jubilatorio, salvo Derswill en Derecho Sindical y de la Previsión Social, agotando 3 ediciones demostrativas del interés de la materia. Tampoco Pozzo, ni Krotoschin, ni Cabanellas le dedican atención, no obstante que el tema forma parte de la materia en los programas universitarios. Luis María Rivas, en su Manual le ha dedicado un capítulo, pero muy limitado en extensión y contenido. En cambio, como materia separada, y en dos gruesos volúmenes, José María Goñi Moreno publicó su obra "Derecho de la Pre-

²² PÉREZ BOTIJA, Egenio, "Derecho del Trabajo", pág. 462, nota 3 bis, ed. 64.

visión Social", que representó en su momento (1956), un gran adelanto en la bibliografía nacional. Juan D. Ramírez Gonda, en 1943, publicó su Régimen Jurídico de las Jubilaciones, Retiros y Pensiones de la República Argentina, donde expone sistemáticamente el limitado tema, con legislación y jurisprudencia, sobre una cuestión sumamente debatida como el sistema jubilatorio, que después de más de 20 años de aparecida la obra, mucho más se ha complicado, y el autor, salvo trabajos esporádicos sobre la materia, no actualizó nunca.

Krotoschin²⁰ ha hecho un distingui entre Derecho del Trabajo y Seguridad Social, considerando que coinciden en algunos aspectos, sobre todo de carácter económico, en cuanto ésta trata de garantizar al trabajador, un cierto nivel de subsistencia, pero difiere del Derecho del Trabajo, en cuanto otorga aquélla beneficios al trabajador, aunque no se encuentre en relación de dependencia (seguro de paro), prevé determinadas prestaciones que tienden a eliminar las causas de algunos riesgos (servicio de empleo), o a reparar las consecuencias de ciertos eventos (medicina social, enfermedad, accidente, cargas de familia, etc.); ampara a personas que no son sujetos del derecho del trabajo y emplea medios y técnicas distintas, preferentemente de derecho público, basándose en una solidaridad colectiva, aunque no cumple ni puede cumplir con determinados fines propios del derecho del trabajo, en cuanto éstos no tienen solamente carácter económico, sino que se refieren al trabajador como persona y a la relación de trabajo como núcleo de una comunidad de intereses, que crea los fundamentos sobre los que basa la seguridad social. Muchos de estos conceptos los expresó también el mismo autor en su bello libro "Tendencias actuales en el derecho del trabajo", donde expresamente dice: "En el principio de la seguridad social fue la crisis económica. En el principio del derecho de trabajo moderno fue la crisis espiritual y moral de una sociedad en transformación", concepto que no ha de ser separadamente muy compartido, por cuanto, ni el Derecho del Trabajo se originó en una crisis espiritual y moral, sino fundamentalmente económico-social, ni la seguridad social tiene una simple finalidad económica, sino que, como el Derecho del Trabajo, utiliza forzosa-mente como instrumento a la economía, porque, como el mismo autor lo dice, "Es cierto que ambas ramas jurídicas están en íntima relación con el desarrollo económico, del que depende en gran parte su realización y su éxito. Por supuesto que el derecho del trabajo, pero también la seguridad social, luchan por la liberación del hombre, cada uno dentro de su campo de acción y utilizando los medios que considera idóneos y licitos para tal fin". Además, el mismo autor lo dice: "No puede hablarse seriamente de absorción (del derecho del trabajo por la seguridad social), sino a lo sumo de "coincidencia de fines" que se trata de conseguir por distintos medios".

²⁰ Tratado, t. I, pág. 3.

Algunos autores italianos, en cambio (Tratado de Boggi-Pergolesi, Mazzoni Grechi), le dedican importante atención a la seguridad social, lo mismo que los autores franceses del Derecho del Trabajo, como Paul Durand, cuyo libro "La politique contemporaine de Sécurité Sociale", debía haber formado el 4º tomo de su *Traité*. Luego la publicación de este autor en colaboración con Rouast sobre *Sécurité Sociale*, no fue realizada por separado por razones sistemáticas, sino de "economía docente", dice Pérez Botija, dando a entender que solamente esa razón pudo influir en el estudio autónomo de la materia, puesto que en Francia se estudia como materia separada del Derecho del Trabajo en la carrera de Abogacía. También entre los españoles, incluyendo a Pérez Botija, se hace el estudio de la Seguridad Social dentro de las obras de Derecho del Trabajo.

Deveali, entre nosotros, ha opinado en varias oportunidades y lo repite en su Tratado de Derecho del Trabajo que dirige (t. 1, págs. 6/7), que desde que los seguros sociales incluyeron a los trabajadores independientes, resulta difícil mantener el estudio de dichos seguros dentro del esquema del Derecho del Trabajo, presentándose la necesidad de estudiarlos aparte, en una nueva rama del derecho, que se denomina "derecho de la previsión social". Pero, en la pág. 10, menciona que se ha propiciado el agrupamiento de las normas que regulan el contrato individual del trabajo, así como las relaciones colectivas y las de carácter previsional, en una única rama del derecho que se denominaría Derecho de la Seguridad Social, pero al autor no le parece del todo apropiada, por incluir ésta la asistencia social, que se propone amparar a la generalidad de los habitantes.

En Derecho Sindical y de Previsión Social (pág. 14), dice que es su opinión que el derecho de la previsión (equivalente a derecho de los seguros sociales), está destinado a absorber próximamente muchas instituciones típicas del derecho del trabajo; también esta posibilidad parece confirmar la conveniencia de estudiar conjuntamente el derecho del trabajo y el de la previsión, por lo menos mientras este último continúe moviéndose principalmente, sino con exclusividad en el campo de las relaciones del trabajo. El día que la previsión social abarque a toda la población, habrá llegado el momento de hablar de un "derecho de la seguridad social", de naturaleza eminentemente pública, destinado a absorber no solamente el derecho de previsión social, sino, probablemente, aun el derecho del trabajo, en su totalidad o en buena parte. A su vez, el mismo autor, en "Lineamientos de Derecho del Trabajo", pág. 52, dice: "El desarrollo de la seguridad social, en sentido siempre más generalizado, lleva a separarlos del derecho del trabajo, para incorporarlos a las dos ramas a que en realidad pertenecen y que podrían haber ambas, en la más amplia acepción del "derecho asistencial" y en la pág. 379, dice: "Se perfila así la posibilidad de reducir la totalidad, o la casi totalidad de las instituciones del nuevo derecho laboral, a un

principio único (responsabilidad social), unificando de esta manera el derecho laboral y el derecho de los seguros sociales, destinados ambos, a su vez, a ser absorbidos, muy próximamente, en el marco más amplio y general de la seguridad social²².

Estas transcripciones un tanto extensas, no han tenido otro objeto que demostrar la inseguridad en el manejo de la terminología, hesitación que resulta muy justificada, teniendo en cuenta el poco perfilado contenido de la materia en estudio y su mezcla con el Derecho del Trabajo, del cual, sin duda alguna, intenta independizarse, no solo didáctica, sino también dogmáticamente.

Ya no existe ninguna duda de que la Seguridad Social no solamente ampara al trabajador en relación de dependencia, sino que tiende a amparar a toda la población. También la Seguridad Social, al trabajador en relación de dependencia, lo ampara fuera de la empresa, al desaparecer el principio de responsabilidad patronal, aunque las medidas preventivas de seguridad e higiene se practiquen en la misma. Es decir, la Seguridad Social ampara a todos, también al trabajador, pero a éste lo protege cuando la relación laboral se halla suspendida o terminada, aunque en el primer caso la suspensión sea de las obligaciones de una sola de las partes, el trabajador, que no puede prestar servicios, salvo las asignaciones familiares. El hecho de mantenerse en esos casos la obligación patronal de pagar salarios u otros beneficios, es simplemente debido a que aún no se ha aceptado directamente la responsabilidad social como fundamento de la seguridad social, manteniéndose, en cambio, el principio de la responsabilidad patronal en muchas contingencias sociales, especialmente en nuestra legislación.

b) *El Derecho Económico y la Seguridad Social.*

De Ferrari opina que la Seguridad Social forma parte del Derecho Económico,²³ no del derecho del trabajo, pero aún así, la Seguridad Social responde a principios propios que no pueden ser confundidos con el Derecho Económico general, aunque la redistribución de rentas obtenida por nuestra materia parezca típicamente económica, porque con ese criterio, nada escaparía al Derecho Económico, tampoco el Derecho del Trabajo.

c) *El Derecho Social y la Seguridad Social.*

También se ha pretendido que el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, constituyen ramas de un mismo derecho, el

²² DE FERRARI, Francisco, "Los principios de la Seguridad Social", *México* 1953, p. 191/6, "Autonomía y evolución del Derecho del Trabajo", *Derecho del Trabajo*, 1963, pág. 503.

Derecho Social,¹⁰ y así fue denominado en los programas de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires durante algún tiempo, designándose actualmente Derecho del Trabajo y de la Previsión Social, aunque en otras Universidades se le denomine simplemente Derecho del Trabajo, incluyendo el estudio de la Seguridad Social.

d) *La Seguridad Social, rama autónoma del derecho.*

La Seguridad Social, por su ámbito de aplicación personal, por su fundamento en la responsabilidad social, derivada de la solidaridad social, que tiene por presupuesto la necesidad de un ingreso, debe merecer un estudio distinto al del Derecho del Trabajo, no solo en la didáctica (enseñanza), sino también en la dogmática o sistemática jurídica (científica).¹²

8. PROBLEMA TERMINOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

a) *Decreto-ley 29.176/44.*

El decreto-ley 29.176/44, que creó el Instituto Nacional de Previsión Social en nuestro país, en su art. 1 disponía: "el organismo está destinado a realizar en todo el territorio de la Nación, los objetivos del Estado en materia de Seguridad Social, consistente en la protección biológica y económica de las personas frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de una solidaridad organizada".

En este ordenamiento legal, hoy derogado por la ley 14.236, dada la denominación del organismo y los objetivos que le eran asignados, "previsión social" y "seguridad social" son sinónimos, no obstante que, como se ha expresado, la previsión social es uno de los medios utilizados por la Seguridad Social.

b) *Constitución Nacional.*

La Constitución Nacional, en su art. 14 bis, sancionada en la Convención Constituyente del año 1957, dispuso: "El Estado otorgará los

¹⁰ STAFFORINI, Edoardo, "Derecho Procesal Social", Buenos Aires, 1935, página 17.

¹² CORDENNI, op. cit. pág. 156. - Ver también, MENDIETA y NUREZ, Lucio, "Derecho Social", - MARTI BUIFILL, Carlos "Tratado Comparado de Seguridad Social", Madrid 1951. - VENTURI, Augusto, "I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale-Milano 1954". - GARCIA OVIEDO, Carlos, "Tratado elemental de Derecho Social", - CESARIÑO JUNIOR, "Tratado de Direito Social Brasileiro", - VIDELA MORÓN, Mario E., "El Derecho Social y la sistematización del derecho", 1948. - *Id.* En contra: ver PEREZ BOTTIA, Ezequiel, op. cit. - BORSI, Umberto y FERGOLESI, Ferruccio, "Tratato di Diritto del Lavoro". - De Litta, Luigi, "Diritto della Assicurazione Sociale", - ALONSO OLEA, Manuel, "Instituciones de Seguridad Social", etcétera.

beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

A su vez, el art. 67, inc. 11 de la misma Constitución, dispuso: “Corresponde al Congreso: dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social”.

Como puede observarse, la Constitución no utiliza la expresión “previsión social”. Utiliza en cambio, los vocablos Seguridad Social de acuerdo con el desarrollo conceptual que se ha expresado supra.

Pero cuando la norma constitucional se refiere al contenido de la ley que deberá dictarse como consecuencia del principio reconocido sobre Seguridad Social, la terminología toma un sesgo sumamente confuso, que resulta necesario aclarar.

Se dice en el texto que “En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes...”.

La expresión “seguro social” está desacertadamente utilizada. El seguro social, como tal, es una simple técnica. De modo que establecer el seguro social, es establecer un medio, un instrumento, pero no se indica en la Constitución qué contingencias sociales serán amparadas con ese medio. ¿Maternidad, enfermedad, vejez, invalidez, muerte, desocupación, etc.?

En cuanto a las jubilaciones y pensiones móviles enunciadas por la Constitución a continuación de los seguros sociales, separados por un punto y coma, como significando que se refiere a otro problema distinto que la ley debe establecer, corresponde destacar que la expresión aisladamente considerada, ha sido correctamente utilizada.

Pero en nuestro país, el régimen jubilatorio, al principio fue financiado como un servicio público, antes de la vigencia de la ley 4349 del año 1904, pero luego se financió como un seguro social y desde entonces hasta ahora utiliza la misma técnica. Por lo tanto, por el medio o instrumento utilizado, las jubilaciones y pensiones móviles, debieron estar juntos al seguro social enunciado por la Constitución en el apartado que precede a las jubilaciones. No compartimos semejante terminología, por cuanto los seguros sociales son uno de los medios de previsión

utilizados por la Seguridad Social y las jubilaciones y pensiones nuestras, utilizan la técnica del seguro social para cumplir su cometido.

Por supuesto, esta terminología confunde las instituciones y las facultades nacionales y provinciales en materia de Seguridad Social, que aumentan cuando el convencional Jauriguirry, en la pág. 1481 del Diario de Sesiones dice: "La Comisión mantiene el agregado de "jubilaciones y pensiones móviles", porque hasta que lleguemos al seguro social obligatorio va a pasar algún tiempo y esta cláusula constituye la norma directriz en este aspecto".

c) *Ley 14.439 de Organización de los Ministerios Nacionales.*

La ley 14.439 que rige la actual organización de los Ministerios del Poder Ejecutivo Nacional, en su art. 15, se refiere al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al cual compete: "... todo lo inherente... al régimen de seguridad social y en particular: 1. Promover la legislación del trabajo y de la seguridad social... 10. Administrar el régimen de previsión y seguridad social...". El significado de Seguridad Social en estos textos legales, parece confuso. No lo es cuando se habla en general de Seguridad Social, pero sí lo es cuando en el inc. 10 se menciona "el régimen de previsión y seguridad social", seguramente pretendiéndose que "régimen de previsión" es sinónimo de régimen jubilatorio y seguridad social de otras prestaciones ajenas al sistema jubilatorio (accidentes del trabajo, maternidad, etc.).

d) *Decretos 5561/61 y 4504/62 de creación y determinación de funciones de la Subsecretaría de Seguridad Social.*

El decreto 5561, del 30 de junio de 1961, por el cual fue creada la Subsecretaría de Seguridad Social en el Ministerio de Trabajo, en su art. 3, dispuso: "... tendrá a su cargo los siguientes asuntos, por intermedio de los organismos que se detallan a continuación: a) Coordinación del sistema de la previsión, revisión de las resoluciones y jurisprudencia de la materia (Instituto Nacional de Previsión Social); b) Prestaciones de jubilaciones, retiros y pensiones (Cajas Nacionales de Previsión); c) Préstamos personales y para vivienda (Dirección General de Préstamos Personales y con Garantía Real); d) Contralor médico de afiliados para acreditar salud e invalidez (Dirección General de Medicina Social); e) Registro y control de las asociaciones mutuales (Dirección General de Mutualidades); f) Problemas específicos de la mujer que trabaja y la familia obrera (Dirección Nacional de Seguridad y Protección Social de la Mujer); g) Régimen de las leyes de accidentes del trabajo (9688) y maternidad e infancia (11.933), (Cajas de accidentes y maternidad).

De acuerdo a las disposiciones del inc. a) de este decreto, "régimen jubilatorio" y "régimen de previsión social", son sinónimos.

El 23 de mayo de 1962, se dicta el decreto 4504/62, en el cual se dispone: "Considerando: Que han sido expresamente determinadas las materias que son propias de las Subsecretarías de Trabajo y de Seguridad Social (decreto 5561-61), sin especificar las funciones que corresponden a cada una de ellas; que si bien cada uno de los organismos en materia de seguridad social, ha sido dotado por sus leyes de creación, de autarquía institucional, es conveniente lograr la mayor coordinación y eficacia... a los tales efectos... el Ministerio tiene las funciones que surgen de la ley 14.439, en lo que se refiere a la conducción de la política de seguridad social... Art. 1. Corresponden a la Subsecretaría de Seguridad Social las funciones de: a) Proponer las iniciativas destinadas a orientar la política de seguridad social... d) Dictaminar e informar en toda medida o propuesta que eleven los organismos de previsión social a consideración del Ministerio; e) Asesorar respecto del presupuesto y plan de inversiones de los distintos organismos de seguridad social... etc.

En el inc. d) se mencionan "organismos de previsión social" y en el inc. e) "organismos de seguridad social", pero es evidente que con la primera expresión se está refiriendo al régimen o sistema u organismos jubilatorios.

e) *Decretos 6967/61 y 4507/62. Comisión de Estudios de Seguridad Social. Otras disposiciones.*

Por decreto 6967/61 se creó una Comisión de Estudios de Seguridad Social "que tendrá a su cargo el análisis integral del sistema de previsión vigente y de sus bases estadísticas y sociales, para aconsejar las soluciones que del mismo resulten", estando integrada por el Subsecretario de Seguridad Social y el Presidente-Delegado del Instituto Nacional de Previsión Social, además de "4 representantes de los empleadores, 4 representantes de los afiliados en actividad y 2 jubilados".

También se crea una Comisión Técnica Asesora en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que colaborará con la Comisión de Estudios de Seguridad Social, integrada por 2 funcionarios del Ministerio de Trabajo, 1 de Economía y 1 de la Secretaría de Hacienda.

Por lo tanto, la Comisión de Estudios sólo tiene por objeto el análisis integral del sistema de "previsión", es decir, jubilatorio, funciones que continúa ejerciendo, aunque, por decreto 4507/62, a la

misma le fueron asignadas funciones de "organismo de consulta permanente en todas las materias que, en cumplimiento de sus funciones, someta a su consideración la Subsecretaría de Seguridad Social", porque, como dicen los considerandos, "dada la forma de su integración, hállese en condiciones de cumplir adecuadamente" con la cooperación permanente de las organizaciones representativas de los distintos sectores interesados en las materias propias de la Seguridad Social", con lo cual queda claro que la Comisión es de consulta en toda materia incluida en la Seguridad Social, pero sólo debe hacer el análisis integral del sistema de previsión (jubilatorio), para aconsejar las soluciones pertinentes.

Por decreto 1090/62 se agregó al decreto 5561/61 (ya citado ut supra) la Dirección General de Obra Social como dependiente de la Subsecretaría de Seguridad Social, por considerar que "tanto los fines a cumplir como los servicios que presta dicha Obra, ubican sus problemas específicamente dentro de los que hacen a la seguridad social".

Asimismo, el decreto-ley 7825/63 que creó la Caja Nacional de Previsión y Seguridad Social para Profesionales, parece significar que "previsión", es el régimen jubilatorio y "seguridad social", otras prestaciones que el régimen reconoce: enfermedad, préstamos.

POLITICA AERONAUTICA ARGENTINA *

MARIO O. FOLCH

Profesor Adjunto (I) de Derecho de la Navegación

I. — Creo que la inclusión de este tema dentro del derecho aeronáutico está suficientemente justificado, por las siguientes razones: a) uno de los caracteres salientes del derecho aeronáutico es su "politicidad", en la forma como la concibiera el ilustre profesor italiano Antonio Ambrosini, o sea entendiendo este concepto en sentido general, no sólo como política de defensa militar, de las relaciones internacionales y de expansión comercial, sino también y fundamentalmente como influencia del factor político en el nacimiento y formación del derecho aeronáutico nacional e internacional, y en la elaboración de las normas legi-

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Políticas de la Universidad Nacional Libanesa (Beirut, Líbano) el 22 de diciembre de 1965, a invitación de dicha Facultad y de la Dirección General de Transportes del Líbano.

Estas fueron las palabras dichas al comienzo por el autor:

"Señores: Quiero agradecer muy especialmente al Señor Decano y al Señor Director General de Transportes la posibilidad de hallarme hoy aquí, entre ustedes, para referirme a un tema de mi especialidad. Esta circunstancia constituye para mí un auténtico honor y un señalado privilegio, por dos razones: por el hecho de concretar en el Líbano, en la medida de mis fuerzas, el intercambio científico entre la Universidad de Montevideo —de la que soy profesor y a la que represento en este viaje— y estos ilustres docentes de la Universidad Nacional Libanesa, y porque me permite ser un instrumento más de la permanente amistad y comprensión existente entre nuestros pueblos.

"Mucho he de meditar cuando tuve que resolver sobre el tema que espondría ante ustedes, por cuanto me considero ante un calificadísimo auditorio de universitarios y de personas dedicadas a la aviación. En definitiva, me decidí por el de "Política aeronáutica argentina" por un doble motivo: en primer término, para hacer conocer en el Líbano cuál es la orientación actual de mi país en materia de aeronáutica civil, especialmente en lo que hace a los servicios regulares de transporte aéreo, y en segundo lugar porque considero que aunque el tema es político por esencia, se halla íntimamente vinculado a importantes problemas jurídicos, a punto tal que uno de los temas en la enseñanza del derecho aeronáutico en mi cátedra de la Universidad de Montevideo es, precisamente, éste de política aeronáutica'.

lativas correspondientes; b) la misma amplitud del tema, que está compuesto por conceptos que tienen una evidente raíz científico-político-jurídica, como por ejemplo, "libertades del aire", "tráfico y transporte regional", "derechos comerciales", "reciprocidad real y efectiva", etc., y por una gran cantidad de normas jurídicas nacionales e internacionales, que incluyen entre otras, las leyes aeronáuticas de los distintos países —en muchas de las cuales se encuentran, incluso, declaraciones políticas—, el Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago de 1944 y los numerosísimos convenios bilaterales celebrados entre los países para regular su actividad aerocomercial; c) las relaciones estrechas de la política aeronáutica con otras instituciones del derecho aeronáutico, tales como la soberanía, la infraestructura, los aeropuertos, la responsabilidad del estado por accidentes de aviación, los aeroclubes, el trabajo aéreo, el transporte aéreo, etc.; d) la necesidad incontestable de que un futuro abogado conozca cuál es la orientación de su país —y de la comunidad internacional— frente a todo ese amplio conjunto de problemas que se le explican con detalle durante el año lectivo. Por todo ésto, considero que este tema, enfocado con criterio y objetividad científica, no puede ser ajeno a los claustros universitarios.

Si hablamos de política aeronáutica, corresponde en primer lugar que ensayemos una definición de la misma, con objeto de ir estableciendo los puntos básicos de esta exposición, y aun a riesgo de que resulte imperfecta. Así podemos decir que política aeronáutica es "el conjunto de principios y normas que regulan la orientación definida del Estado frente a los problemas que surgen de la actividad aeronáutica civil". Según puede observarse, es éste un concepto amplio; no sólo incluye el transporte aéreo, sino el trabajo aéreo, la industria aeronáutica, la actividad aerodeportiva, los problemas de circulación aérea, etc. Es decir, está comprendido en dicho concepto todo aquello que hace a la aeronáutica civil, y sobre lo cual debe la autoridad correspondiente fijar su orientación, por cuanto en todo ello, a su vez, hay un alto interés público comprometido, que tiene que ver no sólo con el desarrollo mismo de la actividad aeronáutica —y sus importantes consecuencias políticas, sociales y económicas— sino también con los problemas de la defensa y seguridad nacional, y con toda la política general del Estado.

Fijado el concepto básico, deben señalarse a continuación tres elementos fundamentales en materia de política aeronáutica: 1) la política aeronáutica debe fijarse claramente en materia de aviación civil y comercial; 2) dicha fijación debe efectuarse mediante la ley y las reglamentaciones; 3) la política aeronáutica debe ser aplicada por organismos adecuados e idóneos. Todo ésto es fundamental, ya que los importantes intereses públicos y privados que se hallan en juego en materia de aviación, deben estar protegidos por el principio de seguridad jurídica, que resulta no sólo de la clara orientación política plasmada en normas

legales, sino también de la certeza de que esa política habrá de ser aplicada por organismos eficaces y competentes.

Podemos afirmar, entonces —y nuevamente aparece aquí el punto de contacto entre lo político y lo jurídico— que el principio de seguridad jurídica sustenta los tres elementos señalados. La seguridad jurídica es el conjunto de condiciones que atañen a la esencia misma del derecho; por su intermedio los integrantes de un grupo social determinado conocen los extremos dentro de los cuales deben encauzar sus conductas, así como las consecuencias que el apartamiento de ellos puede acarrearles. Dice el ilustre jurista alemán Gustav Radbruch que la seguridad jurídica es uno de los elementos de la idea del derecho, junto con la justicia y la adecuación a un fin, y que para darse aquélla es menester que se reúnan cuatro condiciones: que el derecho esté formulado en leyes; que esta formulación se dé sobre la base de hechos y no de valoraciones a cargo del juez; que estos hechos, a su vez, puedan ser "practicables", aun a riesgo de que a veces estén provistos de cierta "inquietud"; y por último, que los cambios del derecho positivo no ocurran con excesiva frecuencia.

Si analizamos con algún detenimiento los tres elementos mencionados en materia de política aeronáutica, veremos fácilmente de qué modo importante están vinculados al principio de seguridad jurídica. En la formulación de la política aeronáutica debe basarse, por base hechos concretos, los que, asimismo, deben ser practicables, puesto que de lo contrario se tendría una orientación carente de realidad y, por lo tanto, inaplicable. Además, esa formulación se produce por medio de leyes y reglamentos, y al basarse en principios políticos firmes y adecuados a la realidad no es preciso que dichas normas legales se modifiquen con frecuencia. He aquí, precisamente, la clave de una seria y meditada política aeronáutica: hallarse fundada en principios de auténtica realidad y, por sobre todo, no ser producto de improvisaciones ni responder a parciales intereses de grupos. Por último, y con relación a los organismos encargados de aplicar la política aeronáutica, es evidente que cualquiera sea su ubicación administrativa dentro de los órganos gubernativos, deben ser eficaces y competentes, porque si no, aplicando equivocadamente los principios político-aeronáuticos o no comprendiéndolos, vulnerarán su esencia y su finalidad misma. Como en todas aquellas funciones de indudable importancia para el Estado, los organismos administrativos encargados de aplicar la política aeronáutica deben contar con un verdadero equipo de hombres profundamente conocedores de su misión, y digo equipo porque la aplicación de la política aeronáutica requiere no sólo un conjunto de personas con los conocimientos necesarios para el correcto desempeño de sus tareas, sino que además, deben estar todas animadas del mismo espíritu; en suma: deben actuar de manera homogénea y armónica, conscientes de los importantes intereses públicos y privados que dependen de su labor.

II. — En la República Argentina, la Dirección Nacional de Aviación Civil, dependiente de la Secretaría de Estado de Aeronáutica, ha estructurado el desarrollo de esta actividad en un todo sistemático, orientado por tres principios básicos:

1º) La autoridad aeronáutica no pretende efectuar por sí la actividad, sino que considera que debe cumplir de manera adecuada la función subsidiaria que compete al Estado, y por tanto debe fomentar, estimular y ordenar aquella, supliendo y completando, mas nunca adoptando una actitud que signifique un remplazo.

Este criterio responde a los principales lineamientos institucionales de la Nación, y coincide con la doctrina de la Iglesia Católica en cuanto ésta se opone a las tendencias estatistas, que impiden un mejor desarrollo del bienestar general de la comunidad.

Claro está que este concepto no implica que la autoridad aeronáutica rechace la necesidad de la existencia de las empresas estatales que operan dentro del país, ni el cumplimiento de funciones por el Estado que sólo pueden efectuarse eficazmente por su exclusiva gestión. Por el contrario, la existencia de dichas empresas está plenamente asegurada, así como de estas funciones; lo que importa destacar, y aquí está la esencia de esta actitud, es que la autoridad aeronáutica no desempeñe por su cuenta aquellas actividades, sino que posibilite las condiciones necesarias para que las personas y los grupos puedan ver facilitados sus crecimientos y sus desarrollos dentro de su propia acción libre y responsable, coadyuvante para la obtención del bien común, y dentro de la autonomía que las regulaciones respectivas les acuerden.

Esta orientación hace aparecer beneficios de carácter general para toda la comunidad, como bien lo pusiera de resalto Juan XXIII en la encíclica "Mater et Magistra", al señalar sobre las felices consecuencias que se originarían para todos si las mismas personas, incluso en las regiones de menor desarrollo económico, se sintieran "ser los principales autores de los progresos de su propia fortuna, porque son ciudadanos dignos precisamente aquellos que aplican su principal esfuerzo a los progresos de sus propias cosas". Y más adelante, dice el Pontífice que la función de gobierno debe ser precisamente la de fomentar, la de estimular, la de ordenar, la de suplir y no la de remplazar de manera sistemática.

En mi país se consideró no sólo conveniente, sino necesario la presencia de una empresa del Estado en la importante actividad aeronáutica, a fin de que regulase el proceso de su desarrollo, y así es como Aerolíneas Argentinas recibe de la autoridad aeronáutica las bases de su gestión operativa, tanto en el orden internacional como en el interno, precisamente para asegurar los fines de la obtención del bienestar general.

2º) El segundo principio básico de la orientación político-aeronáutica argentina puede enunciarse así: La autoridad aeronáutica, dentro de la orientación general, no ha entendido a esta actividad como un fin en sí mismo, sino como un instrumento coadyuvante para el total desarrollo nacional, permitiendo, así, que contribuya al bienestar general y a la seguridad de la Nación. Ello significa, pues, que a pesar de la importancia que la actividad aeronáutica civil tiene por su misma esencia y contenido, no puede ser colocada por encima del desarrollo nacional, sino que debe contribuir a este último.

3º) El tercer principio es éste: La autoridad aeronáutica considera conveniente y necesario ejercer el control administrativo y la fiscalización orientadora que le indican las normas jurídicas vigentes, sólo por medio del control de costos y de resultados. En efecto, otros organismos estatales, como el Tribunal de Cuentas de la Nación, la Secretaría de Estado de Hacienda, etc., controlan, en sus lineamientos económicos generales, la actividad aerocomercial de las empresas nacionales de transporte aéreo, y por tanto sería redundante crear nuevos medios de control. Nada mejor, entonces, que ejercer dicho control exclusivamente en base a costos y resultados, porque de allí se obtendrán inevitablemente, los puntos de partida para futuras orientaciones.

III. — Uno de los aspectos fundamentales de la política aeronáutica de cualquier país es la orientación de los servicios regulares internacionales de transporte aéreo, y la República Argentina no escapa a esta premisa. En efecto, su gran extensión territorial y su privilegiada posición geográfica, que la convierten en terminal obligada de las grandes rutas aéreas internacionales, hacen que la autoridad aeronáutica haya puesto especial interés en estructurar aquellos servicios en forma orgánica y teniendo en cuenta no sólo los altos intereses nacionales, sino también los acuerdos internacionales en que la Nación es parte. Debido a la amplitud de todas las cuestiones que están comprendidas en el concepto "política aeronáutica", y por obvias razones de tiempo material, me limitaré a desarrollar exclusivamente este aspecto —uno de los más importantes, sin duda— de los servicios regulares internacionales de transporte aéreo, así como el tema referente al transporte de carga aérea.

Puede decirse que la orientación política argentina en los servicios regulares internacionales de transporte aéreo se afirma en cinco postulados:

- 1) El principio conocido como "reserva de soberanía", de acuerdo con lo establecido por el art. 7º de la Convención de Chicago de 1944;
- 2) Asegurar la vinculación del país con los demás estados, mediante la realización de servicios internacionales de transporte aéreo por un instrumento idóneo, que sirva de manera adecuada a los derechos e intereses nacionales en el orden internacional;

3) Desarrollar principalmente servicios de transporte aéreo con los países limítrofes, para facilitar el sistema de integración regional que se propicia por la Asociación Latino Americana de Libre Comercio, debido a las estrechas vinculaciones que mantiene la Argentina con sus vecinos.

4) Asegurar la vinculación con aquellos países del mundo hacia los que no resulte conveniente, por motivos de índole económica, desarrollar los propios servicios internacionales, por medio de la concertación de convenios bilaterales o autorizaciones a empresas extranjeras

5) Asegurar el equipamiento de la o las empresas nacionales designadas para cumplir los servicios internacionales, con aeronaves modernas que le permitan ejercer, en forma inmediata y conveniente, sus derechos de tráfico en el ámbito mundial. De esta forma, se concretará el cumplimiento de los postulados segundo y tercero precedentes. Precisamente en atención a este último objetivo es que Aerolíneas Argentinas acaba de adquirir cuatro nuevos aviones Boeing 707, los cuales, unidos a los cuatro Comets-4 y tres Caravelle que ya posee, le permitirán prever la reestructuración de sus rutas internacionales.

Todos ustedes conocen muy bien el proceso que originó la existencia de las llamadas "libertades del aire" durante la Conferencia de Chicago de 1944 y por ello no habré de referirme aquí a esa cuestión. Sin embargo, quiero mencionar que mi país ratificó el Convenio de Chicago de 1944 y el Acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales, firmado también en la misma Conferencia, en el que están incluidas las dos primeras libertades del aire (sobrevuelo inofensivo y escala técnica). Otros países latinoamericanos, en cambio, no ratificaron este Acuerdo, como por ejemplo Brasil, Chile, Uruguay, Perú, Colombia, Ecuador.

La situación de la Argentina ha sido siempre abierta a todo aquello que hiciera a la seguridad misma de la navegación aérea. Es casi un imperativo de solidaridad humana esta actitud, que se remonta a la fecha en que mi país ratificó la Convención de París de 1919 y que ha sido recibida permanentemente por la doctrina nacional. De allí entonces por qué a los argentinos nos ha resultado incomprensible la falta de adhesión al Acuerdo de Tránsito por parte de los países latinoamericanos mencionados, sobre todo si se advierte que en la actualidad se intenta establecer un proceso de integración regional cuya postulación parece inaplazable. Si se tiene en cuenta que en el preámbulo del Tratado de Montevideo que creó la zona de libre comercio y constituyó la Asociación respectiva, se dice que todos los países estamos "animados del propósito de unar esfuerzos en favor de una progresiva complementación e integración de nuestras economías", y que ese objetivo se extendió a los transportes intrazonales, no puede justificarse la demora de aquellos estados en adherir al Acuerdo que establece las dos primeras libertades del aire, por cuanto los derechos de sobrevuelo inofen-

sivo y aterrizaje técnico deberán ser, por fuerza de la realidad, reconocidos por los países miembros. Así ocurrió en la Tercera Conferencia de la Comisión Asesora de Transportes de la Asociación Latino Americana de Libre Comercio, donde y a raíz de una propuesta argentina, se aprobó por unanimidad una recomendación en tal sentido, la que será incorporada al temario de la próxima Conferencia de las Partes Contratantes. La República Argentina estableció como condición esencial la adhesión al acuerdo mencionado por parte de los demás países latinoamericanos, si se quería que continuase colaborando en el proceso de integración regional de los transportes.

En cuanto a las tercera, cuarta y quinta libertades del aire, las mismas fueron reguladas en los convenios bilaterales de aeronavegación firmados por mi país. La Argentina celebró entonces convenios, con Gran Bretaña, Estados Unidos de América, España, Portugal, Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia, Italia, Suiza, Brasil, Holanda, Chile y Alemania Occidental. En algunos casos de ciertos convenios no ratificados aún por alguno o algunos de los países firmantes, los problemas surgidos con las empresas extranjeras —como en el caso de las de bandera norteamericana— han sido oportunamente resueltos de acuerdo con los intereses de ambos estados.

Ha tenido bastante difusión en mi país y en el extranjero, hace ya algunos años, la llamada "doctrina argentina en derecho internacional aéreo" o "doctrina Ferreira", elaborada por el profesor Enrique Ferreira, ex funcionario de la Dirección de Aeronáutica Comercial, y que se funda en el principio de la *propiedad de los vuelos*. Bajo el lema "El dominio del aire bajo el imperio del derecho", Ferreira considera que el tráfico originado en un país es de propiedad del mismo, y por lo tanto cada estado tiene derecho a regular el tráfico que se origina en su territorio, al mismo tiempo que debe respetar el nacido en los países extranjeros. Entiende además el tráfico de nación a nación como una "unidad" a la que debe dar satisfacción adecuada la "otra unidad" formada por el conjunto de servicios ofrecidos por las flotas aéreas de los dos países contratantes, y cuya capacidad debe ser establecida en base a las cifras que arrojen las estadísticas del tráfico. No concibe a la aviación "internacional" por su extensión o por el número de fronteras que cruce, sino por la participación que todas las naciones deben tener en ellas, y por ello se opone a la concesión de tráfico de quinta libertad.

Ferreira tuvo principal actuación en las negociaciones de la mayoría de los tratados bilaterales celebrados por mi país, y ejerció sus funciones en la Dirección de Aeronáutica Comercial hasta el año 1955. Si bien la doctrina Ferreira está bien inspirada en cuanto a su deseo de intentar el ordenamiento del tráfico aéreo internacional, no resiste a mi juicio la crítica jurídica —y aún la político-económica—, por cuanto en el sistema jurídico argentino no existen fundamentos normativos para entender al tráfico aéreo internacional como de propiedad del

Estado. Tanto la Constitución Nacional como el Código Civil no enumeran entre los bienes de propiedad del Estado como persona de derecho público, éste del tráfico aéreo, y si bien es un "hecho" y no un "bien", como entiende Ferreira por tener valor económico, los hechos económicamente valiosos para la riqueza nacional, por el solo hecho de serlo, no adquieren por eso mismo entidad suficiente como para ser tenidos de propiedad del Estado y, consecuentemente, para que el Estado disponga de modo absoluto a su respecto. Se trata, eso sí, de una facultad que tiene el poder público nacional y que hace al poder jurisdiccional de regulación del espacio aéreo y del comercio con las naciones extranjeras. No es un problema de dominio público sino de jurisdicción, y en definitiva y en la práctica, se determinará por los intereses generales del país todo aquello que en cuanto al comercio exterior tenga que ver con el tráfico aéreo internacional.

Los tratados bilaterales celebrados por la Argentina tienen algunas características que surgen como consecuencia de la doctrina Ferreira, y que actualmente pueden mencionarse de modo correcto, de la siguiente manera: 1) la facultad de la Argentina de regular en su territorio el ejercicio de los llamados derechos comerciales. Si bien es discutible la teoría citada de la "propiedad de los tráficos", no admite discusión aquella facultad, que cada país ejerce con arreglo a los convenios internacionales celebrados. Así lo ha entendido también la Ley de Aviación del Líbano de 1949, en sus arts. 29, 289 y 290. Puede decirse entonces, que la doctrina que se postula en esos acuerdos bilaterales firmados por mi país no se aparta en verdad de este concepto, por cuanto lo único que se determina en ellos es la *igual oportunidad en la oferta de la capacidad de transporte*. La Argentina sostiene en sus negociaciones aerocomerciales este principio, que no responde a una mera declaración, sino que se sustenta en un definido sentido económico, con directa incidencia en todo el problema de las divisas.

2) La razón fundamental de la capacidad de transporte a ser ofrecida entre dos países determinados debe encontrarse en el tráfico principal de tercera y cuarta libertades. Claro está que ésto no supone, como pensaba Ferreira, impedir el tráfico de quinta libertad, sino que éste pasa a tener un carácter complementario respecto de aquéllos, a fin de que, por la modalidad de explotación, se aseguren resultados económicos en la operación de los servicios de las empresas extranjeras. El tráfico de quinta libertad es necesario, si no como principal, al menos como consecuencia de la realidad misma del hecho técnico aeronáutico, y mi país lo concede en base al conocido sistema de cuotas.

3) La protección del tráfico regional. Se denomina tráfico regional al que se realiza entre estados limítrofes. En este sentido, las Recomendaciones de las Conferencias Regionales de Aviación Civil de los países americanos han propuesto que el setenta y cinco por ciento de este tráfico se efectúe por las empresas de los países limítrofes y el veinticinco

por ciento restante se distribuya entre las empresas de terceros países. Si bien las recomendaciones de las Conferencias Regionales de Aviación Civil no tienen fuerza legal, la Argentina sigue, en líneas generales, ese criterio; y ello es lógico, por cuanto hay fundamentales razones económicas que así lo aconsejan: el setenta por ciento de los turistas que ingresan por vía aérea a mi país lo hacen con origen en los países limítrofes. Debe nuestro país, por tanto, asegurar esa corriente turística, que podría ser desviada con propaganda, política tarifaria, etc. Por ende, la Argentina debe participar en ese tráfico decididamente. Por otra parte, en materia de política cambiaria, ésta exige proteger ese tráfico para impedir el egreso de divisas por ventas de pasajes, aunque en definitiva este aspecto sea de menor importancia que el hecho, en sí mismo y por su trascendencia, del ingreso de los mismos turistas.

En los servicios de transporte de pasajeros, el tráfico regional es protegido por mi país en base al sistema de congelamiento de cuotas, pero es obvio que también puede ser tutelado con medidas de distinta naturaleza, como ser: a) uso de aeropuertos regionales para esos servicios (el Aeroparque de la Ciudad de Buenos Aires, muy cercano al mismo centro de la ciudad; en cambio, el Aeropuerto Internacional de Ezeiza se encuentra a casi una hora de viaje de dicho centro); b) política tarifaria adecuada por el sistema de tarifas diferenciales; c) más elevada frecuencia y capacidad de servicios ofrecida por las empresas regionales. La política argentina en este aspecto se orienta hacia la obtención de medidas como las mencionadas, porque se considera que con ellas se logran mejores resultados en orden al desarrollo integral de la aeronavegación comercial. En efecto, estas medidas son más eficaces que el sistema restrictivo de cuotas porque protegen desarrollando", es decir progresando y afirmando un sistema de natural desarrollo y no imponiendo sistemas restrictivos que no benefician a nadie. En este sentido, creo que éste debe ser el criterio rector en aviación comercial, no sólo en la Argentina sino en cualquier otro país del mundo que, al menos, se encuentre en una situación similar. Además, en el caso de mi país dichas medidas permiten extender aquella protección a la totalidad del tráfico intrazonal de la Asociación Latino Americana de Libre Comercio. Puedo afirmar sin dudas, además, que actualmente es éste el pensamiento de la autoridad aeronáutica argentina.

Como es de todos sabido, la importancia de los servicios de transporte aéreo internacional es creciente. Con respecto a la Argentina, y de acuerdo con estadísticas elaboradas por la Dirección Nacional de Turismo de mi país, desde 1958 a 1964 ha venido aumentando el ingreso de turistas por vía aérea, al punto de constituir actualmente el cincuenta y dos por ciento del total. No cabe duda que uno de los objetivos, desde el punto de vista aeronáutico, es obtener un aumento permanente de dicho porcentaje, sin perjuicio de la tarea integral que al respecto compete a la Dirección Nacional de Turismo; aunque fundamentalmente

es una finalidad turística, porque este fenómeno del turismo —con proyección y consecuencias de índole social, económica, política, jurídica e incluso hasta filosófica—, que aún no ha sido debidamente planificado ni orientado en mi país —que cuenta con grandes recursos naturales para su desarrollo— representa, como ustedes saben muy bien, ocupación de mano de obra, incremento de la red de transportes, desarrollo de la hotelería, etc. Todo ello, como es obvio, repercute en la economía general del país y canaliza una importante fuente de divisas.

Como ejemplo de la importancia que actualmente asume el turismo en el orden económico, vale la pena mencionar las siguientes cifras, proporcionadas por la autoridad turística argentina: en 1963 Estados Unidos de América exportó alrededor de 3.200 millones de dólares en viajes de sus habitantes al exterior. De ello, 1.100 millones lo fueron en gastos de transporte; 2.100 millones en gastos en países extranjeros, repartidos de la siguiente manera: 500 millones a México y 500 millones a Canadá; 800 millones a Europa y sólo 86 millones en toda Sud América.

Las cifras mencionadas autorizan a exponer las conclusiones siguientes:

1º) La indiscutible importancia del transporte aéreo para el logro de un evidente objetivo nacional: el desarrollo del turismo, que para mi país representaría mayor ingreso de divisas y el propio progreso de la industria turística misma.

2º) La imperiosa necesidad de que el Gobierno Nacional posibilite el desarrollo de este medio de transporte, mediante los máximos esfuerzos de que sea capaz en ese sentido, lo que no implica, por cierto, un descuido de los restantes medios de transporte.

3º) La evidencia de que todos aquellos sectores de la función pública argentina que mantenga una mayor o menor vinculación con la actividad aeronáutica deberán orientar su acción adecuándola a la velocidad y al dinamismo del transporte aéreo.

4º) La autoridad aeronáutica debe intentar el logro de un justo equilibrio entre las prioridades que mueven a los intereses aerocomerciales argentinos y la imperiosa necesidad de hacer progresar la industria turística nacional.

5º) Debe reordenarse el régimen tarifario con relación a mi país, ya que el pasaje entre Estados Unidos de América y Europa cuesta poco más de 350 dólares ida y vuelta; en cambio, entre Estados Unidos de América y Argentina, el pasaje vale alrededor de 700 dólares ida y vuelta, lo que no está en proporción a las respectivas distancias entre puntos. Si a ello se agrega el hecho de que varias empresas norteamericanas y europeas ofrecen por pocos dólares más de la primera suma

Indicada un servicio triangular Estados Unidos-Europa-Argentina, puede comprenderse sin mayor esfuerzo las desventajas que, desde el punto de vista turístico, tiene mi país.

IV. — Dentro de las cuestiones relativas a los servicios internacionales, la Argentina ha dado últimamente especial tratamiento al transporte aéreo de carga. Probablemente conozcan ustedes un trabajo efectuado por la Organización de Aviación Civil Internacional bajo el título: "La carga aérea en la región latinoamericana", publicado en junio del corriente año de 1965. (Doc. 8487-AT/720). En dicho trabajo, que fue realizado por expertos de la Organización, se obtuvieron importantes conclusiones sobre este aspecto de tanta trascendencia para la economía de los países y de las mismas empresas de aviación. Pueden extraerse siete conclusiones principales:

1) *Estadísticas y estudio del mercado.*

Hay una escasez general de información estadística comparable respecto al transporte aéreo y en especial a las operaciones de carga aérea en la región. Al mismo tiempo hay necesidad de realizar un estudio detallado de las situaciones del transporte aéreo y del mercado de carga en muchas áreas a fin de determinar las necesidades y posibilidades y la política a adoptarse, con referencia a cuestiones tales como tarifas de carga. Por lo tanto, deben ampliarse los programas estadísticos en muchos Estados para proporcionar los datos que tal estudio requiere.

2) *Flota de transporte aéreo.*

La flota ahora explotada por las empresas de la región latinoamericana contiene una gran proporción de aeronaves anticuadas, con costos directos de explotación elevados y esta situación es un factor que contribuye a la balanza financiera desfavorable de muchas de las empresas de la región. Por lo tanto, hay necesidad de modernizar la flota en la medida en que los recursos y el tráfico potencial lo permitan. Desde el punto de vista de las operaciones de la carga, los tipos de aeronaves requeridos incluyen aeronaves de cuatro motores alternativos, tales como el DC-6, DC-7 y L-1049 convertidos en aeronaves de carga o para llevar cargas mixtas y variables de carga y pasajero; y los turbobloques modernos de radio de acción medio, también destinados a llevar cargas de mercancías y pasajeros, en sustitución de los DC-3.

3) *Aeropuertos.*

Hay en la región muchos aeropuertos donde no pueden aterrizar aeronaves más grandes que las DC-3. Por lo tanto, si han de adquirirse pocas y más grandes aeronaves y han de utilizarse completamente, será necesario estudiar las necesidades de los aeropuertos.

4) *Rutas y servicios.*

Parece existir una escasez de los servicios regionales de carga en esa parte de la región situada al sur del río Amazonas, donde se depende de la capacidad ofrecida por las empresas principales de transporte a gran distancia. A base del estudio del mercado se puede encontrar que es necesario estimular el desarrollo de las rutas regionales en esta área. También, debido a los costos más bajos de explotación de los servicios exclusivos de carga, quizá sea conveniente estimular este tipo de operación que depende de la existencia de un tráfico potencial suficiente.

5) *Movimiento del tráfico y estructura de las tarifas.*

Existe en muchas rutas, tanto internacionales como del interior, un serio desequilibrio en el volumen del tráfico de carga. Puede esperarse alguna mejora en esta situación a medida que avance la industrialización y aumente la exportación de los artículos manufacturados. También los métodos mejores de embalaje y manejo pueden aumentar el movimiento de las mercancías perecederas. Sin embargo, las tarifas direccionales de carga ampliamente utilizadas ahora continuarán aplicándose y los niveles de estas tarifas así como los de otras especiales destinadas a fomentar el tráfico, requieren un examen regular basado en el estudio del mercado para asegurar que no sean ni demasiado altas ni demasiado bajas, a fin de estimular en el máximo grado posible el tráfico de carga.

6) *Servicios comerciales.*

En muchos Estados de la región existen una escasez de agentes y expedidores de carga aérea. Cuando existen, estas organizaciones realizan muchos de los servicios comerciales esenciales requeridos especialmente en relación con el transporte internacional de carga. Quizá su función más importante desde el punto de vista de las empresas sea el fomento de los servicios de carga aérea y no existe el suficiente fomento en muchas partes de la región en la actualidad. Mucho pueden hacer las empresas por informar a los posibles expedidores de las ventajas de sus servicios de carga, pero el aumento en el número de agentes y expedidores podría quizá mejorar la situación.

7) *Facilitación.*

El crecimiento de la industria de la carga aérea se ve seriamente obstaculizado en muchos Estados de la región latinoamericana por a) la insuficiencia de las instalaciones de manejo en tierra para la carga aérea,

incluso almacenes para depósito y trámites aduaneros y maquinaria para levantar y mover la carga; b) reglamentos de importación y exportación en extremo complicados y restrictivos; y c) procedimientos ineficaces para el despacho de la carga. Para rectificar esta situación los Estados interesados podrían disponer que se realicen estudios de sus instalaciones para el manejo de la carga y pedir a sus comités nacionales de facilitación que estudien y hagan recomendaciones sobre la aplicación del Anexo 9 del Convenio de Chicago y problemas especiales de facilitación relacionados con la carga.

Como ustedes pueden notar, existen muchos obstáculos para obtener un óptimo desarrollo del transporte de carga aérea en la región latinoamericana, y deben por tanto los países preocuparse por superarlos a fin de lograr un mayor impulso de sus propias economías. Ahora bien, a las conclusiones generales que he mencionado, pueden sumarse las que se obtienen del análisis de las condiciones existentes en mi país. Estas son las siguientes:

1) La Argentina se ha mantenido al margen del progreso que el transporte aéreo de carga ha evidenciado en la región latinoamericana durante los años inmediatamente anteriores.

2) Uno de los más serios obstáculos para un más eficaz progreso de dichos servicios está constituido por los reglamentos de despacho y el sistema general de control aduanero, vigentes en mi país.

3) No se orientó hasta el momento una política tarifaria efectiva, que promoviera el desarrollo de los servicios de carga aérea que parten de mi país, así como una mayor y mejor colocación de nuestros productos a costo inferior en el mercado internacional, la que debería haberse establecido mediante la determinación de valores promocionales en dichos servicios, a fin de lograr los objetivos mencionados.

4) Con excepción de tres aviones Lockheed Constellation que pueden considerarse como aceptables, el resto de la flota aérea argentina es inadecuada para los servicios de carga aérea, por cuanto los "jets" de Aerolíneas Argentinas no disponen de bodega, los aviones DC-6 de la empresa Austral —que realiza transporte interno y regional— son utilizados exclusivamente en servicios de pasajeros, y las demás aeronaves son anticuadas y de costo operativo antieconómico (DC-3, DC-4, C-46, etc.).

5) Con motivo de la autorización de servicios exclusivos de carga aérea a las empresas Pan American y Varig, se ha demostrado que existe un mercado potencial susceptible de originar un importante progreso del tráfico de mercancías que parten de mi país.

Por estas razones, la autoridad aeronáutica argentina ha comenzado a poner en ejecución un conjunto de medidas para promover el desarrollo de los servicios de carga aérea, ante los demás organismos competentes del Estado, así por ejemplo: a) simplificación de los documentos correspondientes al despacho de carga general que entra y sale del país; b) establecer lo que se conoce bajo el nombre de "aduana integral" para controlar el tráfico de carga aérea, mediante la reunión en los aeropuertos internacionales de dos aspectos que actualmente se hallan separados: las funciones de control aduanero y los lugares de almacenamiento y depósitos, en tanto que aquéllas se efectúan en los mismos aeropuertos, éstas se centralizan en las oficinas de la Dirección Nacional de Aduanas, con la consiguiente pérdida de tiempo y gastos, c) remodelar los principales aeropuertos internacionales a fin de facilitar el establecimiento de las aduanas integradas y posibilitar los medios que hagan más rápidas y eficaces las operaciones de carga y descarga; d) establecer una política tarifaria clara y decidida en el sentido de determinar tarifas promocionales para el transporte de carga desde mi país, con especial referencia a todos aquellos productos que la Argentina necesita exportar, como carne, frutas, lanas, etc.

Hasta el momento, y precisamente con miras al desarrollo del transporte de carga aérea, la Dirección Nacional de Aviación Civil de mi país ha adoptado dos importantes medidas para promover el mismo. Ellas son:

- 1) La creación de un Subcomité dentro de la Comisión Interministerial Permanente para la Facilitación del Transporte Aéreo Internacional (Comisión FAL), para que un sector especial de esta última se encargue directamente de obtener todas aquellas facilidades que tienden a incrementar esta clase de transporte.
- 2) Todas las restricciones que estaban en vigencia para las empresas extranjeras respecto del transporte de carga aérea fueron anuladas por Disposición Nº 60 del año 1965 del Director Nacional de Aviación Civil, en lo que concierne al tráfico que esas empresas efectúan hacia y desde mi país.

Por ello, la autoridad aeronáutica de mi patria espera un rápido acrecentamiento del transporte de carga aérea respecto de la Argentina, lo que, por otra parte, representa una importante posibilidad de éxito comercial para todas las empresas extranjeras que operan servicios internacionales en la Argentina.

V. Otro importante aspecto dentro del transporte aéreo internacional son los convenios entre las empresas transportadoras. En este sentido, la autoridad aeronáutica ha considerado siempre de modo favorable —y lo continuará considerando de esta manera— cualquier acuerdo

de Aerolíneas Argentinas que intente reducir los costos operativos, sistematizar y perfeccionar los servicios, ocupar la mano de obra o los equipos disponibles, siempre que dichos convenios no desnaturalicen las relaciones aerocomerciales que se originan en los convenios bilaterales de aeronavegación firmados por la Argentina, y los derechos de tráfico respectivos. Así, por ejemplo, Aerolíneas Argentinas mantiene actualmente convenios de "pool" con Iberia y Alitalia.

VI. En cuanto a las normas jurídicas que rigen la política aeronáutica de mi país, debo mencionar en primer término el Decreto-Ley Nº 12.507 del año 1956, cuya importancia está dada por el hecho de que vino a modificar el sistema de monopolio estatal que imperaba desde 1949 en materia de transporte aéreo, permitiendo así la constitución de empresas de capital privado tanto para los servicios internacionales como para los internos. Con respecto al transporte aéreo internacional, dice el art. 5º de dicho Decreto-Ley: "El Gobierno Federal continuará asegurando la vinculación aérea comercial del país con los demás países del mundo, mediante la celebración de convenios bilaterales o autorizaciones a empresas extranjeras, sobre la base del régimen más conveniente para los intereses generales de la Nación. El Gobierno prestará su decidido apoyo a los estudios que se efectúen bajo el auspicio de la Organización de Aviación Civil Internacional para lograr un acuerdo multilateral que regule en forma satisfactoria los servicios aéreos internacionales".

Como ustedes pueden apreciar, esta disposición legal constituye la base fundamental de carácter legislativo en que se apoya toda la estructura actual de la política aeronáutica argentina en materia de servicios aéreos internacionales, y responde asimismo a los intereses generales del país. Esta norma, a su vez, es complementada por las disposiciones de los distintos acuerdos bilaterales de transporte aéreo, por el Código Aeronáutico de 1954 y por varios Decretos posteriores del Poder Ejecutivo.

Señores: ojalá haya podido transmitir a ustedes en toda su proyección los principios argentinos en materia de política aerocomercial internacional. De todos modos, quiero agradecer al Señor Decano, al Señor Director General de Transportes, al Señor Embajador argentino y a todos los presentes, la atención que me dispensaron, que valgo en grado superlativo, y si aquel deseo se ha cumplido me sentiré satisfecho, no tanto por una razón personal, sino porque entiendo haber contribuido, en la medida de mis posibilidades, a un mayor acercamiento entre el pueblo argentino y el pueblo libanés, por medio de esta apasionante actividad que es el derecho aeronáutico y la aviación civil.

Vengo de la lejana República Argentina, donde se han radicado desde hace muchos años, una gran cantidad de familias de origen libanés, y lo cierto es que no me siento lejos de mi patria, porque he encon-

trado y he visto aquí los mismos nobles sentimientos de comprensión y amistad, las mismas dotes de inteligencia, la misma admirable capacidad de trabajo que, en la Argentina, han puesto de manifiesto los libaneses allí radicados, con lo que han contribuido y contribuyen, decisivamente, al progreso material y a la grandeza espiritual de mi país.

Aprovecho esta ocasión para formular sinceros votos por el cada vez mayor fortalecimiento de la amistad argentino-libanesa, y por el permanente intercambio científico y cultural entre la Universidad Nacional Libanesa y las Universidades argentinas.

Señores: por recibirme tan gentilmente en esta magnífica Casa de Estudios y por proporcionarme esta honrosísima invitación para exponer ante ustedes un tema de mi querida especialidad, otra vez y muy sinceramente: muchas gracias.

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

ARMANDO DAVID MACHERA

Profesor Adjunto a cargo de Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social

I. PROPÓSITO

El tema que nos proponemos desarrollar —derecho colectivo del trabajo— se presta obviamente a amplios desenvolvimientos con la pretensión de agotar las múltiples y por cierto a menudo espinosas dificultades que su problemática actual presenta. Empero, nuestro empeño es mucho más modesto. Nos proponemos únicamente una finalidad docente: ofrecer una explicación lo más clara y sintética que nos sea posible de algunos de los más importantes aspectos que el respectivo punto del programa de la asignatura Derecho del Trabajo y de la Previsión Social suele ofrecer a los estudiantes que la preparan. Recogemos así una inquietud que, en la medida de nuestras posibilidades, trataremos de satisfacer. Dada la naturaleza del tema, aquí sólo afrontaremos los primeros aspectos que suelen ofrecer las dificultades señaladas, en especial en cuanto atañe a los primeros puntos de la respectiva botella del programa recordado. De lo contrario, este trabajo asumirá una extensión que no se aviene con el carácter de la publicación. Tenemos el propósito de continuar el desarrollo del tema con igual finalidad en publicaciones posteriores.

II. CONCEPTO DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

La simple observación en la realidad social, en los hechos, de la forma en que normalmente se aradan las relaciones en el campo del trabajo prestado por cuenta ajena, en forma subordinada o dependiente, de inmediato nos revela que ellas reconocen origen entre dos sujetos (o partes) que por su propia naturaleza podemos denominar "individuales" ya, en cambio, entre dos sujetos (o partes) que también por su naturaleza asumen un carácter "colectivo". Así sucede, en efecto, si un trabajador concierde un contrato de trabajo en general o, a través de las denominadas "reglamentaciones profesionales", distintas formas o modes-

idades del o de los contratos individuales de trabajo. Pudimos ver al estudiarlos que la relación en el caso se anudaba entre esos dos sujetos que en lo sucesivo denominaremos en sentido lato partes, por lo menos en cuanto atañe a la parte "trabajador", en tanto eran personas "individuales". Decimos en lo que atañe a la parte "trabajador" porque, en lo que hace a la otra parte de la relación —el "empleador"— hemos podido constatar que muy a menudo se presenta asumiendo el carácter de un ente "colectivo", tal es el caso, frecuente en la realidad social contemporánea, de la "empresa". Pero, de todos modos, la relación asume en tal situación un carácter individual, poniendo el acento únicamente en los entes intervinientes (por lo menos en cuanto a la parte "trabajador"), sin que por lo demás lo allí acordado exceda normalmente del interés "individual" de los mismos. En esos casos, pues, la relación establecida contempla en principio solamente el interés "individual" de las partes que la anudan aunque, como veremos, también puede darse el caso de una proyección o incidencia de ese acuerdo individual en el campo del interés "colectivo". Para comprenderlo basta pensar que, aún anudada en esa forma la relación, no deja de ser una realidad que tanto ese trabajador como ese empleador, que la establecen como entes individuales, no dejan de integrar también siempre un determinado sector de la vida económico social respectiva: en efecto, tanto uno como otro son a su vez partes, *partes*, o integran una "actividad", o rama de actividad determinadas. "Están" en la actividad económico social que, por ejemplo, se refiere al comercio, o a la industria, o a la construcción, o a la metalurgia, etc. Desde otro punto de vista, ese "trabajador" integra a su vez un sector cuantitativamente indeterminado (todos los días ingresan al sector respectivo, o se jubilan, retiran, mueren, cambian de actividad, etc. un número indeterminado de trabajadores). De allí que se pueda concluir que, aún establecida la relación en forma "individual" siempre habrá de modo más o menos inmediato o indirecto una "incidencia" en lo "colectivo", en el respectivo sector a que pertenece cada una de las personas —trabajador, empleador—.

Pero, de todos modos, anudada la relación en la forma señalada, entre "entes partes" individuales, puede constarse que en esa "unión" la misma asume carácter "individual": mira o pone el acento únicamente en los dos entes intervinientes sin que, en principio y salvo la señalada incidencia, lo acordado exceda del interés individual de los mismos. Normalmente sucede así en todo ese aspecto del programa de nuestra signatura que se ocupa del contrato de trabajo en todas las formas que hemos señalado. Y ello, como también destacamos, con precisión del posible carácter colectivo que pudiera asumir el empleador en cuanto a la naturaleza del ente respectivo (por ejemplo, "una empresa") porque, lo acordado y regulado en el respectivo "contrato" normalmente no excede del ámbito personal, del interés "individual" de quienes lo celebran.

Pero también puede suceder en la realidad de que se ocupa nuestra asignatura que las relaciones se establezcan de otra manera, que las partes, por lo menos del lado "trabajador", asuman un carácter diferente: en lugar del trabajador, actuando como persona individual, puede intervenir, por ejemplo, una organización o asociación de los mismos. Tal es hoy el caso corriente. Hoy, en gran medida, aquellas relaciones también se arradan, cada vez más, por los trabajadores organizados, actuando como un ente colectivo —una asociación, un "grupo" de los mismos, por ejemplo: una coalición, el "personal de la empresa",— el grupo actúa en tal hipótesis como una "unidad". La relación, en estos casos, asume así un carácter "colectivo".

Además, como adelantáramos, cuando el trabajador y el empleador conciertan un contrato individual de trabajo nos encontramos frente a una situación en la cual, en principio, sólo queda comprometido el "interés" de ambos contratantes. Pero ahora estamos en otro campo: en esta rama de nuestra asignatura cuyo examen emprendemos hemos de constatar la posibilidad de que la relación, establecida normalmente por partes "colectivas", tiene en mira el interés también "colectivo" de todo un "grupo", que por lo general es cuantitativa o numéricamente indeterminada de personas, pero en cuya estructuración y actuación observamos una "unidad" de dirección, diríamos que nos hallamos ante la expresión de una voluntad "colectiva" que decide, también unitariamente, la conducta grupal. No se trata en tal caso, en principio, de la protección del interés de "un" trabajador determinado sino, en cambio, del interés general, "colectivo", de todos aquellos trabajadores que puedan encontrarse comprendidos en ese determinado "grupo".

En el primer supuesto —relación individual— se dan pues, normalmente, dos circunstancias: actúa, por lo menos en lo que hace al "trabajador", un ente como parte individual y, además, el "interés" comprometido asume igualmente carácter individual, o sea que en principio no excede sino el de ese trabajador determinado que aparece como titular del interés respectivo y actúa como parte. En el segundo supuesto —relación colectiva— actúa normalmente del lado del "grupo" de los trabajadores comprometidos un ente representativo de aquéllos y, además, está en juego el interés grupal, "colectivo" de todos aquellos que lo integran o puedan llegar a integrarlo. Por lo general y como parece obvio también normalmente ambos elementos —parte colectiva e interés colectivo— coinciden en la hipótesis. Si actúa el órgano representativo de esa colectividad es normalmente porque está en juego el interés colectivo de quienes lo integran o puedan llegar a integrarlo.

Del derecho colectivo del trabajo podemos pues decir ya que, es una rama del Derecho del Trabajo que se ocupa de las relaciones colectivas que atañen al campo que interesa a dicha asignatura y que reco-

noce, por lo tanto, la existencia de determinados "grupos" sociales o sociológicos que, por serlo, necesariamente asumen carácter colectivo.

Efectivamente: es en el reconocimiento de la existencia, de la necesidad y de la utilidad de estos grupos sociales en que se funda el derecho colectivo del trabajo.

¿Qué quiere decir esto? Y, ante todo: ¿qué significado damos a la expresión "grupos" sociales o sociológicos? ¿Qué quiere connotar la doctrina de nuestra materia cuando alude a ellos?

De la Cueva, por ejemplo,¹ tras sostener que el derecho colectivo del trabajo descansa en un principio distinto al Individualismo Sociológico y no es una simple especulación jurídica, sino "la floración de una nueva Escuela Sociológica" y afirmar que aquel individualismo "no pudo alcanzar el concepto de vida social, ni el de Sociedad, ni el de Nación, porque no pudo atribuirles realidad", desarrolla su pensamiento así: "la segunda concepción sociológica parte de Aristóteles: el excelso estagirita afirmó que el hombre no podía vivir fuera de la Sociedad; de donde debe concluirse en la existencia de dos realidades sociológicas, el hombre y los grupos sociales. El autor de *La Política* señaló tres grupos sociales, la familia, la tribu y la Polis, porque eran las que tenían realidad en su tiempo; pero en el devenir de los siglos se han formado otros y algunos han desaparecido; la Edad Media vio crecer a los estamentos y a las Corporaciones y el siglo XIX a la asociación profesional y a los anárquicos partidos políticos. La idea de Nación, quebrantada por el individualismo, fue salvada por la Polis aristotélica; y la Nación no es la simple suma de individuos, sino la unidad de los hombres y de los grupos sociales". Así, el derecho colectivo del trabajo... "es el derecho de los grupos formados por los trabajadores... está inspirado en la existencia de los grupos sociales y es, en consecuencia, un haz de garantías en defensa de estos grupos obreros... Reconoce y asegura la existencia de los grupos sociales y la posibilidad de su organización; reclama, en seguida, la garantía de independencia de las asociaciones de trabajadores frente al Estado, precisamente porque protege a grupos humanos naturales, cuya existencia no deriva ni depende del Estado; busca después la armonía en los intereses de los diferentes grupos por medio del contrato colectivo y otorga a los trabajadores la posibilidad de recurrir a la lucha cuando no puede alcanzarse pacíficamente el progreso de la clase obrera; finalmente, participa en la vida del Estado, estructurando diversas instituciones". Todo lo cual lo lleva a denominar el respectivo capítulo de su obra donde vierte tales conceptos: "El derecho colectivo del trabajo es un derecho de grupos sociales".

Son pues en el pensamiento de De la Cueva "grupos humanos naturales" —al igual que la familia, la tribu y la Polis—, "cuya exis-

¹ MARIO DE LA CUEVA, "Derecho Mexicano del Trabajo". Editorial Porrúa, S. A. México, 1949, Tomo II, pág. 172.

tencia no deriva ni depende del Estado". Parece coincidir así, curiosamente, con las enseñanzas de las Encíclicas Papales. Las mismas, en efecto, tras reconocer en la "persona humana" la entidad primera a partir de la cual todas las demás deben prepararse, la piedra básica, la llave del arco del sistema, según autorizada doctrina, sostiene igualmente: "Pero la persona se realiza por sus contactos con los demás. Los demás forman comunidades que se encontrarán en numerosas escalas. Yendo de las más estrechas a las más amplias, considera a la familia la base del edificio social; por encima de las familias las comunidades de trabajo o profesionales; y en la cima, las comunidades políticas".³

Ahora bien: estos "grupos naturales", o fundados en el derecho natural, nada tienen que ver con ciertas concepciones institucionalistas de la escuela francesa de Hauriou y Renard. Son más bien "puro hecho social" que "tipificación formal de ese hecho". En consecuencia, como señala Pérez Botija,⁴ estamos, especialmente frente al Sindicato —ente básico, protagonista principal del derecho colectivo del trabajo—, ante un "grupo sociológico sui generis". "Además de reunir las circunstancias generales, que lo acomodan dentro de la teoría general de los grupos sociales, el Sindicato ofrece peculiaridades, que lo individualizan, por su génesis, por los propósitos que persigue, por sus relaciones con los individuos que lo componen, etc. Si el hecho social Sindicato nace por la división del trabajo, no es sólo esta división en cuanto acto técnico la que lo determina. Es preciso, además, homogeneidad de vida en los grupos de personas que han sido diferenciados por el pluralismo laboral. Es preciso también, cierta analogía de intereses y, que las personas de cada grupo adquieran conciencia de esa situación. El Sindicato no es, a este respecto, un acontecer espontáneo, sino acto más bien reflexivo. Los hombres que se sindicán, persiguen deliberadamente un fin: proteger sus intereses por una auto-protección, impulsada únicamente por los titulares de dichos intereses y no por terceros".⁴ Estas consideraciones, referidas al sindicato, podemos extenderlas a cualquier otro ente de los trabajadores —coalicción, personal del establecimiento o empresa, etc.—, que de parte de los mismos actúe como una unidad.

En la base, pues, del derecho colectivo del trabajo, nos encontramos con la existencia de estos grupos sociales que reconoce la moderna sociología, grupos sociológicos pues que, en atención a su raíz-génesis y naturaleza sociológica han merecido, por lo menos en cuanto

³ HENRI GUYTON, "Encíclicas y Mensajes Papales", La Ley S. A., Editora. Buenos Aires, 1964, pág. 23.

⁴ EUGENIO PÉREZ BOTIJA, "Curso de Derecho del Trabajo", Ed. Tecnos S. A., Madrid, 1948, pág. 365, núm. 371.

⁵ EUGENIO PÉREZ BOTIJA, *Opus*, cit., pág. 365.

al sindicato, la calificación de "grupos sociológicos sui generis", siendo sociológicamente "la leva y destino a unidad del hombre (ser). Así como la empresa es la aglutinante profesional, le congrega técnica y económicamente, aquí le congrega política y socialmente".²

Adelantamos, pues, como una primera idea a propósito del derecho colectivo del trabajo que nos encontramos frente a este derecho cuando pasamos del campo de las relaciones individuales al de las relaciones colectivas, que es un derecho de los grupos sociales de naturaleza sociológica, grupos integrados por los "trabajadores" en tanto éstos son sujetos de nuestra disciplina y en tanto tales grupos actúan como una unidad.

III. DEFINICIONES

Para De La Cueva³ "El Derecho colectivo del trabajo es la norma que reglamenta la formación y funciones de las asociaciones profesionales de trabajadores y patronos, sus relaciones, su posición frente al Estado y los conflictos colectivos de trabajo".

También Krotoschin, quien prefiere hablar de derecho colectivo del trabajo y no de derecho sindical, nos da un concepto del mismo.⁴ Tras señalar que hay grandes ramas de nuestra materia cuyo centro es el trabajador individual, recuerda que... "Todas esas disciplinas no regulan las relaciones del trabajador con sus compañeros, o con la profesión o con la empresa (industria) en su conjunto, ni las relaciones de los trabajadores como grupo de los patronos y los poderes públicos (las "relaciones de trabajo" en el sentido del derecho estadounidense)." Agregando: "Estamos, pues en presencia del derecho colectivo del trabajo cuando no se tienen en cuenta, directamente, al trabajador individual sino a la agrupación, a la unión, organizada o no (pero de todos modos actuando como una unidad), a sus convenciones, sus conflictos, etc. Sólo del lado del patrono es posible que también un solo patrono sea sujeto del derecho colectivo porque para el carácter colectivo es decisivo siempre el lado obrero. Como ocurre con todo el derecho del trabajo, también el derecho colectivo toma su nombre y su esencia únicamente del lado de los trabajadores en cuyo interés ese derecho existe, principalmente".

También Kaskel-Dersch lo denominan derecho colectivo y se ocupan de él antes de tratar la relación individual de trabajo siguiendo así un método distinto al que inspira al programa de nuestra asignatura.

² EUGENIO PEREZ BOTIJA, *opus. cit.*, pág. 361, N° 375.

³ MARIO DE LA CUEVA, *opus. cit.*, T. II, pág. 234.

⁴ ERNESTO KROTOSCHIN, "Cuestiones Fundamentales de Derecho Colectivo del Trabajo", Edt. Ferros, St. Aires, 1937, pág. 11.

"El contrato de tarifa, el de las asociaciones profesionales y el de la conciliación son las tres columnas del derecho colectivo del trabajo".⁹ En la parte quinta de esa obra, capítulo denominado "Derecho Organizador del Trabajo" desarrollan cumplidamente lo que denominan "La idea colectiva, que caracteriza la evolución del derecho laboral moderno" y que encuentra su expresión, desde el punto de vista personal, en uniones de empleadores y otras de trabajadores: "En estas asociaciones está la clave de la evolución dinámica del derecho colectivo del trabajo en general. Sólo sobre esta base era posible el desenvolvimiento de la idea del contrato de tarifa y el sistema de los consejos de empresa... El conjunto de las normas jurídicas que concierne a esas uniones de empleadores y de trabajadores, sea en el plano de la empresa o en un plano más extenso, sea que fueran voluntarias o legalmente prescritas, forma el derecho organizador del trabajo; se divide en dos partes: por un lado el derecho de las asociaciones profesionales y, por otro lado el derecho de la constitución (organización social) de la empresa, concretado principalmente en el sistema de los consejos de empresa".

Otros autores de los que sólo citaré entre otros a Deveali,¹⁰ Nápoli,¹¹ Pérez Botija,¹² Gallart Folch,¹³ Cabanellas,¹⁴ se deciden por la denominación de "Derecho Sindical", centrando sus definiciones en torno al ente "sindicato" que para el caso podemos admitir como equivalente a la expresión asociación profesional de trabajadores.

Así, por ejemplo, Deveali lo define "como la parte del derecho del trabajo que estudia las asociaciones profesionales y su actuación en el campo del trabajo"; en tanto Nápoli admite del concepto dos acepciones: una amplia "en orden a la cual el Derecho Sindical sería el conjunto de principios y normas que regulan la formación y el funcionamiento y las relaciones colectivas de las asociaciones profesionales con los empleadores y empleados, así como las relaciones entre ellos con el Estado a los efectos de la protección y tutela del trabajo, y otra restringida a tenor de la cual aquél sería el derecho subjetivo de los trabajadores a gozar de los beneficios derivados (del mismo)...".

⁹ KASKEL-DEBSCH, "Derecho del Trabajo", Roque De Palma Ed., Bs. As., 1961, págs. 78, 1 y pág. 469.

¹⁰ MARIO L. DEVEALI, "Derecho Sindical y de la Previsión Social", 3ª edic., pág. 12 y sigs.

¹¹ RODOLFO A. NAPOLI, "Manual del Derecho Sindical" Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 11 y sigs.

¹² PEREZ BOTIJA EUGENIO, op. cit., pág. 358, Nº 273.

¹³ GALLART FOLCH, "Derecho Español del Trabajo", Edt. Labor S. A., 1936, pág. 125 y sigs.

¹⁴ GUILLERMO CABANELLAS, "Derecho Sindical y Corporativo", Edt. Anaya, pág. 143.

Merced destacarse que, Pérez Botija se ocupa de los "Criterios para definir el Derecho Sindical", expresando que aún considerándolo como parte de nuestra disciplina, su significado auténtico puede precisarse desde tres puntos de vista: 1) En sentido *subjetivo*, o sea como el derecho a sindicarse o ejercicio del derecho de asociación profesional. En este sentido el "Derecho sindical sería, pues, el poder de constituir uniones o federaciones y aún el ejercicio de cualquier facultad sindical, por ej.: el designar representantes en Cortes, hacer peticiones a la Inspección del Trabajo . . . , etc."; 2) En un sentido *afectivo u orgánico*, consistiría en el "ordenamiento estructural de los sindicatos, en donde se determinan sus modos de organizarse, sus competencias o atribuciones, jurídicamente reconocidas, sus formas legales de actuar"; sentido éste que, según el mencionado autor, es el que asigna la O.I.T. a través de su conocida obra "Liberté Syndicale" y 3) En sentido *dinámico funcional* que se refiere al complejo de normas *survintivas* que emanan de estos grupos sociales, o sea, frente a la concepción de un derecho social como surgido directamente de la sociedad (según la concepción de "derecho social" esbozada por Gurvitch), el derecho sindical podría considerarse como "el conjunto de preceptos laborales o extra laborales que estatuyen jurídica o fácticamente los sindicatos." Finalmente, su pensamiento en cuanto al alcance asignado a la expresión "Derecho Sindical" queda precluido claramente cuando, cerrando el respectivo párrafo expresa: "El concepto del Derecho Sindical, aún en este triple planteamiento, dependerá de una noción previa y polémica que es, en suma, la del instituto que lo informa (el Sindicato), ya como fin, ya como objeto, ya como generador, en cada una de las tres interpretaciones". En fin: como puede observarse el núcleo de esta concepción del derecho sindical es, obviamente, el Sindicato, la asociación profesional, y no otra resulta ser en definitiva, según señaláramos, las ya consideradas de Devall y de Népoli.

IV. DENOMINACIÓN ADECUADA

Hemos visto que la denominación "derecho sindical", a través de las concepciones doctrinarias sumariamente expuestas, centran el contenido de esta rama de nuestra materia en el sindicato, resultando por ende insuficientes y limitadas para connotar su verdadera naturaleza y contenido. Según quedó ya precluido, la idea de un derecho colectivo del trabajo está vinculada a la de *grupos sociales* y en él se tiene principalmente en cuenta no al trabajador individual sino al "grupo" social —unión, organizada o no— *en tanto actúa como unidad*. Más adelante examinaremos varias formas de esta posible configuración en instituciones del derecho colectivo del trabajo —coalición, participación del "personal de la empresa" en distintos aspectos de la misma, etc.—, de donde cabe admitir que en estas últimas hipótesis estamos frente a relaciones colectivas, a instituciones que miran al "interés profesional

colectivo", pese a no darse necesariamente la existencia del ente sindicato o asociación profesional de trabajadoras.

Por otra parte, la crítica que se ha hecho a la denominación de derecho colectivo del trabajo no nos parece fundada. Entre nosotros, por ejemplo, Devesali²⁴ no la encuentra conveniente "... ya que la parte del derecho contrapuesta, debería lógicamente denominarse, "derecho individual", creando así confusión con el concepto de "derecho subjetivo". Por otra parte, es obvio que todo derecho es colectivo por emanar de y dirigirse a la colectividad..." Y bien: las denominaciones científicas en general y las jurídicas en particular, en especial las que se refieren a una ciencia o rama de las mismas, tienen un valor diríamos convencional que nace del uso comúnmente aceptado por la doctrina: por ejemplo, el derecho Penal no es sólo el que se ocupa de "penas", ni el derecho Comercial se ocupa sólo del "comercio", etc.

Desde otro punto de vista, quien se adentre en el estudio de este aspecto del Derecho del Trabajo que nos ocupa, tras haber agotado la consideración de sus aspectos individuales, no puede incurrir en la "confusión" que Devesali anuncia; ello aparte de que el concepto del "derecho subjetivo" se presta a connotaciones que no se limitan a las señaladas por el citado autor. Es cierto que en definitiva el Derecho se dá en la vida de relación, lo que supone vida social,— prescindiendo de que "emane" o se "dirija" a la colectividad,— pero ello no quita que aquí, la significación de "colectivo" se vincule directamente a la existencia de entes o instituciones de naturaleza "colectiva", reconocidas la existencia de intereses "colectivos" que adquieren especial relevancia jurídico-sociológica y, por ende, plantean el problema de la necesaria instrumentación jurídica para su sustento. Todo ello, unido a las consideraciones ya expuestas en torno a la posibilidad de actuación v.gr. del "personal de la empresa", si bien actuando como una "unidad", quita verdadera fundamentación a la crítica que nos ocupa, decidiéndonos a mantener la conveniencia de la denominación de derecho colectivo del trabajo, tanto más cuando es posible que exista relación colectiva sin que necesariamente actúe un "sindicato".

V. AUTONOMÍA

Mucho habría que decir a propósito del concepto de autonomía de una disciplina jurídica. Por lo pronto, cabe hablar de autonomía científica, didáctica o docente y legislativa. Pues bien: desde el punto de vista didáctico o docente se ha señalado con acierto que la enseñanza de un Derecho Sindical y Cooperativo en Italia durante la vigencia del

²⁴ Op. cit., página 12.

régimen fascista, en cátedras a él dedicadas exclusivamente, o también la existencia posible de cátedras universitarias que se limitaran exclusivamente al estudio de este derecho colectivo del trabajo, en nada hace al verdadero problema que interesa, o sea, el de su autonomía científica. Razones de pura conveniencia docente, administrativa, etc. pueden explicar la separación en dos o más ramas o partes de una asignatura de la llamada Enciclopedia Jurídica sin que afecte la unidad científica de la misma. Lo mismo cabe decir de la así llamada "autonomía legislativa", en el sentido de la también posible existencia ya de cuerpos (comisiones) de las legislaturas o parlamentos que, por razones de división de trabajo, se ocuparan especial o preferentemente de la legislación en materia sindical o de derecho colectivo del trabajo, o ya se la entienda por un ordenamiento legislativo particular o específico que se ocupara exclusivamente del mismo.

Lo que importa, repetimos, es la autonomía científica: que la rama o parte en cuestión posea sus propios principios o fundamentos y pueda lograrse su cabal comprensión con independencia de otras ramas de la denominada Enciclopedia Jurídica. También se ha sostenido por Devesali que el principal argumento en favor de la autonomía del derecho por él denominado sindical estriba en que éste se mueve de más en más en el campo del derecho público, en tanto que el resto de la asignatura —que denomina Derecho del Trabajo en sentido estricto— lo hace en el marco del derecho privado. Ahora bien: aún de ser exacta la afirmación —materia cuestionable que divide a la doctrina—, lo cierto es que tampoco fundaría la pretendida autonomía, toda vez que para el común sentir de la doctrina el Derecho del Trabajo comprende también normas de derecho público (v. gr.; la rama llamada Derecho Administrativo del Trabajo).

Por lo demás ¿podríamos emprender el estudio de este derecho colectivo del trabajo sin tener conocimiento cabal de los principios e instituciones básicos del resto de la asignatura y del llamado derecho "individual" del trabajo? ¿Cómo, por ejemplo, podríamos entender el significado de "asociación profesional de trabajadores" sin el conocimiento de la significación del concepto "trabajador"? Los ejemplos, obvios, podrían multiplicarse, pero la evidencia de la afirmación releva de mayores desarrollos. Y, a la inversa, ¿podríamos tener un conocimiento cabal del derecho del trabajo sin conocer las instituciones del derecho colectivo, sin conocer, por ejemplo, qué es una convención colectiva, un conflicto colectivo, una huelga? También parece obvia la respuesta. En ambos supuestos el Derecho del Trabajo quedaría mutilado e incompleto, sólo nos mostraría una visión insuficiente y parcializada, resultado de la mutilación. La pretendida autonomía no va más allá, en consecuencia, que la que corresponde a una rama o capítulo de una asignatura de la Enciclopedia Jurídica a la que por su formación tradicional y por su intrínseca naturaleza pertenece.

VI. PARTES O SUJETOS

Tradicionalmente la expresión "partes" parece tener un sentido procesal. Escríbse, en su famoso "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" define el término de la siguiente manera: "Cualquiera de los litigantes, sea el demandante o demandado. Mostrarse parte es presentar una persona pedimento al Tribunal para que se le entregue el expediente y pedir en su vista lo que le convenga". La expresión sujeto, en cambio, por lo menos para la doctrina de Derecho Civil, aparece generalmente vinculada a la de "relación jurídica": " Toda relación jurídica tiene un sujeto llamado persona, el cual puede faltar temporalmente. La persona puede ser individual o colectiva; por lo general es determinada; pero a veces es indeterminada o determinable. . . " ¹³ Brugi entiende por relación jurídica "una relación de la vida real regulada en todo o en parte por el derecho. . . Basta que una relación de éstas en cualquier aspecto . . . esté afectada por normas de Derecho para que entre a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. . . " ¹⁴ En consecuencia, toda vez que hemos hablado del derecho colectivo como aquel que se ocupa de las relaciones colectivas parece que no habría óbáculo en admitir aquí la denominación de sujetos para los titulares de tales relaciones. Empero, este autor agrega a continuación de lo transcrito " . . . de su carácter jurídico dimana que puede hacerse valer coactivamente la relación o que al menos tenga eficacia jurídica indirecta. Todo derecho subjetivo, esto es, toda pretensión tutelada por el derecho objetivo, se enlaza naturalmente, como con su causa, con una relación jurídica" . . . La aceptación de tales expresiones, aunque referidas al Derecho Civil, nos conduciría a la "confusión" pretendida por Devesali (véase apartado IV) y nos está indicando la conveniencia de desestimar esta expresión de "sujetos" en el campo del derecho colectivo, aparte las consideraciones que hemos adelantado ya.

Además existen otras serias razones para decidimos por la expresión "partes" en reemplazo de la de sujetos. Recurramos, por lo pronto, a las acepciones que el mismo lenguaje asigna al vocablo "parte" (del latín "pars", "partis"): ". . . //7. cada uno de los ejércitos, secta, banderías, etc., que se oponen, luchan o contienden. . . //8. cada una de las personas que contratan entre sí o que tienen participación o interés en un mismo negocio. . . //9. cada una de las personas de los grupos de ellas que contienden, discuten o dialogan. . . //15. For. *Litigante* (que litiga)" (Diccionario de la Lengua Española. — Real Academia Española— Madrid 1956) Si recordamos lo desarrollado hasta aquí y el concepto que hemos admitido de derecho colectivo del trabajo parecemos obvio que estas comunes acepciones —especialmente la 7. y 9.— se

¹³ BRUGI, BIAGIO "Instituciones del Derecho Civil", Edn. Hispano Americana, México, pág. 47.

¹⁴ BRUGI, BIAGIO, op. cit., páginas 45.

adaptan perfectamente a la idea de los protagonistas de este campo del derecho colectivo del trabajo.

Por lo demás, como expresamos al comienzo de este capítulo, la expresión "parte" parece conducir de inmediato, en derecho, al que le asigna un sentido procesal. Por lo tanto, es en esta rama de la Enciclopedia Jurídica donde debemos bucear en procura de la precisión terminológica perseguida.

Carnelutti enseña: "... precisamente porque la correlación entre los dos sujetos (el autor citado se refiere en general a toda relación jurídica)... es más visible cuando el conflicto de intereses aparece en estado de pugna y no de quietud es por lo que en el campo del derecho procesal se tiene ello muy en cuenta, dando a cada uno de los dos sujetos un nombre que alude claramente a tal correlación. Este nombre es el de parte (de un todo, es decir, de una pareja - infra nº 120)... Esa denominación es, por otro lado, común también al derecho contractual, en que el conflicto aún cuando no se encuentre en situación de pugna, se halla, sin embargo, en estado dinámico"¹⁷. Y más adelante, precisando su pensamiento expresa que "... al ser un conflicto intersubjetivo de intereses, el litigio no puede surgir sin dos sujetos distintos. Precisamente porque el conflicto de intereses, trascendente para el derecho, tiene dos sujetos, cada uno de ellos recibe el nombre de parte; con ello se indica más bien su posición que su individualidad, o sea, que es uno de los dos sujetos del conflicto y, por lo mismo, que forma parte de un todo"¹⁸.

Sin perjuicio de señalar que en el desarrollo de los conceptos señalados Carnelutti llega a conclusiones originales, que en su momento hemos compartido, pero que no interesan aquí para la finalidad que nos hemos propuesto, entendemos que con los párrafos transcritos aparece suficientemente justificada la preferencia que asignamos a la denominación de "parte" en reemplazo de la de "sujeto". Tanto más cuanto que esa designación se aviene mejor a las particularidades de ciertos entes que pueden actuar en este campo, a los que ya aludimos y que escapan a la configuración de "sujeto".

También como adelantáramos en el capítulo IV, es técnicamente posible sostener que cuando el "grupo" social en tanto actúa como unidad —aún sin configurar un sindicato— nos coloca frente al derecho colectivo de trabajo. No será posible un mayor desarrollo de este punto, remitiéndonos, en cuanto al "personal de la empresa", a la doctrina sobre el tema. Frente a la problemática de quien es el titular del derecho de colaboración del lado del personal; si el trabajador individual, el con-

¹⁷ CARNELUTTI, "Sistema de Derecho Procesal Civil", EDEL U.T.E.H.A., Bs. As., T. I., pág. 34 y sigs.

¹⁸ CARNELUTTI, op. cit., T. II, pág. 4 Nº 120.

junto del personal, o el órgano representativo, coincidimos con Krotoschin en cuanto sostiene que, en esa hipótesis, nos encontramos en análoga situación a la que se plantea en Derecho Político, en el sentido de que el titular del "Derecho de colaboración" del personal en la empresa no es cada trabajador individual, pues no se trata de un derecho individual¹⁹. Como sostiene el autor mencionado cuando,— como en el caso de la ley alemana de contrato de tarifas (1949)—, se declaran "normativas" las disposiciones de una convención colectiva relativas a la organización social de la empresa, cabe pensar que cada trabajador no podría reclamar individualmente el derecho a la participación que se ejerce a través del órgano respectivo, y que sólo puede exigirlo "el conjunto del personal". Estamos pues, frente al derecho colectivo del trabajo.

VII. INSTITUCIONES

En nuestra opinión, las principales instituciones del derecho colectivo del trabajo son: a) La libertad sindical; b) la coalición; c) la asociación profesional; d) los conflictos colectivos del trabajo; e) los recursos de acción directa; f) los medios o sistemas de solución de los conflictos colectivos; g) la convención colectiva y h) los acuerdos internos (concordados) de empresa.

a) *Libertad sindical.*

Naturalmente, no es el caso de extendernos aquí, donde sólo intentamos dar conceptos generales sobre el tema, sobre cada una de las instituciones cuyo estudio es objeto detallado en el ordenamiento del programa de estudios de la asignatura. Desde ya nos remitimos a nuestro trabajo "Libertad Sindical a través de la Constitución Nacional y de la Ley 14.455" (véase "Revista Jurídica de Bs. As.", 1963 —especialmente capítulo II) oportunidad en que dimos al tema relativa amplitud dadas sus dificultades, problemática y trascendencia. Diremos, repitiendo lo allí sostenido, que cabe distinguir entre libertad sindical individual y libertad sindical colectiva, o sea, entre la libertad del hombre como integrante de un sector de la colectividad (gremio, categoría profesional) y libertad colectiva (grupo organizado). En el primer aspecto quedarían comprendidas, entre otras, la libertad de fundar o constituir una organización profesional, la de integrarla, la de separarse de la misma, la de intervenir en su vida interna, la de formar parte del cuerpo directivo. En el segundo aspecto —colectivo— quedan comprendidas las libertades del grupo organizado, comprensivas de una serie de libertades básicas: la de darse sus propios estatutos, la de designar sus dirigentes, la de deliberar libremente, la de proveer a su administración y establecer los

¹⁹ ERNESTO KROTOSCHIN, "Tratado Práctico del Derecho del Trabajo", 2ª edic., T. II, Nos. 65 y 66.

servicios que se juzgan útiles para los afiliados, la de poner en actividad los medios instrumentales idóneos con el objeto de lograr sus fines, y, finalmente, la de federarse y confederarse, es decir, la que les permite enlazarse con otras organizaciones constituyendo otras nuevas de segundo y tercer grado. Tales libertades pueden oponerse respectivamente, ante los empleadores y sus organizaciones y ante el Estado.

Aún en sus aspectos individuales la libertad sindical integra el derecho colectivo del trabajo, porque ella es dada a los trabajadores, es para la constitución de los entes colectivos y para la plena efectividad de sus fines. Es para que los trabajadores formen los "grupos" de autotutela respectivos que la libertad sindical individual se reconoce, en principio. Ello parece obvio.

Este trascendente principio "de libertad sindical" según es sabido, ha merecido amplio acogimiento en el orden internacional. Recordar sólo que figura en el Preambulo del Tratado de Versalles, parte XIII, año 1919, donde se menciona, entre los medios susceptibles de mejorar las condiciones de los trabajadores y de asegurar la paz "la afirmación del principio de la libertad sindical" y en el cuerpo de dicho documento se menciona, entre los medios de importancia particular y urgente aplicación "el derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los obreros como para los patronos". "L. a Declaración de Filadelfia" (1944), reafirmativa de los principios fundamentales de la O. I. T., sienta el de que "la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante". En la tercera conferencia de Estados de América (México 1946) se aprueban resoluciones en las que se asigna a la libertad sindical el carácter de uno de los derechos sociales de más significación que deben asegurar los Estados miembros en sus Constituciones y se enuncian en cinco principios los postulados básicos del derecho sindical, concretados en punto a la organización, funcionamiento, disolución, federaciones y garantías en el ejercicio de la acción sindical. En la Declaración de los Principios Sociales de América (Conferencia Interamericana, México 1945) se asienta el "reconocimiento del derecho de asociación para los trabajadores" y en la "Carta Internacional de Garantías Sociales (IX Conferencia Interamericana, Bogotá, 1948), se proclama "el reconocimiento de libre asociación a favor de los trabajadores" y, como derecho del

trabajo, que "nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación". Además, en su XXXª Reunión (1947) la Conferencia de la O. I. T. adopta una resolución sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización y negociación colectiva, en cuyos "considerandos" vuelve a reiterar la solemne obligación de la O. I. T. de fomentar, entre las naciones del mundo programas que permitan alcanzar, entre otras cosas, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva afirmando que "los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos y que, si bien en las moda-

des de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado"; considera, igualmente, que "los niveles de vida, el funcionamiento normal de la economía nacional y la estabilidad social y económica dependen en gran parte de un sistema bien organizado de relaciones industriales, fundado en el reconocimiento de la libertad sindical". Finalmente, conforme a esta Resolución, en la XXXIª Conferencia Internacional del Trabajo de la O.I.T. (1948) se aprueba el convenio Nº 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ratificado por nuestro país por la ley 14.952. Posteriormente el mismo organismo aprueba el convenio Nº 98 (año 1949) sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva también ratificado por la Argentina por Decreto ley 11.594/56. Y en su XXXVª Reunión (año 1952) el mismo organismo sanciona la Resolución sobre "Independencia del Movimiento Sindical" que especialmente se refiere a las relaciones que deben mediar entre el movimiento sindical y los partidos políticos.

Lo más importante que resulta de los antecedentes señalados de la O.I.T. en punto al tema "Libertad Sindical" puede enunciarse así: a) los trabajadores, empleadores y sus organizaciones respectivas, en el ejercicio de los principios reconocidos están, empero, obligados a respetar la legalidad; b) las autoridades públicas deben abstenerse de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal; c) las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción; d) las mismas organizaciones no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa; e) los Estados se reservan la facultad de fijar en su legislación las formalidades más apropiadas para asegurar el funcionamiento normal de las asociaciones profesionales; f) cuando los sindicatos, "atendiéndose a las leyes y costumbres de sus países respectivos y a la voluntad de sus miembros", decidan "establecer relaciones con un partido político o llevar a cabo una acción política conforme a la Constitución para favorecer la realización de sus objetivos económicos y sociales", "estas relaciones o esta acción no deben ser de tal naturaleza que comprometan la continuidad del movimiento sindical o de sus funciones sociales y económicas", o sea, deben preservar, dítamos, su independencia sindical.

No quisiera cerrar este párrafo sin señalar que, a través de uno de los más recientes documentos de la Iglesia ("Constitución Pastoral" *Gaudium et spes* - La Iglesia en el Mundo Contemporáneo, del 7/12/1962), con respecto al "derecho de asociación" se ha expresado que: "Entre los derechos fundamentales de la persona humana se cuenta también el derecho para los trabajadores de fundar libremente asocia-

ciones, que sean verdaderamente representativas y contribuyan a un directo orden de vida económico, así como también se cuenta el de participar con la misma libertad y sin temor a represalias en dichas asociaciones".

b) *Coalición.*

En cuanto a la "coalición" puede afirmarse que es institución histórica y sociológicamente vinculada al nacimiento del derecho colectivo del trabajo. Es el agrupamiento transitorio, temporario de los trabajadores para sustentar una reclamación o tutelar un interés colectivo. Este carácter temporal la distingue de la asociación profesional o sindicato, este de naturaleza permanente. En su génesis aparece al margen de lo lícito —incluso padece de licitud penal, pues su ejercicio, al igual que el de la huelga, es penado como delito—. Genéticamente, pues, coalición y huelga aparecen vinculados y es a través de la primera como se efectiviza la segunda. De la coalición se ha dicho que es "larva sociológica" que, al desarrollarse, háse transformado en el sindicato o asociación profesional.

c) *Asociación profesional o sindicato.*

Es la organización estable, permanente de trabajadores, cuya finalidad estriba en la defensa de sus intereses profesionales; éstos, en principio, son los de carácter "colectivo". Según Renard la expresión "trade-unions" significa "unión de oficios" o "asociación profesional", pero esta acepción, demasiado amplia, pues comprendería tanto a trabajadores como a empleadores, ha sido restringida por el uso y hoy sólo designa una "asociación de asalariados" excluyendo, por lo tanto, a la asociación de empleadores o patronos. Se ha señalado que la expresión "syndicat" es menos precisa; para el autor citado significa la inteligencia entre un cierto número de personas que tienen que hacerse representar por uno o varios síndicos, encargados de defenderlos en su nombre. Para Pérez Botija²⁹, "sindicato" es un término de origen francés, que define tanto a los miembros de las asociaciones (syndics), es decir, dirigentes de aquéllas (syndicats) o miembros sindicados, esto es, sujetos a la disciplina de "syndics".

d) *Conflictos colectivos de trabajo.*

Debemos distinguir terminológica y también conceptualmente tres aspectos: el conflicto, la controversia y los medios de acción directa o luchas abiertas (huelgas, paros, etc.). Estamos frente a un "conflicto" cuando dos partes divergen, disienten, se enfrentan, ya sea a propósito

²⁹ EUGENIO PÉREZ BOTIJA, op. cit., pág. 139, nota 9.

de un derecho (norma jurídica preexistente) que los vincula y afecta y sobre cuyos alcances divergen; ya sea de un interés. Ese conflicto puede permanecer como tal; las partes están entonces en una situación "conflictual", pero puede transformarse en una "controversia" si las partes "en conflicto" someten éste a una instancia (convencional, judicial o administrativa) para que el conflicto se "controvierta" y alcance solución a través de la decisión del órgano respectivo, la que se manifiesta en tal caso en una sentencia, laudo o resolución. También las partes "en conflicto", tras la resolución señalada, o bien sin haber recurrido a la instancia correspondiente para solucionarlo, si deciden recurrir a medidas o medios de "acción directa" para ejercer presión sobre el contrincante y satisfacer su reclamación que ha motivado el conflicto, dan origen a la lucha abierta. En consecuencia, entendemos que, conceptualmente, cabe formular el distingo; de él resulta que puede haber "conflicto" sin controversia y sin medios de acción directa o luchas abiertas, en tanto estas últimas presuponen, como la controversia, la existencia del conflicto.

Al derecho colectivo del trabajo interesan, esencialmente, los "conflictos colectivos de intereses", pero en principio también a él corresponde el estudio de los "conflictos colectivos de derecho". Empero, se ha sostenido que teóricamente el conflicto de derecho, aún colectivo, como puede ser el que se origina a propósito del cumplimiento o interpretación de una convención colectiva, no entraría en el campo de la rama que nos ocupa. Ha sido Krotoschín, en su recordado trabajo "Cuestiones Fundamentales de Derecho Colectivo del Trabajo", quien lo ha destacado expresando que "... Se trata de un conflicto de derecho que, como tal, no reviste particularidades, en comparación con otros conflictos de derecho, y que, por consiguiente, no merecería una atención especial. Como conflicto de derecho debería resolverse judicialmente, por los tribunales ordinarios o especiales del trabajo, donde existieran". Considera el autor citado que, empero, existen razones para no decidirse por esta solución, pues subsiste la tendencia a una decisión "equitativa" de tales conflictos, mediante formas de procedimientos flexibles, que no suelen ser las de tribunales judiciales, con el fin de "hacer justicia objetiva, no influida por el llamado principio de contradicción del proceso". La solución debería buscarse, conforme a esta posición, por otros medios, v. gr., la conciliación o arbitraje voluntario. La cuestión ofrece variados matices de que aquí no podemos ocuparnos, basta recordar, también, la posición de resistencia que suele acusar el movimiento sindical a la intervención judicial en todo cuanto atañe a su vida.

e) *Recursos de acción directa.*

Tocamos aquí un aspecto del derecho colectivo del trabajo, donde se abre una perspectiva nueva: tropezamos con la posibilidad desconocer-

tante de que, en el Estado de derecho contemporáneo —que por definición y naturaleza debe tener la pretensión de que en su ámbito todos los conflictos encuentren debida dilucidación a través del ejercicio normal de acciones, deducidas conforme a regulación jurídica y ante órganos que por su carácter —inamovilidad, especial competencia en derecho, etc.— cierta suerte de conflictos escapen a la regla y, para decidir la solución de los mismos, se reconozca la posibilidad y aún la licitud del empleo de medios instrumentales que en principio parecen extra o metajurídicos. Ello aparece así porque, tomando como ejemplo el recurso típico de acción directa o lucha abierta —la huelga—, no puede menos de reconocerse que en mayor o menor medida siempre importa el uso de cierta "fuerza". Además, contemplándolo desde un punto de vista diríamos "individual", no es menos cierto que, estrictamente, cuando un trabajador suspende su trabajo para efectivizar una huelga —y sin ésta suspensión no podría efectivizarse— aparece como "incumpliendo" el propio contrato individual de trabajo que lo vincula y que le impone, como relación jurídica, esa prestación de trabajo. La dificultad es sería. Ello ha conducido a sostener que el propósito del trabajador cuando va a la huelga no es el de poner fin al contrato, sino el de mejorarlo, pero, de todos modos, no puede desconocerse que lo incumple. Se ha dicho que, cuando las condiciones son tales que el cumplimiento del contrato individual de trabajo se torna injusto, como es el caso que puede darse del cambio operado en las condiciones en que fue pactado —aumento del costo de la vida, baja de salarios, etc.— existe una razón de "derecho natural" para sustentar una reclamación tendiente a mejorar esa situación "injusta" y, por consiguiente, a suspender la prestación que ha asumido ese carácter. No entraré aquí en la discusión de la problemática que tal posición supone toda vez que ello nos llevaría demasiado lejos y excedería el marco de este trabajo. Pero hoy no parece admisible esa posición diríamos individualista que intenta justificar el fenómeno de la huelga. Su explicación no puede lograrse si no se la vincula a la existencia y finalidades de un ente colectivo. La huelga, como tal, sólo puede pensarse a través de su ejercicio por ese ente colectivo —coalición, asociación profesional, Huelga y coalición, por lo demás y como ha quedado esbozado, genética, histórica y sociológicamente han nacido juntas. La huelga sólo puede efectivizarse como tal por "ejercicio" "concordado" "or" una "colectividad de trabajadores. Un solo trabajador —pese a alguna opinión solitaria que no ha encontrado seguidores— no podría efectivizarla. Y ese ejercicio "concordado" supone la existencia de una voluntad de decisión y de actuación unitaria: el "ente" actúa también aquí como una unidad. Su explicación y su posible justificación exceden pues el ámbito individual y se traslada al colectivo.

El reconocimiento de la licitud de este medio es hoy, diríamos, unánime. Ha llegado, incluso, a incluirse en la recordada "Constitución Pastoral "Gaudium et spes - La Iglesia en el Mundo Contemporáneo". La misma, en su Capítulo II —"La Vida Económica Social— Sección II",

bajo el subtítulo "Algunos principios directivos en la vida económico-social", N.º 63, expresa: "Cuando se plantean conflictos económico-sociales, se debe procurar que sean pacíficamente resueltos. Y, si se debe siempre recurrir ante todo al diálogo sincero entre las partes, la huelga, sin embargo, aún en las circunstancias presentes, puede ser un recurso necesario en última instancia, para la reivindicación de los propios derechos y la consecución de las justas exigencias de los trabajadores. Pero se ha de buscar cuanto antes el modo de abrir nuevamente la negociación y el diálogo conciliatorio".

Desde otro punto de vista, Krotoschín, en sus ya citadas "Cuestiones Fundamentales del Derecho Colectivo del Trabajo", págs. 20/21, se pronuncia así: "Mientras en el terreno del derecho interindividual moderno, la autodefensa sólo se admite excepcionalmente, en el campo del derecho colectivo laboral, dentro de un sistema de libertad, se la admite en forma más amplia, en principio. Esto se explica porque en los conflictos colectivos llamados de intereses no se trata de la realización de un derecho preexistente, cuya protección principalmente podría estar conferida al poder judicial, por lo menos teóricamente, sino que se trata de la realización de una pretensión que es por así decirlo pre-jurídica y que posiblemente corresponda a un ideal de justicia, a la equidad, pero no todavía al llamado derecho positivo. La lucha abierta no es, pues autodefensa en el sentido del derecho positivo, sino que es autodefensa de un derecho que se cree que debe corresponder a la parte en lo futuro. Es la lucha por el derecho de mañana. Tales luchas se libran también en otros sectores, pero se desarrollan en general en forma más despenalizada, porque no afectan círculos tan grandes de la población y, sobre todo, círculos que constituyen un factor tan decisivo en la vida económico-social. También esas llamadas luchas abiertas entran en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, que es esencialmente, en gran parte, derecho de formación y de consolidación de reglas jurídicas que surgen primeramente como convicciones o imágenes de un deber ser. En muchos países la huelga, el cierre, etc., se hallan expresamente legislados. Pero aún cuando esto no ocurra, la huelga es un fenómeno social que no puede ser desconocido por el jurista y, más especialmente, por el laboralista, el que debe tratar de someterlo de algún modo a reglas de derecho".

He aquí el problema, justamente. Tratar de someterlo a reglas de derecho. La huelga, pese a cuanto pueda decirse, sigue teniendo similitud con la guerra. Y tanto una como otra si bien "pueden" ser sometidas a "reglas de derecho" pueden y suelen darse contra las reglas del derecho. Han triunfado guerras y huelgas injustas, contrarias a las reglas del derecho. Y han sucumbido derrotadas ambas luchas aún siendo justas, ajustadas a derecho. No se sabe cuál de las dos situaciones lleva más desaliento al "jurista" y ¿por qué no al simple hombre? Sigo pensando que, siquiera como posible "aspiración a realizarse en un futuro" pueda substituirse por los medios normales de acciones jurídicas el uso de la

fuerza en todas sus formas. Mientras tanto, quede su uso para las situaciones que señala la recordada "Constitución Pastoral" del 7/12/1965.

También cabe señalar que los empleadores reivindican un medio instrumental de autotutela: el cierre o lock-out. Suele estudiarse el mismo también entre las instituciones del derecho colectivo del trabajo, pese a ser éste en principio de los grupos de trabajadores. De todos modos, estimamos que no tiene la misma relevancia que los reconocidos a éstos. En el llamado constitucionalismo social, salvo excepciones contadas, tampoco ha alcanzado igual reconocimiento que el acordado a la huelga. De la Cueva sostiene que, en el derecho mexicano, se limita a una medida vinculada a la defensa de aspectos económicos de la empresa. Tampoco la doctrina es uniforme en cuanto a su amplitud, si es derecho diríamos de "ataque" como el huelga, o sólo de "respuesta" a la misma, si tiene iguales efectos suspensivos en cuanto a los contratos individuales de trabajo que ésta, etc.

f) *Medios o sistemas de solución de conflictos colectivos.*

Constituyen también una institución del derecho colectivo del trabajo. En principio cabría afirmar que estos sistemas o medios pueden ser judiciales, administrativos o convencionales en tanto se difiera la solución respectiva al poder judicial, a organismos administrativos o a órganos creados por decisión de las partes (ya un conciliador o árbitro, ya una "comisión" de conciliación o arbitraje integrada por representantes de los sectores de los trabajadores y empleadores, por ejemplo). Nos basta señalarlo a los fines de la enunciación de instituciones que examinamos, toda vez que su desarrollo es materia de capítulo especial en el respectivo programa de estudios de la asignatura. Señalemos empero, que igualmente cabe la posibilidad de resolución de tales conflictos por vía legislativa. Al respecto, Krotoschin expresa que: "La diferencia entre el conflicto de derecho y el conflicto de intereses conserva tal vez su importancia únicamente cuando se otorga la tarea de solucionarlo al poder legislativo. Fue Couraire quien llamó poderosamente la atención al señalar que la solución de los conflictos colectivos de trabajo por vía legislativa es de carácter político, y no jurídico, y que incluso, en determinadas condiciones, ese tipo de solución puede adolecer de inconstitucionalidad en los países que han adoptado el sistema de la división de los poderes, cuando se lleva al recinto legislativo un conflicto de derecho. En cambio, parece completamente normal y admisible que un conflicto de intereses, latente o abierto, se dirima por vía legislativa, ya que, todo acto legislativo es en el fondo una decisión en un conflicto de intereses. Sólo que en este modo de solucionar los conflictos suelen prevalecer factores políticos que se oponen a los jurídicos, incluyendo en estos últimos expresamente la equidad".

Sabias observaciones, en nuestra opinión. Tanto en la incidencia de factores políticos (dado el carácter masivo que generalmente asumen

tales conflictos) como en lo que atañe al aspecto constitucional. Dado nuestro ordenamiento, se vulneraría efectivamente la división de poderes que reconoce raíz constitucional.

g) *Convención colectiva.*

A través de esta típica institución del derecho colectivo del trabajo las partes del mismo pueden llegar a crear derecho objetivo por vía "autónoma", por oposición a la creación de aquél en forma "heterónoma", esto es, por órganos legislativos (del Estado). La convención colectiva de trabajo nace así como un acuerdo entre "partes colectivas" —en nuestro ordenamiento: una asociación profesional de trabajadores con personalidad "gremial" y un empleador, un grupo profesional de empleadores o una asociación de empleadores,— pero, cumplidos los extremos que la ley respectiva fija, Ley N° 14.250, ella crea normas objetivas, obligatorias para una cantidad limitada de trabajadores, aunque con los límites fijados en la misma ley. Tales cláusulas rigen los respectivos contratos individuales del mismo modo que lo harían las disposiciones legales. Esta sola posibilidad, en atención al carácter de las partes que la concertan, está indicando la trascendencia de la institución examinada y la problemática que entraña. Plantea por lo pronto la naturaleza que asume la posibilidad reconocida a las partes que la concertan: ¿Puede hablarse de una "soberanía profesional"? ¿Estamos sólo ante una "autonomía profesional"? Aparte la cuestión que entraña la admisión de una tesis pluralista en materia de "soberanía" (materia que no tocaremos por exceder notoriamente el ámbito de la materia y de este trabajo) es manifiesto que, por lo menos en nuestro ordenamiento, tal tesis debe descartarse. Tanto la facultad otorgada a "las partes" concertantes como los posibles efectos normativos de la convención nacen única y directamente de la ley. Además, el real efecto normativo depende del acto de la "homologación" que en principio compete a la autoridad de aplicación (poder público).

h) *Acuerdos internos (concordados) de trabajo.*

El personal de la empresa puede participar en las funciones de la misma y lo hace así, por ejemplo, a través de delegados del personal, de comisiones internas de fábricas, etc. El estudio de estos órganos compete al derecho colectivo. Además, cuando se constituyen órganos de cooperación, integrados en forma mixta por el empresario y el personal, las resoluciones que puedan adoptar los mismos asumen cierta semejanza con las funciones que cumple la convención colectiva, si bien sólo se trata de una similitud y no de una equiparación completa. De todos modos, estamos frente a un acuerdo interno (concordado) de trabajo, cuyas resoluciones tienen también carácter normativo. Ha sido Krotoschkin en nuestra doctrina quien ha explicado mejor el ensemble

de tales acuerdos en el derecho colectivo del trabajo al decir que "... Las partes de estos acuerdos interiores... son el patrono (dirección) por un lado, y el conjunto del personal, por el otro, dicho más exactamente, los trabajadores individuales, representados por el órgano respectivo, que ejerce la representación en la medida en que la convención colectiva u otro acuerdo básico le ha conferido tal representación. Gracias a esta representación, de tipo profesional, el derecho de colaboración adquiere carácter colectivo y los acuerdos interiores entran en el derecho colectivo del trabajo".

Un ejemplo posible en cuanto al aludido carácter colectivo y normativo de tales acuerdos lo tendríamos en el reglamento interno de trabajo, en tanto el mismo se estableciera en la forma señalada y no sólo por el empleador en ejercicio de su facultad (o poder) de dirección.

VII. CARACTERES

Han quedado señalados y precisados ya algunos de los caracteres que tipifican a esta rama de nuestra asignatura. Por lo pronto, se ha precisado que es un derecho que atañe a "grupos" sociales, grupos que tienen raíz y naturaleza sociológica. Es además, como acertadamente lo denomina De la Cueva, un "derecho de cobertura". ¿Qué quiere decirse con ello?

Es derecho de cobertura porque tiene carácter instrumental. Es medio y no fin. Sus instituciones sólo existen "para" tutelar y robustecer la persona del trabajador, son "medios" al servicio de esa persona. Su centro es la persona del trabajador.

Este es, en efecto, una persona humana "cuya dignidad se hace cada vez más clara en la conciencia de los hombres de nuestro tiempo" como dijera S. S. Juan XXIII en la Encíclica "Pacem in Terris" del 11/4/63.

Es cierto que la preocupación por preservar la persona del hombre en general es manifiesta. Bien lo patentiza la finalidad propuesta por la Constitución Pastoral "Gaudium et Spes" que hemos ya mencionado, la que se propone salvar la persona del hombre, del hombre que "no sólo se hace el centro de todo... sino que se atreve a llamarse principio y razón de toda realidad".

Las instituciones de esta rama del Derecho del Trabajo tienden precisamente a la tutela del hombre en cuanto trabajador. Pues no sólo se integra el trabajador en el respectivo grupo social respondiendo a su naturaleza social que lo lleva a la inter-dependencia, sino que lo hace al influjo de una necesidad vital: lograr a través del grupo la necesaria subsistencia, pues al acrecer el grupo las fuerzas individuales cada vez más atomizadas del trabajador sirven a éste, como se dijo con acierto

alguna vez, para empujar con más eficacia a la otra parte de las relaciones laborales.

No deja de ser cierto, también, tal sostuvimos en otra oportunidad, que ello entraña peligros y provocará "crisis".²¹ Toda forma de socialización los entraña. Pero, por lo menos el peligro que deriva de la sujeción de la persona del trabajador al grupo puede superarse, en tanto se salvaguarde la esfera de aquél como persona y que añaden a valores esenciales y, en tanto también, se respeten las exigencias del "bien común". Y si entendemos a éste como "la suma de las condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus miembros conseguir con mayor facilidad y plenitud su propia perfección", según la Constitución "Gaudium et Spes", parece se cumplen tales exigencias, pues a través del grupo organizado como el trabajador puede lograr las finalidades señaladas.

Otro carácter tipificante del derecho colectivo del trabajo es el reconocimiento de las luchas abiertas, de la licitud del empleo de los llamados medios de acción directa. Dígase lo que se diga, ello es excepcional en el Estado de Derecho en el cual sólo en casos verdaderamente excepcionales —tal el de la legítima defensa—, se reconoce la posibilidad de autodefensa por mano propia. Y aunque ese reconocimiento se formule en atención a las actuales circunstancias ello no lo priva de su excepcional carácter y, por ende, lo es de la rama estudiada aquí.

También caracteriza al derecho colectivo del trabajo la posibilidad de creación de derecho objetivo por los propios grupos interesados —caso de la convención colectiva de trabajo— de la que nos hemos ocupado.

Esto nos conduce nuevamente al espinoso tema de la autonomía profesional de que adelantamos ya algo al ocuparnos de la convención colectiva y en donde hemos rechazado, con referencia a nuestro ordenamiento, la idea de la "soberanía profesional". Los grupos sociales, en efecto, sólo poseen autonomía que, en definitiva, como enseña De la Cueva,²² se circunscribe a: autonomía en cuanto a su organización interna, en cuanto a darse su derecho estatutario pero, aún así, no es absoluta toda vez que ella está enmarcada en el derecho positivo general; autonomía en su funcionamiento interno, que debe permanecer ajeno al Estado y, finalmente, autonomía externa, que se refiere a las actividades jurídicas, sociales y políticas; si bien con respecto a la actividad política ésta de existir consenso unánime.

²¹ ARMANDO DAVID MACHERA, "Libertad Sindical a través de la Constitución Nacional y de la Ley 14.455, Rev. Jurídica de Bs. As., 1962, III-IV.

²² Op. cit., 246 y 295.

VIII. NATURALIEZA JURÍDICA

Aquí la cuestión se centra, en lo fundamental, en dos tesis antagónicas e irreconciliables: ¿el derecho colectivo del trabajo integra el marco del derecho privado, o en cambio, el del derecho público? Cabe observar, in limine, que tal cuestión no puede resolverse en abstracto, sino con especial referencia a un régimen positivo dado. Y para ello habrá que mirar todo el respectivo ordenamiento en materia de derecho colectivo y no circunscribirse al análisis de alguna de sus instituciones.

Krotoschin, en la doctrina nacional, se ha enrolado decididamente a favor de la tesis de derecho privado, estudiando el punto especialmente en su Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Sus argumentos principales, referidos en esencia a la asociación profesional, pueden resumirse así: Para que la asociación profesional asuma carácter de persona jurídica pública haría falta su reconocimiento como persona jurídica pública. Empero, reconoce que tal requisito puede cumplirse tácitamente. El establecimiento de normas jurídicas (objetivas), como es el caso en nuestro ordenamiento, cuando la asociación profesional con personalidad gremial concierta una convención colectiva con efecto obligatorio aún para los no afiliados *et sine dubio*, una función pública que podría comprender el recordado reconocimiento tácito (el subrayado nos pertenece). Se agrega que la representación que asume la asociación con personalidad gremial es la única que se ejerce con respecto a la profesión o actividad y, también, que la misma asociación se encuentra bajo cierta vigilancia de la autoridad que le ha dado vida específica mediante la concesión de la personalidad gremial y puede, aún, quitársela. Como síntesis, el autor mencionado expresa que todo ello inclina a favor del carácter jurídico-público de las asociaciones con personería gremial.

Empero, expresa que, por otra parte, es necesario "para calificar de público a un organismo que haya sido reconocido por el Estado como auxiliar de éste, incorporado a la administración pública en general, y que el Estado esté interesado directamente en las finalidades de la organización porque crea que estos fines (de carácter público) puedan alcanzarse por un organismo de derecho público mejor que por uno de derecho privado. No ocurre esto con respecto a las asociaciones profesionales con personalidad gremial; éstas nacen en forma de asociaciones privadas, y tampoco mediante la concesión de aquella personalidad se convierten en órganos auxiliares del Estado, jurídicamente, máxime porque sus finalidades no coinciden, necesaria y absolutamente, con las del Estado sino que bien pueden adoptar posiciones contrarias". "La asociación profesional persigue, primordialmente, el interés unilateral de una parte de la colectividad y, por consiguiente, no se identifica con el interés público general. La cooperación sólo impide que el interés particular prevalezca en perjuicio del interés común, y tiende,

por el contrario, a que aquel interés sea superado en favor de éste". Además, del hecho de la existencia de un "interés público" no se sigue que su defensa no pueda confiarse a los mismos organismos privados que velan por éstos. En lo que se refiere a la "potestad de imperio" que deriva de la posibilidad de crear derecho objetivo para sectores enteros de la población, "es ciertamente raro por la extensión que adquiere la autonomía en este caso" (sic.). "Así, pues, no sólo falta la necesidad de inferir de nuestro derecho el carácter público de las asociaciones profesionales, aunque gocen de personería gremial, sino que además tal conclusión sería inútil y hasta opuesta a las tendencias íntimas del derecho colectivo del trabajo, en cuanto derecho de coordinación y de colaboración espontánea, libre y autónoma".²³

Entre nosotros, Deveali²⁴ se ha expedido en sentido contrario. Parte de la idea de "representación", toda vez que es indudable que la función de representar y defender los intereses profesionales —sobre todos los colectivos— es una de las principales que conciernen a las asociaciones profesionales. La *representación en sentido propio* supone que la voluntad manifestada por el representante produce iguales efectos que la manifestada por el representado. La representación puede tener origen contractual o legal. Es legal cuando es impuesta por la ley, tal el supuesto de la patria potestad. Ella a su vez, se distingue en *representación de derecho privado* y de *derecho público*. La segunda es propia del derecho público. "En virtud de esta última, las autoridades elegidas por los interesados (habitantes de una comuna, provincia o nación) no representan a las personas que las han elegido, sino los intereses de la comunidad de que forman parte; intereses de carácter colectivo que no siempre coinciden con los intereses individuales e inmediatos de tales personas". Tras señalar la posibilidad de que el principio propio del derecho público— en cuya virtud la voluntad de la mayoría obliga a la minoría y a los ausentes— también ha sido adoptado en el campo del derecho privado (caso del concordato, de los consorcios obligatorios) y de que, en algunos países, en lo que atañe a los intereses profesionales, se limita la legislación a pocas normas que contemplan el régimen interno de la asociación, en forma análoga a lo que al respecto se da con las sociedades civiles y comerciales, garantizando así que la elección de dirigentes responda a la voluntad de la mayoría de los afiliados y que cumplan su función conforme a los poderes atribuidos o fijados en los estatutos, expresa que "...En otros países el Estado reconoce a la "categoría profesional" una jerarquía similar a la de que gozan, en la vida administrativa, las provincias o comunas. Tal como los habitantes de éstas eligen sus autoridades, para que defiendan sus intereses, se reconoce igual derecho a los trabajadores que realizan la

²³ "Tratado", cit. T. II, pág. 670 y sgta.

²⁴ "Derecho Sindical y de la Previsión Social", cit. pág. 59 y sgta.

misma profesión o acción en la misma actividad. La representación de los intereses profesionales colectivos en su acepción exacta, presupone reconocer a una asociación profesional determinada —o a un órgano creado por las distintas asociaciones que existan en un momento determinado— la representación de los intereses de todas las personas que ejercen una misma profesión. La asociación o el órgano investido de esa representación tiene una representación de derecho público esto es; una representación de interés y no meramente de voluntades”.

Coincidimos por nuestra parte con esta posición, fundada en razones de técnica jurídica y aplicables en nuestro ordenamiento sindical, tal como especialmente resulta a través de la ley 14.455 de asociaciones profesionales de trabajadores y la ley 14.250 de convenciones colectivas.

Robustece la misma conclusión, también la posibilidad existente en nuestra legislación positiva, fundada en lo normado en el art. 8 de la ley últimamente citada, en cuanto faculta el establecimiento, en la convención colectiva, de cláusulas en las que “se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes”, contribuciones que “serán válidas no sólo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención”. Estamos aquí ante la posibilidad de establecer una suerte de “impuesto sindical” a favor de la asociación con personalidad gremial, el cual por lo demás encuentra su fundamento en el hecho de que normalmente tales trabajadores se benefician con la acción de la organización que pacta la convención colectiva que los comprende, aún sin ser afiliados a dicha organización. Tampoco parece pueda justificarse fácilmente esta posibilidad por solo razones de derecho privado.

“LOS CONTRATOS DE EXPLOTACION DE AERONAVES EN EL FUTURO CODIGO AERONAUTICO LATINOAMERICANO” *

OSVALDO BLÁS SIMONE

I. NATURALEZA JURÍDICA — NECESIDAD DE SU INCLUSIÓN EN UN CÓDIGO AERONÁUTICO ¹

Los contratos de explotación de aeronaves exteriorizan el complejo de derechos y obligaciones de las partes que varían según el tipo de convenio que fuera. La pluralidad de esos derechos y obligaciones llevan a un resultado único que caracteriza al contrato en forma bivalente: mientras para una de las partes el uso de la aeronave tiene como resultado final el traslado de personas, de cosas o la realización de algún servicio, para la otra se distingue por el beneficio que ello le reporta.

Esta caracterización lleva a la bilateralidad señalada en los beneficios y a la unicidad del elemento que los identifica y agrupa. Aquellos refieren a los sujetos participantes mientras que éste estará dado por el objeto de los contratos: *la explotación de la aeronave.* ²

* Presentado a la reunión del Consejo de A.L.A.D.A. Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico celebrada en el mes de agosto de 1965, en la Facultad de Derecho de Uberlândia (Brasil).

¹ SIMONE, Osvaldo Blas, “Concepto, nomenclación y caracteres de los contratos de utilización de aeronaves” presentado al Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico de Moscú, propone nominar como *contratos de explotación* los que las legislaciones y la doctrina, con rara excepción, distinguen como de “utilización”. Desde su acepción en la actualidad, el término de “utilización” es sentido genérico, que hace de una aeronave quien la usara como depósito, refugio, objeto de exhibición, etc., de la específica que se obtiene a través de su condición esencial de volar. Sin promover exteriorizar la definición de la cosa nominada con el solo cambio del nombre, dice en pág. 39 “Pálmase que el reemplazo de “utilización” por “explotación de aeronaves” se ajusta más a su realidad conceptual. La sustitución del verbo “explotar” da idea de aprovechamiento sistemático, dinámico y masivo, aunque se lo pueda asociar indistintamente a un propósito comercial, la función-destino que debe caracterizar el empleo de la aeronave”.

² MANCA, Plinio, “Studi di diritto della navigazione”, Vol. II, pág. 11, participa del criterio que la explotación es el elemento que unifica y liga los distintos contratos contra: LEPERVRE D’OVIDIO, Antonio y PESCATORE, Gabriele, “Manuale di Diritto della Navigazione, edición 1955, pág. 262, para quienes el medio utilizado, aeronave o buque, constituye dicho elemento.

Los contratos de explotación no tienen "una originalidad intrínseca que los destaque y los separe de los contratos típicos a fines del derecho civil".¹ La locación de aeronave será siempre una locación de cosa ("locatio rei") y el fletamento se insertará en el vasto campo de la locación de obra ("locatio operis"), por el cumplimiento del viaje.² Resultará entonces imposible negarles los grandes lineamientos y la prescriptiva que el derecho civil dedica a la locación, pero los principios que informan al derecho aeronáutico se extienden también a estos contratos atenuando y, aún, modificando los propios del derecho común. Esto no debe extrañar porque, en definitiva, de derecho aeronáutico se trata y lo específico debe primar sobre lo genérico.

La interferencia y los ligámenes entre materia especial y derecho común son estrechísimos e impiden la escisión y el aislamiento total de uno del otro. Los principios generales se reflejan en el derecho especial, pero, algunos, pierden relevancia y hasta resultan modificados, por la prevalencia de las notas e instituciones del derecho especial, que lo conforman como disciplina autónoma.

Consecuencia de ello será el reconocimiento que los *contratos de explotación constituyen especies autónomas de un género contractual inmediato*.³

Estas especies se caracterizan por resultar desprendimientos de un género contractual con categoría autónoma, la locación, en el cual están inmersas y del que participan. Por su contenido intencional y ponderando sus cualidades, relaciones y modalidades, dichas especies exceden ese género contractual, lo desbordan y superan. El ejercicio de la aeronavegación, su hecho técnico, conforma un sistema jurídico homogéneo, científico y funcionalmente, que traslada sus notas configurativas a los contratos de explotación de aeronaves. La autonomía de éstos, como es-

¹ MANCA, Flóris, "Studi", Vol. II, pág. 5.

² AMBROSINI, Antonio, "Fletamento y transporte con relación al llamado charter aviatorio", editado por el Instituto de Derecho Aeronáutico de la Nación, dependiente de la Secretaría de Aeronáutica, 1931, pág. 13, se manifiesta contrario a esta opinión en lo que hace al fletamento a tiempo ("time charter"). Sostiene, basado en los diversos contratos de "appalto" que legisla el "Codice civile" italiano en su artículo 1653 y en la aplicación subsidiaria del contrato de suministro, en cuanto fuere compatible, en el "appalto" que tuviera por objeto prestaciones continuadas o periódicas de servicios (artículo 1677), que en el fletamento a tiempo deberá verse una "locatio rei" unida a una "locatio operum" en lugar de la genérica "locatio operis".

³ LEPÉVRE DROVIDIO y PESCATORE, "Manuale", cit., pág. 163, se manifiestan contrarios a esta posición y señalan que "no puede atribuírsele (a los contratos de explotación) valor de categoría dogmática". Fundan su criterio en que el agrupamiento de los contratos contenidos en el "Codice de la Navigazione" sólo "reconoce una finalidad práctica en cuanto sirve al tratamiento unitario de los negocios que más difusamente regulan el empleo del buque y de la aeronave".

príncipes contractuales, es relativo, nunca absoluto, porque no puede fundar los caracteres del género que integra ni separarse del ordenamiento jurídico general.

La problemática de la naturaleza jurídica de los contratos de explotación, según la forma en que aquí se resuelve⁶, lleva a la necesidad de su inclusión en un código aeronáutico. Los principios que estructuran el derecho aeronáutico y la caracterización señalada de dichos contratos justifican esa necesidad.

La analogía lineal que pretende subsumir científicamente y normativamente los contratos de explotación de aeronaves en los correspondientes del derecho común o del derecho de la navegación⁷, es errónea. La correlatividad y coincidencia que pudieran tener, no autorizan al estudioso, y menos al legislador, a asimilar sus relaciones y modalidades.

El análisis lógico-transcendente del ámbito en el que se desarrolla la actividad aeronáutica, sus sujetos, objetos y relaciones, llevan a una solución distinta. Es que el hecho técnico aeronáutico es un todo y la solución de sus fenómenos deberá encontrarse en su propia materialidad.

Por ello, la sistematización y generalización, patrimonio de la ciencia jurídica, debe reclamar del legislador la contemplación, interpretación y valoración del fenómeno aeronáutico y, dentro del mismo, de los contratos de explotación para su debida ubicación en el ordenamiento jurídico.

⁶ No se conoce posición doctrinaria que establezca un paralelo diferenciado entre los contratos de explotación de buques y aeronaves con los pertinentes del código civil. Algunos tratadistas, especialmente los italianos, señalan la inclusión de dichos contratos en los esquemas fundamentales del derecho civil. El tema es saguante, porque hace a la naturaleza jurídica de los contratos de explotación, para ser estudiado en profundidad.

⁷ Consecuencia de la posición doctrinaria de Antonio SCIALOJA, formulada en la primera edición de su "Sistema del diritto della navigazione", en 1922, precisada cabalmente en su clase inaugural del 31 de enero de 1928 en la cátedra que dictara en la Universidad de Nápoles (que puede verse en "Rivista del diritto commerciale", 1928, tomo I, pág. 1) y en la "Rivista del diritto della navigazione", que fundara en 1935, así como la de los tratadistas que integran la escuela napolitana, resultó la sanción del "Codice della navigazione", el 30 de marzo de 1942, con una concepción unitaria en la normación de las instituciones marítimas y aeronáuticas. Por su artículo 939, relativo a la locación y fletamento de aeronaves, prevé la aplicación respectiva del articulado que trata de la locación y fletamento de buques.

La "Relazione al Codice della Navigazione" presentada para la aprobación del texto definitivo del "Codice", edic. Milano, Nº 939, pág. 315, justifica esa posición expresando: "La disciplina de la locación y del fletamento de aeronaves, se adhiere en todo a la disciplina de la locación y del fletamento del buque; ella, entonces, ha podido agotarse (art. 939) con un simple *retrófito*".

Consecuente con esta posición, estimase necesarios la inclusión y desarrollo de los contratos de explotación de aeronaves en los códigos aeronáuticos. La sistematización de estos contratos o, mejor dicho, la falta de su debida sistematización que el Código aeronáutico argentino hace en el capítulo IX de su título IV, merece ser reprobada. No pueden justificarse las razones puestas en la nota al artículo 56 sobre las dificultades que presenta el tema y la falta de experiencia nacional.⁹

II. REFORMAS AL TÍTULO VI DEL PROYECTO DE CÓDIGO AERONÁUTICO LATINOAMERICANO

En virtud de la ponencia aprobada en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico que se realizaron en Buenos Aires en el mes de noviembre de 1960, para que se concretara la preparación de un proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano¹⁰, los integrantes del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con la colaboración del Instituto de Derecho Aeronáutico de la Universidad Nacional de Córdoba, redactaron un proyecto de código que se presentó a la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico¹¹.

Próximamente, el Consejo de esta asociación se reunirá en Uberlandia (Brasil) para considerar y analizar aquel proyecto¹². En tal virtud y atento a las precedentes consideraciones que fundamentaron el criterio adoptado sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de aeronaves, se sugiere modificar el Título VI del proyecto reemplazándolo con el siguiente articulado, cuya justificación se expondrá a continuación.

⁹ Código aeronáutico argentino, nota al artículo 56: "Las dificultades de la materia y la evolución que experimentan los conceptos de locación, fletamento y transporte, en sus múltiples modalidades, han determinado la exclusión de calificaciones específicas. Las posibles formas de utilización de las aeronaves, como en la práctica ocurre en los países que han dictado disposiciones al respecto, se dejan a la estipulación de las partes. Las dificultades que presenta el tema son muchas en cuanto a su aplicación, si se tiene en cuenta la falta de una experiencia perfectamente cimentada en nuestro país. Así entonces, hasta que ella exista, se ha preferido dejar la mayor parte de las normas que regulen esa relación jurídica, al contrato privado. La numerosa jurisprudencia sobre fletamento marítimo, que parecería aprovechable en este caso, no debe servir sino de antecedente, pues su adopción estricta podría llevar a error".

¹⁰ "PRIMERAS JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO AERONÁUTICO", edic. 1962, págs. 270 y 279.

¹¹ Creada durante las jornadas realizadas en noviembre de 1960 y conocida por la sigla A.L.A.D.A. "Primeras jornadas", *id.*, pág. 273 y sigs.

¹² Editado en 1961 por la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico, en copias mimeografiadas.

TÍTULO VI

CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE AERONAVES

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ART. A: ¹² Hábel contrato de explotación de aeronave cuando se convierta su aprovechamiento conforme con el uso que por su naturaleza está destinada a prestar.

ART. B: En todas las relaciones jurídicas resultantes de los contratos de explotación y en cuanto no estuvieran comprendidas en el presente código, en sus leyes y reglamentos complementarios, en los usos y costumbres y cuando no pudiera recurrirse a la analogía, se aplicarán las normas del Derecho Común del país donde estuviera matriculada la aeronave con la que se posibilitará el cumplimiento del objeto del contrato, siempre que no resultaran incompatibles con aquéllas.

ART. C: Los contratos de explotación de aeronave deben probarse por escrito y quedarán perfeccionados para los países, como frente a terceros, desde su inscripción en el registro de aeronaves del Estado, donde la misma estuviera matriculada.

Asimismo y a un efecto, el contrato deberá inscribirse también en el registro del país donde la explotación se realizare.

ART. CH: Los contratos de explotación de aeronaves subsistirán durante el tiempo convenido o el que resultare, aunque, durante su vigencia, fuera arrendado su dominio por cualquier título.

ART. D: Las aeronaves matriculadas en cualquier Estado signatario podrán ser destinadas para el cumplimiento de un contrato de explotación por las personas domiciliadas en otros Estados signatarios. Al efecto, no podrán los Estados determinar distintas condiciones para el ejercicio de la explotación de una aeronave que las que impongan a sus propios nacionales.

CAPÍTULO II

DE LA LOCACIÓN

ART. E: Hábel locación de aeronave cuando una parte se obligue, mediante el pago de un precio, a conceder a otra el uso y goce de la misma por un tiempo determinado.

¹² La ordenación alfabética de los artículos se hace deliberadamente para no confundirlos con los del Proyecto y poder referenciarlos cómodamente.

ART. F: Cuando la locación refiere a una aeronave armada y tripulada, quedará incluida en la misma el quintero de la tripulación, sin que ello equivalga a la cesión o transferencia de los contratos de trabajo.

ART. G: Son obligaciones del locador, salvo pacto en contrario:

- 1) Entregar la aeronave en el tiempo y lugar convenidos, en estado de navegabilidad, con sus pertenencias, fljas o casetas y la documentación necesarias para su uso en la navegación convenida.
- 2) Mantener la aeronave en estado de navegabilidad, si así se hubiera convenido, durante todo el tiempo de la locación.

ART. H: Son obligaciones del locatario:

- 1) Usar de la aeronave, bajo pena de nulidad, conforme con su naturaleza y para el empleo convenido.
- 2) Pagar el precio de la locación en el plazo y lugar convenidos.
- 3) Devolver la aeronave al locador a la expiración del convenio en el lugar estipulado, con la documentación y en el mismo estado que la recibió, salvo los daños resultantes de caso fortuito o fuerza mayor o por el uso normal convenido, libre de tripulación si así la hubiere recibido y de todo crédito privilegiado o gravamen ocasionado por su uso o explotación.
- 4) Poner en conocimiento del locador, en el menor tiempo posible, toda novedad dañosa a su derecho, como toda acción que se dirija sobre la propiedad, uso o goce de la aeronave bajo pena de responder de los daños y perjuicios y de ser privado de toda garantía por parte del locador.

ART. I: En caso de locación de aeronave armada y tripulada, será facultad del locatario, salvo estipulación contraria, devolver la misma con la tripulación que reemplazará a la que originalmente hubiera recibido, por rescisión o resolución de sus contratos de trabajo.

ART. J: Incumbe al locatario la fuerza mayor que motivara la pérdida o daño de la aeronave, si la misma no resultara un hecho notorio. Contrariamente, corresponderá al locador demostrar que hubo culpa del locatario o sus agentes o dependientes en la producción de los mismos.

ART. K: Si el locatario empleara la aeronave en otro uso del convenido o del que por su naturaleza correspondiere, el locador puede impedirlo demandando la rescisión de la locación con pérdida para aquél del precio fijado para la locación y los daños e intereses que le ocasionaren.

ART. L: Cuando no se estipulare una vigencia determinada y la locación se conviniere para la realización de viajes o servicios determi-

naños, se juzgará convenida por el tiempo que normal y razonablemente sea necesario para cumplirlos a partir del momento de iniciación de la locación.

ART. LL: Salvo expreso consentimiento del locador, la locación no se entiende prorrogada por tácita reconducción, aún cuando, vencida su vigencia, el locatario continuare con la tenencia de la aeronave.

ART. M: No podrá cederse la locación de una aeronave ni sublocarla sin el previo consentimiento expreso del locador. Dichos actos deberán realizarse cumplimentando los requisitos establecidos en el presente título.

ART. N: Todas las acciones derivadas de la locación de aeronaves se prescriben en el término de un año contado desde el vencimiento o la resolución del contrato, o de la entrega de la aeronave, si fuera posterior y, en caso de pérdida, desde la fecha en que debió ser devuelta.

CAPÍTULO III

DEL FLETAMENTO

ART. Ñ: Haber fletamento cuando el explotador de una aeronave específicamente determinada, mediante el pago de un precio, se obligue a realizar los viajes convenidos o los que dispusiera el fletador durante la vigencia y en las condiciones establecidas en el contrato o por los usos acostumbrados.

ART. O: Son obligaciones del fletante:

- 1) Poner la aeronave estipulada a disposición del fletador en la época, lugar y durante el tiempo convenidos, debidamente armada y tripulada, en estado de navegabilidad y con la documentación pertinente, para ser empleada en el destino convenido.
- 2) Realizar los viajes establecidos o los que dispusiera el fletador durante la vigencia y en las condiciones convenidas en el contrato o por los usos acostumbrados.
- 3) Abonar los gastos por salarios y manutención de la tripulación y cualquier otro gasto, derecho o tasa derivados del funcionamiento de la aeronave y del cumplimiento de los viajes convenidos y ordenados.
- 4) Asumir la responsabilidad derivada de la gestión náutica de la aeronave y por las culpas de pilotaje que en dicha gestión pudieran incurrir el comandante y la tripulación.

ART. P: Son obligaciones del fletado:

- 1) Pagar el flete en el lugar y tiempo convenidos.

- 2) Assumir la responsabilidad derivada del transporte de personas y cosas y del uso que haga de la aeronave en los viajes convenidos, como también por las culpas en que incurriera la tripulación en tales actividades.
- 3) Relevar e indemnizar al fletante de todo crédito privilegiado, gravamen o daño que se hiciera efectivo sobre la aeronave por la responsabilidad señalada.

ART. Q: A los efectos del transporte y del uso que haga con la aeronave, su tripulación recibirá órdenes del fletador, quien resultará responsable por dichos actos.

ART. R: Cuando el fletamiento sea por tiempo, serán a cargo del fletador los gastos, derechos o tasas que deban abonarse para el cumplimiento de los viajes convenidos u ordenados y de la utilización comercial de la aeronave, con excepción de los salarios a la tripulación, seguro de la aeronave y las erogaciones necesarias para que la misma se encuentre en condiciones de navegabilidad en el destino pactado.

ART. RR: En el fletamiento por tiempo, salvo pacto o uso contrario, el flete deberá abonarse por periodos adelantados. Su falta de pago facultará al fletante a dar por rescindido el contrato, notificándolo al fletador y dejando de poner la aeronave a su disposición.

ART. S: El fletante por tiempo no está obligado a hacer viajes a lugares o en condiciones que exponga la aeronave a peligros no previstos en el momento de su celebración. Tampoco está obligado a iniciar un viaje que no termine, previsiblemente, próximo a la fecha de vencimiento del contrato.

En todos los casos, si el cumplimiento de los viajes resultara imposible, el contrato quedará resuelto.

ART. T: En el fletamiento por tiempo, el fletador no deberá el flete por el lapso que no pudiera usar de la aeronave por causas que no le fueran imputables, con excepción de los casos en que se debiera a reparaciones o accidentes de la aeronave, por averías a la carga o por actos de la autoridad competente por el uso que hiciera de la misma.

ART. U: No podrá cobrarse total o parcialmente el fletamiento convenido, salvo previo consentimiento expreso del fletante. En caso de facultárselo, el o los subfletamientos resultantes deberán realizarse cumplimentando los requisitos establecidos en el presente título, en cuyo supuesto el fletador permanecerá responsable ante el fletante de las obligaciones asumidas en el contrato de fletamiento.

ART. V: Las acciones derivadas del fletamiento de aeronave se prescriben en el término de un año desde la fecha de vencimiento del contrato o de la terminación del viaje convenido o en el fletamiento

por tiempo, desde su rescisión o terminación del último viaje, si fuera anterior o posterior a la vigencia estipulada.

En caso de pérdida de la aeronave, el plazo empezará a correr desde la fecha en que permanentemente debía terminar el viaje que está en ejecución.

III. MOTIVACIONES DE LA REFORMA

Propóse reformar el Título VI del Proyecto por un articulado que responde a una metodología distinta. En aquél se trata de sistematizar directamente las especies de contratos que conforman el género de explotación y que en doctrina se conoce como "Charter aeronáutico"²⁴. De tal suerte, los contratos de explotación, que nomina "de utilización" y que sirve de epígrafe al título, resultan de la suma de sus componentes, pero sin referir concretamente al mismo. Con respecto a la locación, que trata en los artículos 75 al 82, inclusive, y al fletamento, normado en los artículos 83 al 87, inclusive, refiere con imprecisión y de relevancia legislativa a caracterizaciones que surgen del propio concepto de dichas figuras. Ejemplo de ello cuando dice de la locación (art. 75) "a fin de que sea utilizada para uno o más viajes, por un cierto tiempo o por kilometraje a recorrer" y del fletamento (art. 83) "reservándose el control sobre la tripulación y la conducción técnica de la aeronave".

Se trata, como se aprecia por la simple lectura, de las variantes de la locación y del fletamento en sus efectos y formas antes que en su noción jurídica. Y se equivoca porque, precisamente, la definición debe traducir la noción jurídica antes que las variantes señaladas.

Refiere también a las obligaciones de locador y locatario y de fletador sin señalar sus características esenciales derivadas de la especificidad propia en todo contrato de explotación. Contrariamente, expresa relaciones (art. 77) que surgen de la aplicación subsidiaria del derecho común y que resulta inoficioso consignarlas.

La reforma propuesta tiende a dotar, con un método distinto, de un régimen específico al propio contrato de explotación. Esta regulación jurídica anota los caracteres esenciales y genéricos de estos contratos, aplicables por vía de extensión, a los específicos: de locación y fleta-

²⁴ VIDELA ESCALADA, Federico N. "El charter aeronáutico y su sistematización jurídica" presentado ante el Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico realizado en 1963 en San Pablo, Brasil, publicado en "Temas jurídicos" Nº 6, pág. 17 incluye como "charter" solamente a la locación y el fletamento de aeronave excluyendo al transporte regular, por tener una regulación jurídica universal, y al no regular por participar en su esencia y características fundamentales con aquél. Contra: AMBROSINI, Antonio, "Fletamento", cit. pág. 3, para quien el "charter" propiamente dicho es sinónimo del fletamento, excluyendo los otros contratos.

mente. Resultarán así un *habeas*, un "vinculum juris", que recompondrá estas especies dentro de su género haciéndolas participar de un régimen jurídico propio y específico.

Para ello se proyecta dividir el título en tres capítulos. El primero, denominado "disposiciones generales", trata de los caracteres esenciales y genéricos de los contratos de explotación. Los dos restantes, "de la locación" y "del fletamento" refieren concretamente a cada una de dichas individualidades consideradas, esencialmente, a través del particularismo propio del hecho técnico aeronáutico y de los principios que conforman la autonomía del derecho aeronáutico.

IV REFORMA PROPUESTA

a) Capítulo I: Disposiciones generales:

Estimase conveniente la inclusión de un capítulo preliminar, único, integrado por normas que conforman y resuelven la problemática de los contratos de explotación de aeronaves. Son normas comunes a los distintos convenios que exceden de su simple formulación y posibilitan sistematizarlos. Constituyen, en suma, los presupuestos necesarios de los contratos de explotación, ya que, a través de los mismos, podrán fijarse sus detalles y notas distintivas. 1) En el artículo A se señala el contenido de los contratos de explotación. A pesar de considerarse inconveniente, como técnica legislativa, que los cuerpos normativos contengan definiciones, su inclusión es necesaria.

Importa establecer el contenido de los contratos para poder conocer así los sujetos, objetos y las relaciones que de ellos derivarán. Las instituciones jurídicas elaboradas en torno del fenómeno aeronáutico necesitan evitar su atomización o quebradura y la fijación anticipada del contenido de estos contratos contribuirá a evitarlo. 2) El concepto de los contratos de explotación es fundamental y no puede provocar equívocos.

El aprovechamiento de las aeronaves "conforme con el uso que por su naturaleza está destinada a prestar", está referido al concepto-función de aquella.

El destino de una aeronave fluye de su propia naturaleza. En todos estos contratos, el uso de la aeronave estará signada por el concepto-función o concepto-destino que de la misma se tenga.

Cualquiera sea el signo distintivo que se señale, circular en el aire o transportar, que lleva implícito al primero, la función o el destino de la aeronave hace a su concepto. Paralelamente, este concepto-función debe servir para caracterizar también los contratos de explotación de aeronaves y poder distinguirlos de aquellos otros en los que se conviniere su uso como depósito, objeto de exhibición, museo, "boites", etc.

El empleo "en manera activa" ¹⁴, no es otra cosa que el aprovechamiento de la aeronave, según la función o destino que tiene por su propia naturaleza. Piénsase que la solución propuesta tiene, así, un carácter más científico y natural.

En suma, por el artículo A. no se pretende rotular a los contratos de explotación, sino fijar normativamente y de una vez por todas, su caracterización esencial: *el aprovechamiento de la aeronave conforme con su función, con su destino que, a su vez, se encuentra determinado por su propia naturaleza.*

El artículo 1504 ¹⁵, segundo párrafo del código civil argentino, aunque, referido a la locación y de aplicación supletoria en cuanto hace a la locación de aeronave, según se dirá, sirve de criterio orientador en la especie. Señala que "el goce (dirigido a la locación) que deba hacerse de la cosa, será el que por su naturaleza esté destinada a prestar". Es decir, asigna categoría jurídica a dicho uso al facultar al locador a "imponer al locatario que haga servir la cosa para otro uso", con lo que se fundamenta y racionaliza la tesis pretendida.

En otras palabras, el derecho del locatario al uso y goce de la aeronave no es absoluto ni ilimitado. Está sometido a hacerlo "conforme a derecho" ¹⁶, expresión que, paralela y simultáneamente, da idea de una obligación, de un "modus operandi" legales.

3) El proyectado artículo B. tendrá enorme trascendencia porque su aplicación hace a la autonomía funcional de los contratos de explotación.

En verdad, la ubicación metodológica de un artículo de similar contenido debería incluirse en el Título Preliminar del futuro código porque, antes que la de los contratos de explotación, hubiera resultado más provechoso señalar normativamente el concepto fundamental de la autonomía del derecho aeronáutico. De haberse seguido este criterio, la autonomía funcional de estos contratos sería su lógico resultado.

La fijación normativa del contenido autónomo del derecho aeronáutico le hubiera posibilitado, en su sentido más simple, el etimológico, "governarse por sus propias leyes". Con ello, frontierizaba su resultado más trascendente: integrar en plenitud sus lógicas lagunas. Le posibilitaría la "completetza" que destacaba Donati.

El artículo proyectado lleva al reconocimiento de esa autonomía

¹⁴ VIDELA ESCALADA, Federico N. "El charter", cit., pág. 22, utiliza dicha expresión referida a locación de aeronaves.

¹⁵ Reformado por el Artículo 1º de la ley 11.156.

¹⁶ SALVAT, Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino-Comarcal", tomo I, pág. 421, utiliza esa expresión.

sistemática. Su fuente directa se encuentra en el artículo 1º del "Codice della Navigazione", al que supera al no hacerla depender ni remitirla a la propia de la navegación por agua y al condicionar la aplicación del derecho común¹⁷.

Establece una escala jerárquica en la aplicación de las soluciones legales antes de llegar a las normas del derecho común, que aplicarán "siempre que no resultaran incompatibles con aquéllas". La aplicación del propio código, las leyes y reglamentos, los usos y costumbres y la analogía, todos del derecho aeronáutico, conforman y posibilitan el reconocimiento autónomo referido que el "Código" desconoce al señalar en su artículo 939 la aplicación respectiva, por vía de remisión, de las normas de la locación (locazione) y del fletamento (noloeggio) de buques.

Estímase que la norma proyectada supera también al "Codice" porque le permitirá al derecho aeronáutico, efectivamente, integrar sus propias instituciones, como lo demuestra el tratamiento autónomo de los contratos de explotación que se hace en esta reforma al Proyecto de A. L. A. D. A. Da por tierra así, como queda demostrado, a la enfática declaración de la "Relazione" que esa "sistemización unitaria realizada por el Codice, permitirá el mayor dinamismo del derecho aeronáutico".¹⁸,¹⁹

Se completa este artículo B, cuando no pudieran aplicarse el código, las leyes y reglamentos, los usos y costumbres y la analogía, con la remisión a las normas del derecho común del país donde estuviere matriculado la aeronave y siempre que no resultaran incompatibles con aquéllas. Es la mejor forma científica de llenar las lagunas del derecho sin desnaturalizar la esencia del derecho especial.

La remisión al derecho común del país donde estuviere matriculada la aeronave posibilita el conocimiento cierto de la ley aplicable pensando que, sobre aquélla, pudieran convenirse sucesivos contratos de explotación en diversos estados.

4) Estímase que la sistemática del artículo B, referido específicamente a los contratos de explotación, pero que podría servir, en un plano superior, para incluir una norma similar en el Título primero del código proyectado, supera también al artículo 63 del código aeronáutico.

¹⁷ MALVAGNI, Giulio, "Proyecto de ley general de la navegación", redactado por encargo del Poder ejecutivo nacional según decreto 5496-39, en su artículo 1º establece disposición aunque sin la subordinación señalada.

¹⁸ "Relazione", cit., Nº 11, pág. 13.

¹⁹ Contrariamente, se estima que la sistemización adoptada por el "Codice" ha resultado contraproducente para el derecho aeronáutico impidiéndole su autónomo desarrollo doctrinario en Italia.

co argentino²⁰. La concordancia, puesta como nota de dicho artículo, remite al 939 del "Código" y lo hace mal. Según se señalara precedentemente, el artículo 939 remite a otras normas del mismo "Código", a los artículos 376 al 395 que tratan sobre la locación y el fletamento, pero no al derecho común. La remisión del "Código" es congruente con los principios científicos seguidos en su redacción, aunque no se los compara, al sistematizar legislativamente el derecho de la navegación y el aeronáutico juntos.

En cambio, al aclarar la nota del artículo 63 del Código aeronáutico argentino que "se refiere a las normas previstas en el título VII, libro 3º del código de comercio", cae en un nuevo error. Este código no legisla sobre la locación de buques, sino que refiere únicamente al fletamento con disposiciones anticuadas que subvierten su propio contenido. Tanto, que lo define en su artículo 1018 siguiendo el criterio consagrado por las ordenanzas de Colbert de 1681, como una locación de cosa mediante la siguiente redacción: "Fletamento es el contrato de arrendamiento de un buque cualquiera para el transporte de mercaderías o personas. Se entiende por fletante el que da y por fletador el que toma el buque en arrendamiento"²¹.

Además, con la remisión expresa al código de comercio, el artículo 63 del aeronáutico, comparte otros dos errores que conviene desterrar de una vez. En principio, los contratos de explotación de aeronaves no son actos objetivos de comercio. Se los considera así "por extensión de dichas leyes y no por la comercialidad sustancial del acto"²². En segundo lugar, el derecho marítimo, sería mejor decir de la navegación, no conforma ni es parte del derecho comercial, como se cree.²³

Recientemente, Malvagni²⁴ señaló que solamente, de la enumeración que hace el inciso 7º del artículo 8 del código de comercio argentino, deben considerarse actos de comercio los fletamentos, en cuanto persigan fines de lucro y sean realizados con carácter de habitualidad y

²⁰ Artículo 63 del código aeronáutico argentino: "Las normas establecidas en el código de comercio son aplicables, en cuanto no afecten o sean incompatibles con el presente código".

²¹ Este artículo fue redactado tomando el criterio seguido por el 173 del Código de Comercio francés.

²² SIMONE, Osvaldo Blas, "Conceptos", cit. pág. 2.

²³ VIDELA ESCALADA, Federico, "Primeras jornadas", cit. págs. 88 y 89 dijo: "el derecho marítimo está dentro del campo del derecho comercial; es la órbita grande del derecho comercial, el derecho marítimo ocupa una parte".

²⁴ MALVAGNI, Atilio, "Fenómeno Navegatorio y derecho de la navegación - Autocencia", presentado en el ciclo, que, en su homenaje y con el título de "Análisis crítico del Proyecto de ley general de la navegación", se realizó en 1964 con el patrocinio de la Universidad de Olivos.

los que pudieran comprenderse en la expresión genérica "todo lo relativo al comercio marítimo".

Con anterioridad, Ripert²⁶ expresaba también, pese a que los redactores del Código de comercio habían considerado al derecho marítimo como un derecho comercial, que ello no era absolutamente exacto. Tanto, que aún con la crítica de Bonneau²⁷, señalaba la existencia de un "derecho civil marítimo". Daba como ejemplo, además de todo lo relativo a la propiedad, transmisión, apoderamiento y venta de buques, la navegación por placer o por investigaciones científicas.

Igual criterio manifestaba Danjon, al decir que, "en realidad, el derecho marítimo está más cerca del derecho civil que del comercial. Si los legisladores de 1807 lo han agregado al derecho comercial era, sobre todo, para atribuir a los tribunales de comercio el conocimiento de los negocios marítimos".²⁸ Agregaba que la comercialidad de los actos relativos a las expediciones marítimas, a pesar de repetir el artículo 633 del código de comercio francés por ocho veces la expresión "indos", no es tal sino una presunción que puede ser inexacta en ciertos casos. La explicación de ese sistema se daba porque el derecho comercial, antes que el civil, satisfacía mejor la necesidad de rapidez y simplificación que existe en las materias marítimas.

5) La obligatoriedad de la instrumentación formal de los contratos de explotación y su debida inscripción en un registro para su perfeccionamiento, revela otra característica de estos convenios. Revela también el sometimiento de la voluntad individual para la "constitución" de sus derechos y el paralelo carácter publicístico del contrato.

El artículo C propuesto da forma a dichas caracterizaciones siguiendo el principio contenido en el Proyecto. Sin embargo, estimase que no corresponde hacer el distingo que hace el Proyecto, al exigir la inscripción "constitutiva" del derecho de las partes, en el contrato de locación (artículo 81) y tan sólo como medio de publicidad ante terceros, en el contrato de fletamento (art. 87). Por tal razón, el principio establecido por el proyectado artículo C sobre el efecto "constitutivo" del derecho para las partes como ante terceros, mediante la debida inscripción del convenio, debe ser extendido a todos los contratos de explotación. La razón de ello deberá encontrarse en el carácter publicístico de dichos contratos,²⁹ que los particulariza y distingue.

²⁶ RIPERT, George, "Droit Maritime", edic. 1911, tomo I°, N° 41, pág. 32.

²⁷ BONNEAU, Jules, "Le particularisme du droit commercial maritime", edic. 1911, pág. 48.

²⁸ DANJON, Daniel, "Traité de droit maritime", 2a. edic., Paris, 1926, tomo 2°, pág. 497.

²⁹ SIMONE, Osvaldo Blas, "Concepto", cit. pág. 3.

De tal forma, el derecho de las partes resultará umbilicado al registro antes que a los contratos que suscriban. La necesidad de la inscripción trae la paralela imposición legislativa de la creación de los registros.

La obligatoriedad de la inscripción restringe la soberanía de las partes. Se rompe el gran principio de la libertad contractual en consideración de la "pública utilitas" prevista.

Por su debida inscripción, se posibilita el conocimiento del contenido del contrato y del número y extensión de las obligaciones y derechos pactados. La necesidad de esta inscripción exige la forma escrita de estos contratos, que también se impone por el artículo C.

La inscripción de los contratos en el registro del Estado donde la aeronave estuviere matriculada, permite la certeza del debido conocimiento por cualquier interesado.²⁹ Además, la simultánea inscripción del contrato en el registro del país donde la explotación se realice, permite el debido conocimiento de la persona que se responsabilizará por el aprovechamiento de la aeronave.

6) Sin pretender revivir la polémica desencadenada a mediados del siglo pasado por TROP LONG³⁰ al sostener, basado en el artículo 1743 del código civil francés, que la locación confiere al locatario un verdadero "jus in re", un derecho absoluto y por tanto un derecho real sobre la cosa locada, la disposición establecida en el artículo CH es necesaria.

Se dispone en el mismo que los contratos de explotación de aeronaves, todos y cualquiera de ellos, sustituirán por el tiempo convenido o el que resultare de la aplicación de las disposiciones pertinentes aunque, durante su vigencia, sea enajenado su dominio por cualquier título.

Su fundamento deberá encontrarse en razones jurídicas, económicas y de equidad.

Quien pactare un contrato de explotación de aeronave, sea locador o fletante, decidiera enajenarla, no podrá desconocer el adagio latino "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet"; esto es, no podrá transmitir un derecho mayor que el que tiene. Ello para el supuesto que locador o fletante fueran los propietarios; en caso contra-

²⁹ El anteproyecto argentino del Código Accesorio Americano, editado por la Universidad Nacional de Córdoba en 1962, que mantiene similares disposiciones del Proyecto, es más preciso aquí que su modelo al escribir, en su artículo 89 que "no produce efectos contra terceros sino va seguido de la inscripción en el Registro de aeronaves del estado de la nacionalidad de la misma".

³⁰ TROP LONG, M., "Le droit civil expliqué - Du louage", París, 1837, tomo I^o, Nos. 3 a 30 y tomo . . . Nos. 473 a 501.

rio, quien resultara serlo, tampoco podrá desconocer el contrato de explotación que limita su derecho de propiedad y le impedirá transferirlo mejor y más amplio.

La debida inscripción del contrato, dispuesta por el artículo C, posibilitará su debido conocimiento por terceros.²¹

Otra razón jurídica deberá verse en que los contratos de explotación están vinculados a la cosa, a la aeronave de la que se sirven y aprovechan para ser tales. La aeronave resultará esencial al contrato y posibilitará el aprovechamiento convenido que configurará, respecto de aquella, una verdadera obligación "propter rem" u "ob rem".

Siendo así, por el principio general de derecho sobre la obligación que tienen los sucesores particulares de una cosa, de observar y respetar las obligaciones que siguen a la misma, los sucesores del dominio de una aeronave no podrían desconocer los contratos de explotación convenidos por su antecesor o con anterioridad a su derecho de propiedad.

Los fundamentos económicos y de equidad se complementan e interrelacionan.

Resultará muy oneroso para cualquier locatario o fletador pensar que su derecho podría ser cercenado imprevistamente por el traspaso del dominio de la aeronave.

Además, la inclusión de la norma propuesta encuentra su justificativo ante la posibilidad que los códigos civiles de los Estados signatarios no contuvieran un artículo similar al 1743 del francés²² o que, aun así, sólo se lo aplicara a los bienes inmuebles.²³ En ambos supuestos no podría extenderse la norma de derecho común al problema de estudio por cuya razón se impone su expresa determinación en la reforma propuesta.

Finalmente, su inclusión se ve ratificada por Malvagni al haber

²¹ Esta inscripción tampoco debe importar para calificar de *realizaciones* más el contrato de locación como hacen los autores españoles MANRESA, SANCHEZ ROMAN, VALVERDE y DE DIEGO, citados por FUBINI, R., "El contrato de arrendamiento de cosas", Madrid, 1910, pág. 72, nota 1.

²² Artículo 1743 del Código civil francés: "Si el locador vende la cosa locada, el adquirente no puede expulsar al arrendatario o locatario que tenga un contrato de arrendamiento auténtico o cuya fecha es cierta, a no ser que se haya reservado ese derecho por el contrato de locación.

²³ Como sostiene BAUDRY-LACANTINERIE y WARI, "Traité Théorique et pratique de droit civil", tomo 17º, "DU LOUAGE", 1900, Nº 1274; SALVAT, Raymond, "Tratado de derecho civil argentino - Contratos", edic. 1936, tomo 1º, Nos. 770 y 773.

dispuesto una norma similar, en su Proyecto, el artículo 305,²⁴ aunque aunque referido solamente al fletamento.

7) El artículo CH será de aplicación a cualquiera de las especies de contratos de explotación de aeronaves.

Se expresa en el mismo que dichos convenios subsistirán "durante el tiempo convenido o el que resultare" según que se prolonguen por todo el lapso pactado o que se rescindiera "ante-tempus" por previsiones contenidas en el mismo código.

Asimismo al expresarse que la enajenación fuera "por cualquier título", se sigue al artículo 1498²⁵ del código civil argentino que ha mejorado al 1743 del francés que solamente refiere a la venta.

Con aquella expresión se incluye la venta, permuta, donación, legado, aporte en sociedad, etc.

8) El artículo D propuesto tiene un gran sentido promocional. Excede en mucho al 78 del Proyecto que solamente faculta la locación de las aeronaves matriculadas en cualquier Estado signatario por personas nacionales o domiciliadas en los otros estados, también signatarios.

Se propone no referir al problema de la nacionalidad de quien convenga un contrato de explotación porque la remisión a los domiciliados incluye dicha posibilidad.

Asimismo, la estipulación final del artículo, que permite iguales condiciones para el ejercicio de la explotación de una aeronave a los domiciliados en otros estados signatarios que las impuestas a los nacionales del Estado donde estuviera matriculada la misma, amplía la perspectiva señalada.

Hace a la esencia y a la finalidad del código latinoamericano. Su aprobación final, y el hecho de su actual consideración y proyecto lo confirma; perspectiva la idea de establecer idénticas soluciones a los problemas que plantea la actividad aeronáutica en todos los estados signatarios. En definitiva, este artículo y el Proyecto todo, deriva de uno de los caracteres esenciales del derecho aeronáutico: su internacionalidad, su tendencia a la uniformidad legislativa.

Además, el segundo párrafo del artículo concreta el sentido promocional señalado. Tiende a promover, facilitándola, la actividad aeronáutica en todos los Estados signatarios mediante el debido aprovechamiento.

²⁴ MALVAGNI, Asilo, "Proyecto" cit., artículo 305: "Firmada la póliza de fletamento, el contrato subsiste aunque el buque fuera enajenado y los nuevos propietarios tienen obligación de cumplirlo".

²⁵ Artículo 1498 del Código civil argentino: "Enajenada la cosa arrendada, por cualquier acto jurídico que sea, la locación subsiste durante el tiempo convenido".

miento del material de aquellos que lo tuvieran en los que carecieran de los mismos.

Esta posibilidad conjuga también otro de los caracteres esenciales del derecho aeronáutico, su polifuncionalidad, que dejará de ser estrechamente nacional para brindarse en un marco latinoamericano.

b) Capítulo II: De la locación:

9) La locación de aeronaves, como se dijera, participa del régimen de la locación de cosas del derecho civil. Supone una bilateralidad o reciprocidad de efectos: mientras el locador ofrece y da la cosa, el locatario la toma y lleva. Es que la locación, del latín "locare", es sinónimo de "ofrecer públicamente".²⁰ Por eso, en el derecho romano se lo conocía como "locatio-conductio".²¹

El artículo 1493 del código civil argentino define este negocio jurídico extendiéndolo a cosas, obras y servicios. "Habrá locación, dice, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce²² de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio, un precio determinado en dinero".

Caracteriza la locación la obligación de ceder el "uso" por parte de quien da y ofrece para posibilitar el "goce" al que toma y lleva. Es decir, que el locador, sea propietario o sublocador, cede la utilización de la cosa dada en locación ("jus utendi") para posibilitar el aprovechamiento de los frutos, ganancias o utilidades ("jus fruendi") por el locatario o sublocatario.

10) La redacción del artículo 75 del Proyecto de A.L.A.D.A. no es feliz. El agregado final que hace para caracterizar el uso y goce de la aeronave, "a fin de ser utilizada para uno o más viajes, por un cierto tiempo o por kilometraje a recorrer" resulta innecesario y hasta puede convertirse en fuente de conflictos.

La única nota limitativa del uso y goce de una aeronave debe ser temporal y nunca referirse al viaje o al kilometraje que pudiera hacerse con ella. Si, por vía del absurdo, se siguiera el criterio señalado por el artículo 75 del Proyecto y se conviniere entre locador y locatario

²⁰ IHERING, R. "El fin en el derecho", Nº 36, nota 1.

²¹ MAYNZ, Carlos. "Curso de derecho romano", tomo 2º, págs. 254, 255.

²² Al decir "el uso o goce" podría llevar al doble equívoco que ambos

términos son sinónimos o bien excluyentes. La verdad es otra; estimase que no existe equivalencia ni exclusión. Podría "usarse" de una cosa sin tener la posibilidad jurídica del "goce" de sus frutos, como ocurre en los contratos de comodato y de depósito.

de una aeronave su uso y goce "a fin de ser utilizada para uno o más viajes" o "por kilometraje a recorrer", sin mención de tiempo, los conflictos que nacerían de la omisión serían interminables. Fíjase que la locación debería subsistir hasta que el locatario decidiera hacer el viaje o recorrer el kilometraje estipulado. De donde, la ausencia de un límite temporal dejará indefenso al locador y le obligará, en salvaguarda de sus derechos, a solicitar judicialmente la fijación del plazo dentro del cual el locatario deberá hacer efectivos el uso y goce convenidos. Que será lo mismo que reconocer como inadecuadas e inoficiosas las formas de locación propuestas.

Por otra parte, si en el mismo contrato se fijara un plazo dentro del cual el locatario deberá disponer de la aeronave para realizar el viaje o recorrer el kilometraje convenidos, el carácter limitativo de la locación estará dado por el tiempo antes que por la fijación del uso de la misma.

La presente crítica participa un poco, salvando las distancias, de la que mereciera el propio artículo 1493 del código civil argentino al omitir la fijación de un carácter temporal al uso y goce propios de la locación.²⁹

Estas razones llevan a simplificar el contenido del contrato de locación de aeronaves centrándolo su caracterización en las tres notas que la tipifican: uso y goce de la aeronave, precio cierto y tiempo determinado.

Queda sobreentendido que dicho uso y goce de la aeronave deberá hacerse "conforme con el uso que por su naturaleza está destinada a prestar", por aplicación del artículo A de las Disposiciones Generales.

11) Se propone reemplazar el artículo 76 del Proyecto. La referencia normativa a la locación de aeronave "armada y tripulada" no "armada y equipada",³⁰ como lamentablemente se acostumbra decir, debe hacerse sobre una particularización distintiva del contrato pero

²⁹ El "Proyecto de Reformas" de 1936 supera dicha crítica diciendo sobre el particular lo aconsejado por Bribiani en su "Anteproyecto". Lo hace por medio de su artículo 1915 agregando a la definición de locación la expresión "por tiempo determinado".

³⁰ Conviene desterrar de una vez un italianismo crónico. La doctrina marítima peninsular denomina esta locación como de "nave armada e equipaggiata" entendiéndose por tal el aprovisionamiento y la tripulación del buque. Es corriente traducir tal expresión por "buque armado y equipado". Y se traduce mal porque, si bien "equipaggiato" significa indistintamente "Armas, abastecer, armarlas", en sentido restringido "equipaggio" señala la tripulación de un buque (AMBRUELL, Lucio, "Nuevo Diccionario Italiano-español", 6a. edición, 1953, Torino, pág. 432). Si se tradujera inadvertidamente por "equipado" se repetiría dos veces una misma idea, dando lugar a confusión. Propónese corregir tal situación nombrando dicha locación como de "buque armado y tripulado" con lo que ganará en amplitud y sentido representativo.

nunca de aquellos caracteres que surgen normal y adecuadamente por el libre juego del mismo instituto.

Resulta incongruente que una norma legislativa, so pretexto de calificarla se extienda en explicaciones que surgen del propio concepto de la cosa que norma. Tal lo que ocurre con el párrafo del artículo 76 del Proyecto que dice "siempre que la conducción técnica de la misma y la dirección de la tripulación queden a cargo del locatario".

La sistematización legislativa de la locación de aeronaves es un todo y deben conjugarse, paralela y armónicamente, todas sus normas. Lo contrario disturbaría las soluciones. En la locación de la aeronave armada y tripulada, el locador tiene siempre la misma obligación que le corresponde aunque la aeronave no tuviera tales particularidades: entregarla al locatario. Esta obligación es de carácter fundamental⁴¹ porque el uso y goce de aquella sólo se hará efectivo mediante su entrega. Por esta razón, el párrafo cuestionado resulta una paráfrasis innecesaria. Esta explicación amplificativa se torna más innecesaria con la nota puesta al pie del artículo. Dice allí que "el carácter de explotador lo tiene siempre el locatario; en el caso contrario se trataría de fletamento". Si explotador resulta ser quien "teniendo a su disposición una aeronave y la dirección técnica de la misma, la utiliza por cuenta propia, aun sin fines de lucro",⁴² según refiere el artículo 72 del mismo Proyecto, el agregado al artículo 76 no tiene justificativo alguno. Con el aprovechamiento de la aeronave que toma en locación, sea o no armada y tripulada, el locatario siempre resultará "explotador", es decir, siempre tendrá la disponibilidad de la misma mediante su dirección técnica y el aprovechamiento de su uso.

Con lo que se llega a demostrar que el artículo en cuestión resulta innecesario.

12) Según el concepto tradicional que se tiene de la locación de aeronave armada y tripulada, no se justifica su particularización en una norma como hace el Proyecto. Poco o nada difiere de la locación de buque armado y tripulado porque entiendo comprendidas en la definición las distintas especies de locación, por tanto, tampoco podrá hacerse remisión a la aeronave armada y tripulada al considerarse las aeronaves, según el sistema impuesto por su artículo 939. Su "Relazione" lo ratifica al expresar "entran entonces en la definición legislativa todas

⁴¹ SALVAT, Reynaldo M., "Tratado de derecho civil argentino - Fuentes de las obligaciones"; edic. 1957, tomo II, pág. 98.

⁴² El Código aeronáutico argentino, artículo 58 lo define como "la persona que la utiliza (la aeronave) por cuenta propia, aun sin fines de lucro", mientras que la Convención de Roma de 1932 sobre "Daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras", lo denomina "operador" definiéndolo como "quien, habiendo adquirido, directa o indirectamente, el derecho a usar la aeronave se ha reservado el control de su navegación".

las hipótesis en las que resulta objeto del negocio el goce de un buque, sea armado o desarmado".⁴²

13) El reemplazo propuesto puede provocar sorpresa. Tiende a dar fin al repetido litiguello que, con la cesión del uso y goce de la aeronave armada y tripulada, se ceden también los contratos de trabajo del personal de vuelo.

Es lugar común en el estudio de ese contrato expresar este carácter. Tanto, que podría calificársele de clásico en la literatura iusmatrimonialista y aeronáutica.⁴³

La analogía lineal de la doctrina que pretende ver, con la cesión del uso y goce de una aeronave o de un buque armados y tripulados, la paralela transferencia de los contratos de trabajo o de ajuste, es errónea. El hecho aeronavegatorio, el hecho técnico determinado por la navegación antes que por la comercialización del tráfico,⁴⁴ impide

⁴² "Relazione", cit., Nº 226, pág. 133.

⁴³ FERRARINI, Sergio, "I Contratti di utilizzazione della nave e del aeromobile", Roma 1947, pág. 26. BRUNETTI, Antonio, "Manuale di diritto della navigazione", Padova, 1947, pág. 194. FIORENTINO, A., "Contratti navali", pág. 4. MANCA, Pina, "Sud", cit., vol. II, pág. 13. MALVAGNE, Attilio, "Contratti de trasporto per acqua", pág. 72. "RELAZIONE", cit., Nº 226, pág. 133: "la locación (de buque armado y tripulado) está calificada por la contemporánea cesión al locatario de los contratos de ajuste, análogamente a lo que ocurre en la cesión de "azienda".

LEFEVRE DONVIDIO y PESCATORE, 2a. edición de 1953, cit., pág. 269, expresan dada al decir: "esta definición comprende sea el tipo de locación a "scudo nudo" (inbrago), es decir la locación del buque o de la aeronave con sus pertenencias, sea la locación del buque o de la aeronave armado y tripulado en el que, junto con la relación de la locación, subsiste la cesión de los contratos de ajuste". Lamentablemente, en dicha edición, era la única reflexión que hacían sobre el tema y la duda señalaba dada por el modo verbal empleado (condicional) antes que por cualquier otra aclaración.

Posteriormente, en su 4a. edición de 1964, completan su pensamiento aclarándose a la posición sostenida en esta reforma al proponer el artículo G. Dican aquellos autores en la pág. 302, "La definición comprende sea el tipo de locación a "scudo nudo" (inbrago), es decir la locación del buque o de la aeronave con sus pertenencias, sea la locación del buque o de la aeronave armado y tripulado. En tales hipótesis, en los sentidos de la norma contenida en el artículo 547 del "Codice della navigazione" (añádase que refiere al cambio de armador), el locatario sucede al locador en todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de ajuste. La sustitución, todavía, no importa realizar un acto de cesión de los contratos de ajuste, negocio que iría justo al de la locación. Y éste, no tanto por el motivo, que, siendo el de ajuste un contrato solemnado, también la cesión debería estar hecha en la misma forma solemnada del contrato cedido, cosa posible en abstracto, sino antes bien porque el efecto de la herencia del locatario en la preexistente posición contractual se realiza "ex lege", independientemente de la intención de las partes, dando lugar entonces a un caso en cuestión que, según un resultado ya alcanzado por la doctrina más calificada, es totalmente distinto del de la cesión de negocio".

⁴⁴ SCIALOJA, Antonio, "Sistema", cit., pág. 6.

subsumirlos y menos aún identificarlos con la cesión de empresa. La falta de la debida valoración del todo y de cada uno de sus elementos, lleva a soluciones contradictorias e irrealas.

La locación señalada origina una situación de hecho que vincula al tripulante con el locatario. Se traduce en una *relación de trabajo* en lugar de la cesión de los contratos pactados por el locador. Surge normalmente por el simple hecho de la continuación de sus tareas por el tripulante. No necesita de una decisión formal. Ese "hecho laboral" vincula al tripulante con el locatario y produce efectos jurídicos entre ambos. Sus recíprocos derechos y obligaciones les impone la observancia de las mismas modalidades convenidas con el locador. En cuanto a éste, la locación de la aeronave no le desobliga de los compromisos asumidos al convenir los contratos de trabajo del personal de vuelo y le hace solidariamente responsable con el locatario de las indemnizaciones y derechos que correspondieran al tripulante.

La justificación en derecho de la facultad del locatario de utilizar los servicios de la tripulación, de impartirle órdenes y la correlativa obligación de ésta de aceptarlas, a pesar de no haberse transferido los contratos de trabajo, deberá encontrarse entre las facultades del locador. En efecto, la inexistencia de los contratos laborales ni una pretendida novación, pueden determinar aquella facultad.

En cambio, las facultades de coordinación y dirección que se reconocen al empleador sobre las tareas del dependiente autorizan al locador, en tanto empleador, a modificar las tareas del tripulante en cuanto a la forma y modo en que deba realizarla. Dichas facultades se conocen como "jus variandi" que conformará, así, la justificación en derecho de la utilización de los servicios de la tripulación por el locatario.

Estas facultades no obligan al tripulante a aceptar injurias a su persona o a sus derechos.

El conocimiento de la problemática que plantea el contrato de trabajo de la tripulación en la locación de aeronaves armadas y tripuladas debe tener una realidad legislativa. Su dispersión en notas doctrinarias y criterios analógicos resultan factores de condicionamiento que, frecuentemente, llevan a soluciones contradictorias.⁴⁸

Por tales razones, considérase oportuno la inclusión del artículo G proyectado que tendrá, luego, especial relevancia al tratarse en el artículo H una de las obligaciones del locatario: devolver la cosa en el estado en que la recibió.

⁴⁸ SIMONE, Osvaldo Biza, "El contrato de ajuste en la locación de buque", próximo a editarse. Todo lo expresado sobre la pretendida cesión de los contratos de trabajo en la locación de la aeronave armada y tripulada es un resumen del punto 41, "Resultado final", de las conclusiones expuestas en dicho trabajo.

14) Estímase conveniente suprimir el artículo 77 del Proyecto. Según señala su nota, responde a un principio general de derecho. Su observancia resultará, entonces, de la aplicación de esos principios de derecho común que no resultaran incompatibles con los propios del derecho aeronáutico. Y esta solución se da por vía del artículo B del Capítulo Preliminar propuesto.

15) Se sugiere también suprimir el artículo 78 del Proyecto.

Por el artículo B del Capítulo Preliminar se amplía el propósito contenido en dicho artículo 78 y se lo extiende, con gran sentido promocional.

16) Se reemplaza la redacción del artículo 79 del Proyecto por otra que, se estima, más conveniente de acuerdo con los principios propios de la locación y los específicos del derecho aeronáutico.

Como las obligaciones del locador no afectan al orden público las partes pueden convenir otras distintas, aumentando, disminuyendo o suprimiendo las fijadas normativamente, por cuya razón se expresa esa posibilidad mediante la fórmula "salvo pacto en contrario". Por tal razón, el futuro código debe incluir un mínimo de "obligaciones legales" del locador, que son las que surgen naturalmente del contrato, para suplir la posible omisión de las partes.

17) A pesar que la locación no es un contrato real ni solemne y se perfecciona sólo "consensus", por el solo consentimiento de las partes, la obligación esencial del locador es la entrega de la aeronave en estado de navegabilidad para el uso al que ha sido destinada. Este estado de navegabilidad no está referido solamente a la aeronave en sí, sino que se encuentra integrado, además, con las pertenencias propias de la misma y con la documentación, esto es, con los certificados necesarios para hacerlo.

Esta obligación de entregar la aeronave con sus pertenencias deriva del principio común a todas las obligaciones de dar cosas ciertas y a que, el uso y goce convertidos en favor del locatario, se extiende sobre los mismos. Se ha adoptado aquí el moderno criterio sostenido por Malvagi en el artículo 215 de su "Proyecto de Ley General de la Navegación" al no distinguir entre accesorios y pertenencias,⁴⁷ como hace la doctrina italiana. Para ello se determina que esas pertenencias pueden ser fijas o sueltas, con lo que se supera la distinción entre cosas que no participan íntimamente en la constitución de la cosa compuesta, aeronave, que conservan su individualidad (pertenencias) con las que están íntimamente unidas a la cosa principal (accesorios).

⁴⁷ En realidad, Malvagi no es consecuente con su posición o, tal vez, lo incluyera inadvertidamente, porque en el artículo 213 de su "Proyecto" que refiere, precisamente, a las obligaciones del locador dice que "debe entregar el buque al locatario con todos sus accesorios".

18) Se incluye también, entre las obligaciones del locador, la entrega de la documentación necesaria para el uso de la aeronave en la navegación. Refiere concretamente a los certificados de navegación.

En rigor, en estos certificados deberá verse una relación jurídica con la aeronave que le hace participar, siquiera potencialmente, del mismo carácter de las pertenencias referidas. Aunque compartiéndose la idea expuesta, la individualización en el inciso de "la documentación necesaria", se ha hecho para evitar futuras controversias.

19) La obligación señalada en el inciso 2 del artículo H es consecuencia de la anterior y refiere a la necesidad de mantener a la aeronave en estado de navegabilidad durante toda la vigencia de la locación. Es la llamada "obligación de garantía". Aquí también se expresa la posibilidad de las partes de derogar esta obligación por no afectar al orden público.

20) No se comparte, por cuya razón no se incluye en el inciso propuesto, la necesidad de consignar expresamente en el futuro código disposiciones que resultan de principios generales de derecho común. Como se hace en el inciso b), in fine, del artículo 79 del Proyecto al señalar que la obligación del locador de entregar la aeronave en el tiempo y lugar convenidos y con la documentación necesaria "cesa en caso de culpa del locatario".

Tampoco se comparte la excepción que Malvagni hace a las obligaciones del locador en el artículo 284 de su "Proyecto". Dice allí que "será responsable de los daños ocasionados por sus defectos de navegabilidad (del buque), salvo que probare que se trata de vicio oculto".

Pone como referencias los artículos 1515 del Código Civil argentino y el 380 del "Codice della navigazione" italiano. Pero ninguno de los dos justifica esa excepción.

En efecto, la finalidad esencial de la locación, es decir, el uso y goce convenidos, no se cumpliría si el locatario se viera privado de ellos por la innavegabilidad de la aeronave o del buque.

Si el locador tiene la obligación inicial de entregar la aeronave o el buque en buen estado de navegabilidad, esa obligación continúa por efectos del carácter "continuativo o de tracto sucesivo" que tiene la locación. Por ello, aquella obligación inicial se transforma en otra de conservar ese mismo estado de navegabilidad que no puede derogarse ante un vicio oculto.

Precisamente, el artículo 1516 del Código Civil Argentino expresa ese criterio al obligar al locador a mantener la cosa en buen estado por "vicio o defecto de ella, cualquiera que fuere".

El artículo 380 del "Codice della navigazione", que también aquí

es criticable, hace una salvedad que Malvagni no incluye. Relewa de responsabilidad al locador "si prueba que se trata de vicio oculto no comprobado con la normal diligencia".

Esta conducta del locador, que no puede equipararse a la "debida diligencia" que señala la Convención de Bruselas de 1924, no escape las críticas ya expresadas. Por otra parte, esta excepción no podría derogar la acción de "quanti minoris" o la resolución, del convenio a que tendría derecho el locatario.

21) Las obligaciones impuestas al locatario también pueden dejar de observarse por las partes. Con todo, consecuentemente con lo expresado al comentar el capítulo "Disposiciones Generales", la obligación impuesta al locatario en el inciso 1) del artículo I propuesto, de usar la aeronave conforme con su naturaleza, en el concepto-función ya referido y para el empleo convenido, es inderogable y se le impone bajo pena de nulidad.

Su finalidad es consecuente con el artículo A para que el contrato pueda calificársele de "explotación de aeronave" y así poder aplicársele el ordenamiento pertinente (limitación y exención de responsabilidad, etc.).

Esta obligación resulta también de las propias que el derecho común impone al locatario (artículos 1504 y 1554 del Código civil argentino).

22) Las restantes obligaciones del locatario también resultan de la adopción de normas fundamentales del derecho común: pagar el precio de la locación en el plazo y lugar convenidos, devolver la aeronave en el plazo y lugar convenidos, devolver la aeronave en el lugar estipulado, con la documentación recibida y en el estado en que la recibiera, salvo caso fortuito o fuerza mayor o por el uso convenido.

23) Inclúyese en la enumeración que, de las obligaciones del locatario, hace el inciso 3) del artículo I proyectado, dos estipulaciones que se consideran muy importantes. Han sido tomadas del "Proyecto de ley general de navegación" de MALVAGNI que, aquí también, supera en mucho al "Codice della navigazione" italiano. Son previsiones esenciales que derivan de la aplicación de instituciones típicas de los derechos de la navegación por agua y por aire.

La primera refiere a la obligación del locatario de devolver la aeronave al locador, al término de la locación, libre de tripulantes, si así la hubiese recibido. Esta previsión es de toda lógica porque si se le impone al locatario la obligación de usar la aeronave en la navegación, fuerza será, que, para ello, deba contratar paralelamente los servicios del personal necesario para posibilitar ese uso.

La falta de una debida normación podría inducir al locatario, con una lógica no exenta de cierta razón, de trasladar al locador las consecuencias del uso que se lo impusiera: las indemnizaciones por la finalización de los contratos de trabajo de la tripulación.

24) La segunda previsión señala la obligación del locatario de devolver la aeronave libre de todo crédito privilegiado ocasionado por su uso o explotación.

Son bien conocidos los privilegios que pueden recaer sobre la aeronave, precisamente, por su uso en la navegación. El artículo 40 del Proyecto de A. L. A. D. A. los enumera en seis incisos de los cuales cuatro, nada menos, tienen su origen por el uso de la aeronave en la navegación. Que es a lo que, en definitiva, se ha obligado el locatario.

Estos créditos privilegiados pueden derivar: por los derechos de utilización de aeródromos o de los servicios accesorios o complementarios de la aeronavegación por el salvamento de la aeronave, por el aprovisionamiento y reparaciones a la aeronave hechos fuera del punto de destino para posibilitar que continúe su viaje y por los sueldos de la tripulación. (El proyecto de Código aeronáutico americano mantiene también seis incisos para los créditos privilegiados, pero aumenta a cinco los que pudieran derivar del uso de la aeronave al incluir a los señalados los créditos por gastos extraordinarios indispensables para su conservación).

Resultará entonces que el normal uso de la aeronave en el concepto-función señalado podría crear los privilegios enumerados que recaerían sobre aquella y, en última instancia, sobre su propietario.

Esto es lo que trata de evitar la norma comentada.

25) Asimismo, se ha pretendido complementar el propósito fijado por MALVAGNI, obligando también al locatario a devolver la aeronave libre de todo gravamen ocasionado por su uso. El "Proyecto de ley General de la Navegación" no lo dice, pero como el ejercicio de la navegación por un buque o por una aeronave puede llevar a su embargo preventivo, sin necesidad de originarse en un crédito privilegiado, estimase conveniente el agregado.

Precisamente, el inciso 1º del artículo 55 del Proyecto de A. L. A. D. A. prevé la procedencia del embargo preventivo de una aeronave en virtud de un crédito impago acordado por la realización del viaje. Esta posibilidad es la que se trata de evitar incluyéndola entre las obligaciones del locatario al tener que devolver la aeronave, al término de la locación, libre de todo gravamen que exceda a los privilegiados.

26) Finalmente, agrégase a las obligaciones del locatario la que deriva del derecho común, artículo 1530 del código civil argentino. Consiste en poner en conocimiento del locador, en la brevedad posible,

cualquier novedad dañosa o acción que ataquen el derecho de propiedad, uso o goce de la aeronave bajo pena de responder a los perjuicios resultantes.

En realidad, el ataque al uso, y, aqce, de la aeronave, afectará, más, al locatario, ya que, ante la falta del aviso al locador, deberá considerarse como una renuncia a la debida garantía que éste otorga.

27) El artículo I resulta una consecuencia directa de la posición asumida en el F. sobre el quehacer de la tripulación en la locación de aeronaves armadas y tripuladas.

Si se compartiera el criterio clásico, aquí impugnado, que con la cesión del uso y goce de la aeronave tripulada se ceden también los contratos de trabajo de su tripulación, deberá aceptarse que, transcurrida la locación, todo ese complejo que conforma una "explotación" retornará al locador. Es decir, habría una re-cesión del uso y goce de la aeronave y del quehacer de la tripulación.

Resulta innecesario repetir el principio general de derecho que, en tal supuesto y al término de la vigencia de la locación, el locatario deberá restituir la aeronave "en el estado en que la recibió" (es eadem essentia et in eadem statu quo eam recepit).

Esta obligación le imposibilitaría al locatario concluir nuevos contratos de trabajo si, durante la vigencia de la locación, se resolvieran válidamente los que había concertado el locador. La perspectiva de tener que devolver la aeronave "en el estado en que la recibió", supone restituirla con los mismos tripulantes recibidos para lo cual el locatario se vería forzado, contractualmente al derecho que le asiste, a renovar los convenios laborales cuya resolución se produjeran durante la vigencia de la locación.

Por ello, armonizando adecuadamente los principios que sostienen el artículo F, con la facultad conferida al locatario en el artículo I, se daría solución al problema ante la necesidad de devolver la aeronave "en el estado en que la recibió".

28) Las disposiciones contenidas en los artículos J y K son consecuencias de principios generales de derecho. Su inclusión obedece al deseo de señalar también, expresamente, un mínimo de "obligaciones legales" del locatario para suplir la posible omisión de las partes.

29) Los artículos L y LL refieren al tiempo de la locación. Su importancia es muy grande porque la locación, por ser continuativa o de tracto sucesivo, prolonga las obligaciones o derechos de las partes.

Cuando se fijara un plazo para la locación de la aeronave, no sobrevenirá ninguna dificultad. En cambio, si nada se conviene sobre el "tiempo" de su uso y goce, el código debe acudir en ayuda, dando un

critério cierto y exacto para conocer la duración de la locación. Esta solución se justifica ante la posibilidad de perpetuarse la locación, que desvalorizaría y gravaría el derecho de propiedad.

Con tal objeto, el artículo L. propuesto expresa un plazo presuntivo de la locación de la aeronave según se conviniere para la realización de viajes o servicios determinados. Su remisión al "tiempo que normal y razonablemente sea necesario para cumplirlos" no equivale a un plazo único o máximo, fijado anticipadamente, sino que da la suficiente flexibilidad de interpretación en cada circunstancia.

Evita dejar librado a la voluntad del locatario, que podría resultar negligente o maliciosa, la realización de los viajes o servicios convenidos con lo que alargaría indebidamente el plazo de la locación.

Piénsase que este principio es de orden público porque hace a la temporalidad del uso y goce del locatario, carácter esencial de la locación.

30) Contrariamente a lo que establecen las disposiciones de derecho común, que facultan la cesión o la sublocación si no estuviere prohibida por el contrato o por una disposición legal, el artículo M prevé su prohibición salvo el expreso consentimiento del locador.

Se justifica el apartamiento del principio común porque la locación de aeronave se realiza generalmente atendiendo a las condiciones especiales del locatario, tiene un carácter personal, "intra personae". Contrariamente, la locación del derecho común genera un relación jurídica transmisible, destacándose por su carácter impersonal.

La cesión y la sublocación son dos figuras jurídicas distintas por sus caracteres y efectos. De allí la necesidad de señalarlas expresamente. Mientras la primera importa transmitir los derechos y obligaciones que se tienen por efecto de la locación, la sublocación es dar nuevamente, formalizar un nuevo contrato de locación.

31) El plazo de prescripción de un año propuesto para las acciones derivadas de la locación, coincide con el del artículo 186 del Proyecto. Su inclusión obedece al propósito de complementar dicho artículo, de carácter general, fijando los distintos momentos según las situaciones, a partir de los cuales deberá contarse el plazo para la prescripción.

c) Capítulo III: Del fletamento:

32) Consecuente con la naturaleza jurídica atribuida a los contratos de explotación y a sus caracterizaciones, se proyecta un capítulo especial y unitario dedicado al fletamento de aeronaves. Ello no significa tomar partido en la intrincada marca conceptual derivada de la clasific-

cación que de los contratos de explotación hiciera la doctrina. El sentido finalista del Proyecto justifica la técnica legislativa empleada⁴⁸.

33) Se expresó precedentemente que "el fletamento se insertará en el vasto campo de la locación de obra ("locatio operis").

Del artículo N proyectado surgen claramente sus dos elementos, el pago de un precio y la obligación de realizar los viajes⁴⁹, la que, por ser objetivamente posible, lícita y determinada, configura, paralelamente, el objeto del fletamento: la locación de obra.

Asimismo, en dicho artículo se reflejan las dos formas típicas, del instituto: *fletamento por viaje* y *fletamento por tiempo*⁵⁰.

También surgen del artículo propuesto dos características fundamentales: la determinación específica de la aeronave y la asunción del carácter de explotador por parte del fletante.

34) La primera característica, la determinación específica de la aeronave, no contribuye, en verdad, a la realización de la obra convenida, el viaje. En cambio, resulta una limitación, una condición de ese "opus", al tener que hacerlo con determinada aeronave.

35) La segunda característica señalada en el mismo artículo N, sirve para enmarcar en sus límites precisos al fletamento. En efecto, si el fletante, en tanto explotador, se obliga a realizar los viajes convenidos

⁴⁸ MALVAGNI, Attilio, "Clasificación de los contratos de utilización de buques", separata de los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, tomo XVIII, reduce la división tripartita italiana (locación, fletamento y transporte) a dos especies, locación y transporte. Búscame en la idea que, fuera del primero, todos los demás son contratos de transporte". ("Exposición de motivos" de su Proyecto, pág. 38) porque "transportar es trasladar y la verdadera obligación del fletante en un contrato de fletamento es time-charter en una transporte-traslado y por lo tanto nos encontramos frente a un contrato de transporte". ("Clasificación", cit., pág. 12).

A pesar de ello, no traduce explícitamente en su "Proyecto" la clasificación bipartita señalada sino que dedica sendos capítulos a la locación, al fletamento a tiempo, al fletamento total o parcial y al transporte en líneas regulares y de carga general "por considerar que se trata de un detalle que debe dejarse a la construcción jurídica de los doctrinarios". ("Exposición", cit., pág. 39).

⁴⁹ Contra: SPASIANO, "Il noleggio di nave o di aeromobile" en "Annali dell'Inst. Univ. navale", tomo XXX, para quien la obligación típica del fletante no sería la de navegar sino la de suministrar una compleja actividad, trabajo que se descompondría en tres obligaciones esenciales: la navegación y los abastecimientos del espacio en el buque o la aeronave y de la actividad de la tripulación.

⁵⁰ FERRARINI, Sergio, "Aggiunti del corso di Diritto della Navigazione", edic. 1960, Torino, a cargo de C. Medina y G. Righetti, pág. 10, dice que esa distinción es "súperamente combatida en doctrina ya que en la práctica se distingue fletamento por viaje (voyage-charter) el transporte de carga sobre buques determinados".

va de suyo que tendrá "el control sobre la tripulación y la conducción técnica de la aeronave".

Estímase que el artículo N proyectado supera al 83 del Proyecto de A.L.A.D.A. porque si el explotador tiene "la disponibilidad" de la aeronave, según su mismo artículo 72,⁸¹ resulta innecesario reiterar la condición del control de la tripulación y de la conducción de la aeronave.⁸²

36) Incluyéndose en el artículo N las distintas formas que pueden tener los fletamentos, resulta innecesario determinarlas expresamente por normas separadas. Esta razón lleva a sugerir la derogación del artículo 84 del Proyecto.

37) Las obligaciones del fletante, enumeradas en el artículo O, resultan de los lineamientos del instituto.

Las señaladas en su inciso 1) hacen a la posibilidad y cumplimiento del fletamento. Poner la aeronave en la época, lugar y durante el tiempo convenidos señala la realización de la primera obligación del fletante, cualquiera sea la forma estipulada, por viaje o por tiempo. Aunque no se expresa, con la aeronave pronta, aquél debe dar aviso al fletador de esa circunstancia⁸³ para la ejecución del contrato.

Al referir al estado de navegabilidad de la aeronave, deberá correlacionarse con su empleo "en el destino convenido". De donde, esta obligación del fletante se extiende sobre el estado de navegabilidad "en abstracto y en concreto" de la aeronave, es decir, sobre aeronavegabilidad en general y en particular, según el destino pactado.

La obligación establecida en el inciso 2) refiere concretamente a la finalidad del fletamento: la realización de los viajes. También aquí, la obligación se determina para cualquiera de las formas que pudiera adoptar el fletamento.

Los gastos por la efectiva realización de los viajes convenidos lleva, con toda lógica, a imponerlos al fletante con la excepción prevista en el artículo R, cuando el fletamento sea por tiempo.

⁸¹ Proyecto de A.L.A.D.A., artículo 72: "A los fines del presente código, "explotador" es la persona que teniendo a su disposición una aeronave y la dirección técnica de la misma, la utiliza por cuenta propia sin fin de lucro".

⁸² MALVAGNI, Attilio, "Proyecto", cit., en su artículo 388 cas en paréntesis redundancia al definir el fletamento a tiempo diciendo que existe "cuando el armador de un buque determinado, conservando su armador". La condición de armador, "utilizar un buque del cual tiene la disponibilidad" (artículo 310), releva de la necesidad de referir a la tenencia al tratar el fletamento.

El "CODICE DELLA NAVIGAZIONE", al tratar el fletamento ("noleggio") en su artículo 364, no señala ninguna de las condiciones que aquí se critican.

⁸³ Aviso "di prontezza", "notice of readiness".

Finalmente, las obligaciones a cargo del fletante derivada de la gestión náutica se enfrentan a las que, paralelamente, corresponden al fletador por las operaciones comerciales.

El reemplazo del artículo 85 del Proyecto por el O propuesto significará un tratamiento más prolijo y adecuado de la cuestión.

38) Igualmente se propone reemplazar el artículo 86 del Proyecto, que refiere a las obligaciones del fletador, por el P. En éste, se dá una caracterización normativa a la que el inciso 3º del artículo 86 resuelve muy simplemente diciendo "enfrentar la gestión comercial". La asunción por el fletador de la responsabilidad derivada del transporte de personas y cosas y por el uso que haga de la aeronave lleva a la determinación de la llamada gestión comercial. Comprendense en la misma las faltas en que incurriera la tripulación en tales actividades.

Los cuerpos legales conocidos no tienen una disposición similar, sino que solamente refieren a las llamadas culpas comerciales del capitán²⁴ o a las obligaciones asumidas por el capitán en la gestión de transportador del fletador²⁵ (cláusula de "indemnity").

El inciso 3) del artículo P. reconoce su origen en el último párrafo del 296 del "Proyecto" de Malvagni. Por analogía con el correspondiente de las obligaciones del locatario, aquí también se refiere a los créditos privilegiados o gravámenes que se hicieran efectivos sobre la aeronave por el transporte de personas y cosas y por el uso que de la misma se hiciera.

39) El artículo que refiere a la facultad que tiene el fletador de impartir órdenes a la tripulación en lo que haga a su gestión comercial (cláusula de "employment"), reitera su responsabilidad por dichos actos. Ello no implica la cesión o transferencia de los contratos de empleo.

40) Como se dijera precedentemente, en el artículo R se prevén excepciones a la obligación del fletante por los gastos, derechos o tasas que deban abonarse para el cumplimiento de los viajes convenidos.

La excepción refiere solemne cuando el fletamiento sea por tiempo. Y es lógica porque el uso, comercial o no, que el fletador haga de la navegación convenida no puede tornarse oneroso para el fletante. Con todo, éste seguirá obligado en tal situación solamente por los salarios de la tripulación, seguro de la aeronave y las erogaciones necesarias para que la misma se encuentre en condiciones de navegabilidad.

41) Se introduce en el Proyecto, por medio del artículo RR, dos disposiciones que son corrientes en el derecho de la navegación. La pri-

²⁴ Artículo 393 del "Código de la Navegación".

²⁵ Artículo 296 del "Proyecto de Ley General de la Navegación" de Malvagni.

mera refiere a la obligatoriedad de tener que abonarse el flete por períodos adelantados. Las referencias siempre dicen "períodos mensuales", pero en la especie se ha preferido dejar librado a las partes la fijación de dichos períodos (mensuales, quincenales, semanales, etc.) en razón de la menor durabilidad de los viajes y de la vigencia de los fletamentos por tiempo.

La segunda disposición es consecuencia de la expresada. Establece una condición resolutive expresa que faculta al fletante a dar por rescindido el contrato, notificándolo al fletador y a dejar de poner la aeronave a su disposición.

Es la aplicación de lo que se conoce como cláusula de "cancelling" o "cancelling clause"²².

42) Los artículos S y T propuestos expresan condiciones en la ejecución de los viajes a realizar con la aeronave y por el flete adeudado en supuestos que no pudiera usarse de la misma.

43) El artículo U que se propone guarda, en su primera parte, cierta correspondencia con el M que refiere a la sublocación. No puede cederse total o parcialmente los contratos de fletamento, salvo previo consentimiento del fletante, en cuyo caso deberán observarse las mismas formalidades que para aquéllos.

Pero no pueden asimilarse en sus consecuencias el subfletamento con la sublocación. La razón es valderra. Mientras que en la sublocación, el sublocador se sitúa ante el sublocatario en la misma posición que tenía el locador, en el subfletamento no puede darse un cuadro similar.

Si el fletador obtuviera el consentimiento para ceder el contrato de fletamento, nunca podría transformarse en subfletante, porque no podría convertirse en armador, en quien tuviera la disponibilidad de la aeronave. Por ello, sólo podría prometer los hechos del fletante, pero no los suyos. De donde el subfletamento se convertiría en la *promesa del hecho de un tercero*.

En cambio, para que hubiera cesión del fletamento, el fletador debería ceder los derechos como las obligaciones resultantes notificándolo al fletante, quien podría no aceptarlo.

Contrariamente, el artículo T señala que el fletador permanecerá responsable ante el fletante de las obligaciones asumidas.

Además, este artículo prevé, con las salvedades referidas, subfletamentos parciales.

44) Finalmente, el artículo V señala los distintos momentos a partir de los cuales y para cada tipo de fletamento, comienza a correr la prescripción anual.

²² MALVAGNI, Attilio, la consignó expresamente en el artículo 287 de su Proyecto mientras que el "Código della Navigazione" no la menciona.

V. CORRELACIÓN ENTRE EL "PROYECTO" DE A.L.A.D.A.
Y SU REFORMA

PROYECTO DE A.L.A.D.A.
TÍTULO IV

Contratos de utilización

CAPÍTULO I

REFORMA

TÍTULO IV

Contratos de explotación de aeronaves

CAPÍTULO I

Art. A: Habrá contrato de explotación de aeronave cuando se consiguiera su aprovechamiento conforme con el uso que por su naturaleza está destinada a prestar.

Art. B: En todas las relaciones jurídicas resultantes de los contratos de explotación y en cuanto no estuvieran comprendidas en el presente código, en sus leyes y reglamentos complementarios, en los usos y costumbres y cuando no pueda recurrirse a la analogía, se aplicarán las normas del derecho común del país donde estuviere matriculada la aeronave con la que se constituirá el cumplimiento del objeto del contrato, siempre que no resultaran incompatibles con aquéllas.

Art. C: Los contratos de explotación de aeronave deben probarse por escrito y quedarán perfeccionados para sus partes, como frente a terceros, desde su inscripción en el registro de aeronaves del estado donde la misma estuviere matriculada.

Asimismo y a sus efectos, el contrato deberá inscribirse también en el registro del país donde la explotación se realizare.

Art. CH: Los contratos de explotación de aeronave subsistirán durante el tiempo convenido o el que resultare,

cuando, durante su vigencia, fuera enajenado su dominio por cualquier título.

Art. D: Las aeronaves matriculadas en cualquier estado signatario podrán ser destinadas para el cumplimiento de un contrato de explotación por las personas domiciliadas en otros estados signatarios.

Al efecto, no podrán los estados determinar distintas condiciones para el ejercicio de la explotación de una aeronave que las que impongan a sus propios nacionales.

CAPITULO II

De la locación

Art. 75: Habrá contrato de "locación de aeronaves" cuando una parte se obligue a transferir a la otra, por un precio cierto en dinero, el uso y goce de una aeronave determinada a fin de que sea utilizada para uno o más viajes, por un cierto tiempo o por kilometraje a recorrerse.

Art. 76: El locador podrá entregar la aeronave armada y equipada, siempre que la conducción técnica de la misma y la dirección de la tripulación queden a cargo del locatario.

Art. 77: Pueden ser locadoras de aeronaves el propietario de la misma o quien tenga sobre ella un derecho de usufructo u otro título legítimo que le habilite para transferir el uso y goce de la misma, siempre que no existan restricciones contractuales.

Art. 78: Las aeronaves matriculadas

De la locación

Art. E: Habrá locación de aeronave cuando una parte se obligue, mediante el pago de un precio, a conceder a otra el uso y goce de la misma por un tiempo determinado.

Art. F: Cuando la locación refiera a una aeronave armada y tripulada, quedará incluida en la misma el quehacer de la tripulación, sin que ello equivalga a la cesión o transferencia de los contratos de trabajo.

en cualquiera de los estados signatarios son susceptibles de locación por los nacionales o por personas domiciliadas en cualquiera de ellos.

Art. 79: Son obligaciones del locatario:

a) Hacer entrega de la aeronave en el tiempo y lugar convenidos previa de la documentación necesaria para el vuelo;

b) Mantener la aeronave en condiciones normales de uso hasta el fin del contrato, salvo pacto en contrario;

La obligación del inciso anterior cesa en caso de culpa del locatario.

Art. 80: Son obligaciones del locatario:

1) Cuidar de la aeronave arrendada como propia, y usarla en el destino para que se le concedió.

2) Pagar el precio de la locación en el plazo y lugar convenidos.

3) Devolver la aeronave al locador, vencido el término del contrato, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el del uso ordinario de ella y los producidos por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. G: Son obligaciones del locador, salvo pacto en contrario:

1) Entregar la aeronave en el tiempo y lugar convenidos, en estado de navegabilidad, con sus pertenencias, fijas o sueltas y la documentación necesaria para su uso en la navegación convenida.

2) Mantener la aeronave en estado de navegabilidad, si así se hubiera convenido, durante todo el tiempo de la locación.

Art. H: Son obligaciones del locatario:

1) Usar de la aeronave, bajo pena de nulidad, conforme con su naturaleza y para el empleo convenido.

2) Pagar el precio de la locación en el plazo y lugar convenidos.

3) Devolver la aeronave al locador a la expiración del convenio en el lugar estipulado, con la documentación y en el mismo estado en que la recibió, salvo los daños resultantes del caso fortuito o fuerza mayor o por el uso normal convenido, libre de tripulación si así la hubiere recibida y de todo crédito privilegiado o gravamen ocasionado por su uso o explotación.

4) Poner en conocimiento del locador, en el menor tiempo posible, toda novedad dañosa a su derecho como toda acción que se dirija sobre la propiedad, uso o posesión de la aeronave bajo pena de responder de los daños y per-

juicio y de ser privado de toda garantía por parte del locador.

Art. I: En caso de locación de aeronave armada y tripulada, será facultad del locatario, salvo estipulación contraria, devolverla con la tripulación que reemplazará a la que originalmente hubiera recibido, por rescisión o renulación de sus contratos de trabajo.

Art. J: Incumbe al locatario la fuerza mayor que motivara la pérdida o daño de la aeronave, si la misma no resultara un hecho notorio. Contrariamente, corresponderá al locador demostrar que hubo culpa del locatario o sus agentes o dependientes en la producción de los mismos.

Art. K: Si el locatario empleara la aeronave en otro uso del convenido o del que por su naturaleza correspondiere, el locador puede impedirlo demandando la rescisión de la locación con pérdida para aquél del precio fijado y los daños e intereses que le ocasionara.

Art. L: Cuando no se estipulare una vigencia determinada y la locación se convirtiera para la realización de viajes o servicios determinados, se juzgará convenida por el tiempo que "normal" y "razonablemente" sea necesario para cumplirlos a partir del momento de iniciación de la locación.

Art. LL: Salvo expreso consentimiento del locador, la locación no se entiende prorrogada por sí sola reconducción aún cuando, vencida su vigencia, el locatario continuase con la tenencia de la aeronave.

Art. 81: El contrato de locación no quedará perfeccionado entre las partes, ni producirá efectos contra terceros, si no va seguido de la inscripción en el Registro de Aeronaves del estado de la nacionalidad de la misma.

Deberá además inscribirse a los efectos de la explotación en el Registro del país donde aquélla se realice.

Art. 82: No podrá cederse la locación de una aeronave ni sublocarla sin el consentimiento del locador; en ningún caso se admitirá la cesión o sublocación parcial de la aeronave.

Art. 83: No podrá cederse la locación de una aeronave ni sublocarla sin el previo consentimiento expreso del locador. Dichos actos deberán realizarse cumplimentando los requisitos establecidos en el presente título.

Art. 84: Todas las acciones derivadas de la locación de aeronaves se prescriben en el término de un año contado desde el vencimiento o la rescisión del contrato, o de la entrega de la aeronave, si fuera posterior, y, en caso de pérdida, desde la fecha en que debió ser devuelta.

CAPITULO II

Art. 85: Habrá contrato de fletamento cuando una parte se obligue a realizar con una aeronave determinada, mediante un precio cierto en dinero, los viajes que concerta con la otra parte, reservándose el control sobre la tripulación y la conducción técnica de la aeronave.

Art. 86: El contrato de fletamento podrá celebrarse por uno o más viajes, por un período de tiempo o por kilometraje a recorrer.

Art. 87: Son obligaciones del fletante:

1) Poner a disposición del fletador una aeronave determinada, equipada y

CAPITULO III

Del Fletamento

Art. 88: Habrá fletamento cuando el explotador de una aeronave específicamente determinada, mediante el pago de un precio, se obligue a realizar los viajes convenidos o los que dispusiera el fletador durante la vigencia y en las condiciones establecidas en el contrato o por los usos acostumbrados.

Art. 89: Son obligaciones del fletante:

1) Poner la aeronave estipulada a disposición del fletador en la época,

tripulada, prevista de los documentos necesarios y en estado de navegabilidad.

3) Cumplir con el o los viajes pactados, o mantener la aeronave a disposición del fletador durante el tiempo convenido.

Art. 16: Son obligaciones del fletador:

1) Limitar el empleo de la aeronave al uso para el cual se la contrató y según las condiciones del contrato.

2) Pagar el precio estipulado en el lugar y tiempo convenidos.

3) Afrontar la gestión comercial.

Art. 17: El contrato deberá constar por escrito e inscribirse en el Registro de Aeronaves.

lugar y durante el tiempo convenidos, debidamente armada y tripulada, en estado de navegabilidad y con la documentación pertinente, para ser empleada en el destino convenido.

2) Realizar los viajes establecidos o los que dispusiera el fletador durante la vigencia y en las condiciones convenidas en el contrato o por los usos acostumbrados.

3) Abonar los gastos por salarios y manutención de la tripulación y cualquier otro gasto, derecho o tasa derivados del funcionamiento de la aeronave y del cumplimiento de los viajes convenidos u ordenados.

4) Asumir la responsabilidad derivada de la gestión náutica de la aeronave y por las culpas de pilotaje que en dicha gestión pudieran incurrir el comandante y la tripulación.

Art. 18: Son obligaciones del fletador:

1) Pagar el flete en el lugar y tiempo convenidos.

2) Asumir la responsabilidad derivada del transporte de personas y cosas y del uso que haga de la aeronave en los viajes convenidos, como también por las culpas en que incurriera la tripulación en tales actividades.

3) Relievar e indemnizar al fletante de todo crédito privilegiado, gravamen o daño que se hiciera efectivo sobre la aeronave por la responsabilidad asistada.

Art. Q: A los efectos del transporte y del uso que haga con la aeronave, su tripulación recibirá órdenes del fletador, quien resultará responsable por dichos actos. .

Art. R: Cuando el fletamiento sea por tiempo, serán a cargo del fletador los gastos, derechos o tasas que deban abonarse para el cumplimiento de los viajes convenidos u ordenados y de la utilización comercial de la aeronave, con excepción de los salarios de la tripulación, seguro de la aeronave y las erogaciones necesarias para que la misma se encuentre en condiciones de navegabilidad en el destino pactado.

Art. RR: En el fletamiento por tiempo, salvo pacto o uso contrario, el fieta deberá abonarse por periodos adelantados. Su falta de pago facultará al fletante a dar por rescindido el contrato, notificándolo al fletador y dejando de poner la aeronave a su disposición.

Art. S: El fletante por tiempo no está obligado a hacer viajes a lugares o en condiciones que exponga la aeronave a peligros no previstos en el momento de su celebración. Tampoco está obligado a iniciar un viaje que no termine, previsiblemente, próximo a la fecha de vencimiento del contrato.

En todos los casos, si el cumplimiento de los viajes resultare imposible, el contrato quedará resuelto.

Art. T: En el fletamiento por tiempo, el fletador no deberá el fieta por el lapso que no pudiera usarse de la aeronave por causas que no le fueran imputables, con excepción de los casos en que se debiera a reparaciones o accidentes de la aeronave, por averías a la carga o por actos de la autoridad com-

potente por el uso que hiciera de la misma.

Art. U: No podrá cederse total o parcialmente el fletamento convenido, salvo previo consentimiento expreso del fletante. En caso de facultárselo, el o los subfletamentos resultantes deberán realizarse cumplimentando los requisitos establecidos en el presente título en cuyo supuesto el fletador permanecerá responsable ante el fletante de las obligaciones asumidas en el contrato de fletamento.

Art. V: Las acciones derivadas del fletamento de aeronave se prescriben en el término de un año desde la fecha de vencimiento del contrato o de la terminación del viaje convenido o, en el fletamento por tiempo, desde su rescisión o terminación del mismo viaje, si fuera anterior o posterior a la vigencia estipulada.

En caso de pérdida de la aeronave, el plazo empezará a correr desde la fecha en que presuntivamente debía terminar el viaje que estaba en ejecución.

ENSAYOS

EL CHEQUE Y LA CLAUSULA "NO NEGOCIABLE"

JORGE EDUARDO BUSTAMANTE

1. SUS ANTECEDENTES

El nacimiento de la cláusula que nos ocupa está íntimamente ligado al sistema del cruzamiento. De tal forma que es también en Inglaterra, cuna del "crossed", donde por primera vez se la reglamenta en un cuerpo legal. Es en la Bill of Exchange's Act de 1876 (Act 39 y 40 Victoria, C. 81, 1876) que la cláusula "no negociable" (not negotiable) es contemplada, y su texto reproducido por las posteriores "Acts" de 1882 y 1906.¹

Expresan los arts. 10 y 11 de la ley de 1876: "Todo banquero que pague un cheque cruzado especialmente a otro que el indicado para efectuar el cobro, será responsable del perjuicio que dejase al verdadero propietario del cheque y la persona que acepte un cheque cruzado en general o especialmente con la mención "no negociable" no tendrá ni podrá transmitir más derechos sobre ese cheque que los que correspondían a la persona de quien los recibió".

El art. 76 de la Bill of Exchange's Act de 1882 repite: "1) Si un cheque lleva a través de su reverso: a) Las palabras "y Compañía" o cualquier abreviatura de ellas entre dos líneas transversales paralelas, con o sin las palabras "no negociable". b) Dos líneas transversales paralelas simplemente con o sin las palabras "no negociable". Esta adición constituye un cruzamiento y el cheque es cruzado en general. 2) Si un cheque lleva a través de su superficie una adición del nombre del banquero, con o sin las palabras "no negociable", esta adición constituye un cruzamiento y el cheque es cruzado especialmente en cuanto a ese banquero".²

Vemos, por lo pronto, que se contemplan tres tipos de cruzamiento:

- 1) En general.
- 2) En especial.
- 3) Con la cláusula "no negociable".

¹ FERNANDEZ, RAYMUNDO L., "Código de Comercio Comentado", Buenos Aires, 1930, p. 382, nota.

² Ver nota 1.

El agregado de las palabras "and Co." nada significa ni atribuye efecto distinto al cruzamiento; se hallan contempladas solamente por tradición y la única utilidad aparente que presentan es evitar que se borren las paralelas o se alteren de otro modo. En la Conferencia de Ginebra, si bien en las discusiones previas se reconoció que dicho agregado no tiene sino un valor histórico, se decidió su inclusión en la Ley Uniforme, al igual que en la ley inglesa.

Resulta por tanto, que al cheque cruzado en forma general o especial, puede adicionarse la cláusula "no negociable", en cuyo caso, a los efectos propios del "crossing" (pago por intermedio de un banquero) se adicionan los propios de la referida cláusula.

Chalmers ³ explica sus alcances: "Un cheque cruzado no negociable es siempre transferible, pero su negociabilidad es limitada. Está colocado aproximadamente sobre el mismo pie que un título venecido. Un portador legítimo puede siempre transferirlo y el endosamiento tiene derecho de obtener el pago; pero cuando el título del endosante es defectuoso, el endosatario que le ha pagado el valor queda privado de la protección ordinaria acordada al legítimo portador de un cheque. Supongamos que un cheque al portador y no negociable es robado. El ladrón obtiene el pago de un comerciante y éste hace efectivo su importe por intermedio de un banquero. El banquero que paga y el banquero que recibe ese dinero para el comerciante quedan protegidos, pero el comerciante está obligado a reembolsar el dinero al verdadero propietario. En este sentido fue fallado un caso en que un cheque cruzado no negociable fue girado en favor de una firma, siendo endosado por uno de los socios en fraude de su coasociado, al demandado, que lo pagó. Se resolvió que el otro socio, único que, según los términos del contrato de sociedad, podía recibir el cheque, tenía derecho de exigir su importe al demandado".

Luego: el OBJETO fundamental de la cláusula "no negociable" es aumentar la seguridad del librador;

los EFECTOS son:

a) disminución de la seguridad del tenedor, quien queda en situación de cesionario o causahabiente y le es aplicable el principio del *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* (nuestro art. 3270 del Cód. Civil).

b) si bien de jure no se afecta la transmisibilidad del título (endoso o tradición, según que sea a la orden o al portador), de hecho resulta afectada. El título de crédito se expide para la circulación y para su rápida ejecución; ⁴ es un instrumento del comercio moderno y responde

³ Citado por FERNANDEZ, op. cit., p. 385, nota.

⁴ ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS JUAN, "Código de Comercio Comarcatado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, primera edición, t. 4, p. 10.

al espíritu de la "seguridad dinámica" en las transacciones: la cláusula, al sujetar al tomador a los efectos de un derecho derivado (son oponibles las excepciones personales visibles contra los antecesoros), desvaloriza el título, obstaculiza su circulación y desvirtúa sus objetivos (la Ley Uniforme de Ginebra sólo legisla sobre cheques cruzados sin la mencionada cláusula, quizás por los motivos expresados).

2. El Código de Comercio

La cláusula "no negociable" aparece en el Código de Comercio en los siguientes artículos:

Art. 820: "Es cruzado en general un cheque, cuando lleva líneas paralelas transversales, con las palabras: "no negociable".

Art. 822: "Es especialmente cruzado, el cheque entre cuyas líneas transversales se lee el nombre de un banquero, seguido o no de las palabras: no negociable".

Art. 826: "El tenedor de un cheque ya cruzado especialmente, puede agregar las palabras: "no negociable". Estas palabras significan entonces que quien recibe dicho cheque no tiene, ni puede transmitir más derechos sobre el mismo, que los que tenía quien lo entregó".

La introducción de la cláusula inglesa en el Código de Comercio se debió a la labor de la Comisión Reformadora de 1889, pero, al confundirse las dos formas establecidas en la ley sajona para el cruzamiento en general, tomando como de análogo el significado de las palabras "and Co." y "no negociable", fijando como única forma del cruzamiento general la de "las líneas paralelas transversales, con las palabras: no negociable", desfiguraron su perfil y dividieron a la doctrina y jurisprudencia acerca de la debida y correcta interpretación.

Se presentan dos problemas:

1. Si es obligatoria la cláusula "no negociable" en el cruzamiento en general.
2. Si son aplicables los efectos enunciados en el art. 826, al cruzamiento en general.

Opinan que la cláusula es elemento esencial del cruzamiento general (1er. problema), y por tanto si un cheque lleva sólo las paralelas no es cheque cruzado, debiendo el Banco girado pagarlo en ventanilla a su legítimo tenedor; y que el art. 826 es solamente aplicable al cruzamiento

especial (2º problema): Malagarriga,⁸ Fernández,⁹ Yadarola⁷ y Williams.⁶

Sus argumentos son los siguientes:

a) El texto del art. 820 es categórico: "Es cruzado en general... cuando lleva... las palabras: no negociable".

b) El artículo inmediato (art. 821) refuerza y completa la interpretación al determinar con precisión los efectos del cheque cruzado en general con las palabras "no negociable".

c) Estos dos artículos precedentes forman un sistema completo, haciendo imprecidente la interpretación analógica.

d) El artículo 822, al establecer la posibilidad (opción) de insertar la referida cláusula, se combina con el art. 826, cuyo "entonces" indudablemente se refiere al caso en que se haya optado por colocarla.

e) El legislador, por error, ha asimilado la cláusula "no negociable" a la expresión "y Compañía".

f) Cualquier otra interpretación fuerza el texto legal, pues aunque el sentido de la fuente originaria haya sido deformado por inadvertencia del legislador, la rectificación debe hacerse por vía legal pero no por vía jurisprudencial.

Opinan, por el contrario, que las líneas paralelas transversales sin leyenda alguna constituyen cruzamiento general con el alcance que determina el art. 821 (1er. problema) y que la inclusión en el cruzamiento de la cláusula "no negociable" produce los efectos del art. 826 (2º problema): Segovia,⁹ Obarrio¹⁰ y Rodríguez Ribas.¹¹

Sus argumentos son los siguientes:

a) La cláusula "no negociable" debe tener en ambos cruzamientos un significado igual, puesto que no hay norma que le atribuya uno dis-

⁸ MALAGARRIGA, CARLOS, C. "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, 3ª edición, t. II, pág. 418.

⁹ FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 591.

⁷ YADAROLA, MAURICIO, *nota a fallo en La Ley*, t. 10, p. 560.

⁶ WILLIAMS, EDUARDO, *in voto en L. L.*, t. 10, p. 539.

⁹ SEGOVIA, LISANDRO, "Explicación y crítica del Código de Comercio", Buenos Aires, La Facultad, 1953, t. II, p. 126.

¹⁰ OBARRIO, MANUEL, "Curso de Derecho Comercial", E.C.Y.C.L.A., Buenos Aires, t. II, p. 446, Nº 386.

¹¹ RODRIGUEZ RIBAS, VICENTE, *in voto en L. L.*, t. 10, p. 560.

tinto en el caso del cruzamiento general, v. sí, ep cambio, una norma general aplicable a ambos supuestos (que es la del art. 826) en virtud de la armonía que debe existir en la doctrina de un mismo cuerpo legal.

b) La ley inglesa, fuente de la referida cláusula (según informe de la Comisión Parlamentaria) le asigna el mismo efecto se trate de cruzamiento en general o en especial.

c) No es posible que la cláusula "no negociable" en el cruzamiento en general no responda a propósito alguno, pues es imposible suponer que el legislador haya prescripto una condición determinada sin que ese requisito obedezca a alguna consideración jurídica o de interés social.

3. EL DECRETO-LEY 4776/63

El nuevo régimen jurídico del cheque regulado por el decreto-ley 4776/63, también contempla la cláusula "no negociable".

Pero resulta difícilmente justificable, que después de setenta años de polémicas doctrinarias y jurisprudenciales, llegada la oportunidad de cortar el nudo gordiano por vía de la reforma legal, se vuelva a incurrir en el error de introducir confusamente la cláusula en el articulado del decreto-ley sin determinar ni su alcance ni sus efectos.

El texto del art. 44 (Cap. V, DL 4776/63) es el siguiente: "El librador o el portador de un cheque pueden cruzarlo con los efectos indicados en el artículo siguiente.

El cruzamiento se efectúa por medio de dos barras paralelas colocadas en el anverso. Puede ser general o especial.

El cruzamiento es general si no contiene entre las barras mención alguna o si contiene la mención "banquero" o "NO NEGOCIABLE" ¹² u otra equivalente. Es especial si entre las barras se escribe el nombre de un banquero. El cruzamiento general puede transformarse en cruzamiento especial; pero el cruzamiento especial no puede transformarse en cruzamiento general.

La tacha del cruzamiento o del nombre del banquero designado "se tendrá por no hecha".

Evidentemente la Comisión Asesora no resultó clara cuando pretendió dar a la cláusula el sentido de la ley inglesa. ¹³

La ubicación de la cláusula dentro del artículo transcrito da lugar

¹² El subrayado es nuestro.

¹³ Ver PONTANARROSA, RODOLFO, O., "El nuevo régimen jurídico del cheque", Zavalla Editor, 1963, Buenos Aires, p. 161.

a muchas dudas, siendo la principal la referente a la interpretación de sus efectos:

1. La cláusula "no negociable". ¿es un complemento optativo y que nada agrega al cruzamiento en general?

2. ¿Cuáles son las cláusulas equivalentes a que se refiere el artículo?

3. ¿Qué efecto produce la inserción de la referida cláusula en un cheque no cruzado? ¿Y en un cheque cruzado en especial?

Fontanarrosa¹⁴ opina que si bien la inserción de la palabra "banquero" o la expresión "y Compañía" entre las barras paralelas no agrega nada al sentido y alcance del cruzamiento general, no ocurre lo mismo con la inserción de la mención "no negociable".

En este último caso, no se impide la negociabilidad del instrumento, el que puede ser transferido (tradicción o endoso), sino que, además de imponer la necesidad de que el cheque sea pagado por medio de un banco (que es el efecto natural del cruzamiento), advierte al portador que sus derechos no son mayores que los que tenía su transmitente.

Es decir, este autor, al aplicar al art. 44 del DL 4776/63 los efectos de la ley inglesa fundado en que "ese era el sentido que la Comisión Asesora pretendió darle y que —desdichadamente— quedó en el timero por inadvertencia", está reeditando en términos muy similares la anterior polémica suscitada por el art. 820 y concordantes del Cód. de Comercio.

Por nuestra parte, siguiendo el orden puesto *ut supra* a los problemas suscitados por la nueva regulación, consideramos que la primer pregunta debe responderse en forma afirmativa: es cruzamiento general, sin ningún otro tipo de efecto específico, la mención "no negociable" entre dos barras transversales. (Esta es, además, la solución impuesta en la práctica bancaria).

En lo que respecta a las cláusulas equivalentes a que se refiere el artículo 44, existen en Derecho Comparado, ciertas cláusulas que si bien son gramaticalmente similares, jurídicamente son inconfundibles, y por lo tanto, no equivalentes:

- a) Cláusula "no a la orden" (art. 6º y 12º DL 4776/63);
- b) cláusula "no transferible" (art. 43 Ley Italiana de Cheques);
- c) cláusula "no negociable" (art. 76 Bill of Exchange's Act, 1882).

La cláusula "no a la orden" impide la transmisibilidad del cheque por endoso, el que no puede circular sino bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

¹⁴ FONTANARROSA, *op. cit.*, p. 164.

La cláusula "no transferible" carece de regulación en nuestra legislación, y por tanto no tiene más significado que el que el lenguaje corriente le da (podría usarse como sinónimo de "no a la orden" cuando la ley autoriza utilizar en lugar de dicha cláusula "otra equivalente").¹²

La cláusula "no negociable" está en igual situación, y tiene por tanto, el significado de la cláusula sinónima regulada ("no a la orden") en los casos en que está autorizado utilizar un equivalente de esta última. La excepción a este principio es el art. 44, en el que la cláusula "no negociable" carece tanto de sentido jurídico propio como del significado de la cláusula sinónima regulada ("no a la orden"), dado que la ley limita el efecto de su inserción a los del cruzamiento general. A la inversa, la inserción de la cláusula "no a la orden" como equivalente de "no negociable" en el caso del art. 44, no creemos que le haga perder sus efectos propios (por equiparación a la cláusula "no negociable") y la conviertan en parte del cruzamiento.

Una última cuestión se plantea de la combinación de los artículos 6º inc. b, 12º y 44º del DL. 4776/63. Los dos primeros autorizan el libramiento del cheque con la cláusula "no a la orden" u otra equivalente y regulan sus efectos ("no es transmisible sino bajo la forma y con los efectos de la cesión ordinaria").

¿Qué interpretación debe darse al cheque en que, sin barras paralelas (no cruzado) se coloque la expresión "no negociable"?

La respuesta que estimamos correcta está dada por la Circular Nº 1648 de la Asociación de Bancos de la R. A.,¹³ cuya Comisión Especial opinó que:

"Tal cheque, en prudencia y cualquiera hubiese sido la intención del librador, deberá ser tenido por uno emitido "no a la orden", puesto que:

a) Según el inc. b) del art. 6º tanto da emplear la expresión "no a la orden" cuanto otra equivalente.

b) Según el art. 44 "el cruzamiento se efectúa por medio de dos barras paralelas colocadas en el anverso"; "en general si no contiene entre

¹² MESSINEO explica el significado de la cláusula "no transferible" en el Derecho Italiano: "hace que el cheque no pueda ser transferido sino a un banco y solamente con finalidad de cobro; el endoso hecho a otra persona, o ulteriores hechos por el banco, se tiene por no escritos (implica indisponibilidad del cheque, a favor de quien que no sea un banco). La cláusula "no transferible" tiene eficacia mayor que la cláusula "no a la orden", puesto que hace no-válidos, no solamente el endoso, sino también la cesión ordinaria del cheque bancario". (Messineo, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial" E. J. R. A., 1955, Buenos Aires, t. VI, p. 408).

¹³ Boletín de la Asociación de Bancos de la R. A., Buenos Aires, julio de 1964, t. V, Nº 51, p. 115.

las barras menciona alguna o si contiene la mención "banquero", "no negociable" u otra equivalente, y "es especial si entre las barras se escribe el nombre de un banquero". De lo que se sigue que "las dos barras paralelas" son de la esencia del cruzamiento y que de faltar las "dos barras paralelas" el cheque no puede ser tenido por cruzado.

c) En virtud de lo antedicho, la expresión "no negociable" en el caso examinado, debe tenerse por significativa de otra cosa que un cruzamiento.

d) Desde un punto de vista puramente semántico "negociar" un cheque es "transferirlo" y "transferirlo" es "endosarlo", por lo cual un cheque "no negociable", salvo precisamente en el caso previsto en art. 44, es un cheque "no endosable", o sea "no a la orden".

4. CONCLUSIONES

En el SISTEMA INGLES, la cláusula "no negociable" no afecta la transmisibilidad del cheque pero quien recibe dicho cheque no tiene ni puede transmitir más derechos sobre el mismo que los que tenía quien lo entregó.

En nuestro DERECHO POSITIVO (DL 4776/63) la cláusula "no negociable" carece de significado jurídico específico: como regla, tiene los efectos de la cláusula equivalente (sínónima) a la que la ley le ha reconocido efectos propios ("no a la orden"); como excepción, carecerá de tales cuando la ley le prive de ellos (art. 44). Así:

1. Si la cláusula "no negociable" se encuentra inserta en un CHEQUE NO CRUZADO, debe interpretarse como "no a la orden" (arts. 6º y 12º).

2. Si la cláusula "no negociable" se encuentra inserta en un CHEQUE CON CRUZAMIENTO GENERAL, debe interpretarse como elemento no indispensable del "crossing" (ni afecta su transmisibilidad, ni produce los efectos del sistema inglés).

3. La cláusula "no a la orden" no puede utilizarse como equivalente de "no negociable" en un CHEQUE CRUZADO EN GENERAL (como podría interpretarse del art. 44).

4. Si la cláusula "no negociable" se encuentra inserta en un cheque con CRUZAMIENTO ESPECIAL (por aplicación del mismo razonamiento utilizado en la primera conclusión) debe interpretarse como "no a la orden" (además de los efectos específicos del cruzamiento especial).

NOTAS SOBRE LA INMIGRACION Y LA AGRICULTURA EN LA ARGENTINA

MARIO R. DE MARCO NAÓN

A lo largo de muchos años de nuestra historia, en el período de la organización nacional, el principal problema social se dio en relación a la población del extenso y rico territorio argentino. Esta problemática de la población fue continua y llevó a los políticos del siglo XIX a formar la idea, que sin poblar el interior y aumentar los centros urbanos no se podía esperar progreso. Idea que se concreta en las ya famosas palabras de Alberdi de "gobernar es poblar".

Para poblar este país, joven y sin el desarrollo económico-social apropiado y con intereses fuertemente ligados a Europa, se hacía necesario recurrir a un único medio: la inmigración.

Coetáneas, la revolución industrial como problema económico y social y las crisis de las monarquías tradicionales en lo político, fueron en síntesis los dos principales factores que motivaron serios desajustes en la Europa del siglo XIX. En esa circunstancia las clases menos protegidas buscaban mejores horizontes para su desenvolvimiento.

☞ Coincidentes ambos problemas se realizan muchas gestiones y trámites para encauzar a los inmigrantes europeos a la Argentina. Hasta 1857 la llegada a nuestro territorio de personas con intenciones de afincarse y trabajar en el suelo argentino, era inorgánica y asistemática, sin plan alguno. Por esa época empieza a considerarse a la inmigración de modo más metódico.

"La gran migración del siglo XIX puede considerarse como esencialmente espontánea. Nada se ha hecho para organizarla o canalizarla en Europa ni tampoco se han tomado medidas en los países de llegada. Los economistas europeos, bajo las influencias de las teorías malthusianas consideraron esta emigración "a granel" como útil para aliviar la presión demográfica y los políticos vieron allí un medio para desembarazarse de elementos subversivos o que amenazaban en convertirse tales. Del otro lado del océano, los nuevos países necesitaban poblarce a

toda costa y acogieron a todos sin discriminación". De esta forma sintetiza el panorama migratorio del siglo pasado Jacques Delors.¹

Las protecciones dadas por la Constitución Nacional y las facilidades propuestas por el gobierno, contribuyeron sensiblemente al aumento de europeos llegados a nuestro país. El proceso institucional que se inicia en la redacción de las "Bases" de Alberdi y la inclusión de sus recomendaciones en materia de población, llegan a materializarse cuando en 1875 se dicta la ley 817, conocida como "ley Avellaneda" de colonización e inmigración.

A partir de esta ley no se apartará por mucho tiempo la idea de la inmigración como razón vital del progreso argentino.

I. — MOVIMIENTO INMIGRATORIO

Desde 1857 a 1955 entraron al país, 7.423.363 personas de las cuales permanecieron en nuestro territorio 4.039.348 o sea el 57.3 % de los entrados.²

La entrada de inmigrantes en la Argentina fue irregular y limitada por los acontecimientos mundiales y argentinos. En el quinquenio 1866-1870 comienza la serie de grupos inmigratorios mayores a 100.000 personas y en la década 1876-1885 se supera y duplica esa cifra. Del total de inmigrantes entrados corresponde a esta época (1866-1885) el 8.4 %. Pero los saldos³ de inmigrantes que en los primeros años era constante y cercano al 50 % de los entrados, disminuye en 1876-1880 con motivo de la peste amarilla que azotó a la población y como consecuencia de los malestares políticos internos. Por esta época es la sanción de la ley Avellaneda que al poco tiempo rodaría sus frutos.⁴

En los años que van de 1881 a 1890 se experimenta los mayores saldos de esa época, pues en:

1881-1885	72.7 % de saldos sobre entrados
1886-1890	77.4 % " " " "

En estos años era común que muchos de los inmigrantes recibieran muchas facilidades incluidos los pasajes, por lo tanto, debía aumentar

¹ Jacques, Delors. "El papel de la migración en el desarrollo económico". Tema N° 8 del 1er. Curso Latinoamericano sobre migración. Buenos Aires, 1963.

² Es necesario aclarar que para este trabajo se han recogido datos directamente en la Dirección Nacional de Migraciones, dependiente del Ministerio de Interior y que se ha elaborado en base a la serie estadística de 1857 a 1955.

³ Debe entenderse por "Saldos" la diferencia entre los "entrados" y "salidos" por cada período.

⁴ Cfr. Alejandro Bunge, "Ochenta y cinco años de inmigración". Rev. de Economía Argentina, Tomo XLIII, N° 308/9, Buenos Aires, pág. 43.

el número de inmigrantes estables. A partir de 1890 ya no se empleó este sistema de adelantos.

¹ La revolución de 1890, la suspensión de los pasajes pagos y el decrecimiento económico de la Argentina, motivaron que el número de entradas disminuyera sensiblemente y que el porcentaje de saldos fuera uno de los más bajos:

1891-1895	Entrados	236.252		
	Salidos	169.309		
	Saldo	66.948	28.3 %

Se experimenta un leve repunte en el decenio siguiente pero la época más destacada de la inmigración en la Argentina se vé en la década de 1906-1915 donde se registran las mayores cantidades de entradas y un porcentaje de saldos muy significativo:

Años	Entrados	Salidos	Saldos	%
1906-1910	1.238.073	428.226	809.847	65.4
1911-1915	1.007.663	682.948	324.715	32.2

El desenvolvimiento económico progresivo y una calma política que favorecía el establecimiento definitivo son los principales fundamentos de este éxito. Sin embargo, la disminución de porcentaje de saldos en el quinquenio 1911-1915 con relación al anterior se comprende si se analizan los dos últimos años:

Años	Entrados	Salidos	Saldos	%
1914	115.321	178.684	— 63.363	— 54.9
1915	45.280	111.459	— 66.169	— 146.0

Este decaimiento que se mantendrá luego entre los años 1916-1920, donde el saldo es — 29.8 %, se debió en primer lugar a la gran cantidad de inmigrantes llegados en años anteriores y de la relativa falta de trabajo para todos ellos, lo que produjo una desocupación parcial que alejaba a los inmigrantes. A esto debemos agregar la influencia de la primera guerra mundial de 1914-1919.

Giori describe el momento como sigue: "La gran actividad de inmigración y colonización que caracterizó a la segunda mitad del siglo pasado se apaciguó, retrotraída por factores entre los que gravita la presencia de latifundios cerrados al trabajo agrícola. La inmigración pasó definitivamente del primer plano en que se la ubicara en los planes gubernativos, al de las aspiraciones serias pero postergadas, debilitadas en el aburrimiento de los mensajes leídos en el Congreso, hasta que dejó de ser tema obligado y de rutina. Pero se mantuvo como problema nacional".²

² Giori, Giori. "Inmigración y colonización en la Argentina". EUDDEA, Buenos Aires, 1964, pág. 100.

A partir de 1919 la entrada y salida de inmigrantes se mantiene estacionaria en la década de 1921-1930 donde hay un 67 % y 58.5 % de saldos en los quinquenios 1921-1925 y 1926-1930 respectivamente. Ahora bien deberíamos atribuir la disminución de entrados, en relación a los años 1906-1910, a la crisis causada por la guerra.

Entre los años 1931-1935 y a raíz de las crisis políticas europeas e internas argentinas, como así también a medidas restrictivas por parte de la administración argentina se produce otro saldo negativo de inmigrantes que alcanza al — 2.6 %.

Es desde entonces que la entrada disminuye sensiblemente, manteniéndose estable el saldo. La única disparidad de notas es en el decenio 1941-1950 a raíz de la segunda guerra mundial, la entrada disminuye a 9.073 personas, que en porcentaje es el menor del siglo que estamos considerando: 0.1 %. Una vez superada la sangrienta conflagración vuelve a la normal la cifra de entrados y es en el quinquenio 1946-1950 donde se halla el más alto porcentaje de saldos, fundamentalmente por la acción gubernativa que dirigió directamente la entrada.

II. — ESTRUCTURA OCUPACIONAL DE LOS INMIGRANTES

Como consecuencia de analizar exclusivamente las declaraciones de los inmigrantes con respecto a la profesión que traían al país, veremos que la gran mayoría decía ser "agricultores" por eso encontramos que del total de personas llegadas el 45.4 % pertenecían a labores del campo.*

Esta abrumadora mayoría, considerando los insignificantes porcentajes de las otras profesiones y oficios, no refleja la incidencia de la inmigración en el agro argentino, pues no todos ellos llegaban con intención de radicarse en el campo siendo así como un gran porcentaje de ellos permanecían en las ciudades.† Por lo que no podemos concluir que el interior se beneficiara tanto con este alud de "agricultores" sino tal sólo con una parte de ellos.

Es interesante analizar la capacitación que tenían los nuevos residentes, pues a través de ella podemos tener idea clara de cómo se componían socialmente y su grado de educación.

En principio encontramos un 68.8 % que declaraban tener profesión, en cambio el 31.2 % no tenían profesión ni oficio. Este alto porcentaje de no profesionales ni técnicos es debido, principalmente a las mujeres que llegaban solas llamadas por sus maridos ya residentes en la Argentina.

* Ver Capítulo IV.

† Para conocer mejor el procedimiento de las declaraciones de los inmigrantes, ver: Juan A. Ahina: "La inmigración en el primer siglo de la independencia", Buenos Aires, 1910, pág. 31 y ss.

Del nivel cultural podemos decir que llegaron muy pocos con preparación media o superior, pues vemos que entre las diversas ramas de profesionales no alcanzan al 0.5 %:

Maestros	0.1 %
Médicos	0.1 %
Abogados	0.0 %
Ingenieros	0.2 %
<hr/>	
Total ...	0.4 %

En cambio entre los "contadores" que llegan a un porcentaje relativamente alto: 2.2 %, pero no se puede tomar como pauta de la importancia de esta profesión, pues muchos de ellos eran más que contadores en el moderno sentido del vocablo, meros empleados de contabilidad, lo que nos deja como conclusión que tampoco en este sentido el número es significativo.

Este bajo nivel cultural nos lleva a concluir que buscaban nuevos horizontes para su expansión no los mejores ni más selectos sino los de condiciones más difíciles, prueba de ello es la gran masa de trabajadores de las campañas europeas que llegaron a esta parte de América.

Si confrontamos el mínimo porcentaje de profesionales medios o superiores como recién vimos, con los de oficios, específicamente manuales veremos la diferencia:

Albañiles	2.3 %
Mecánicos	1.4 %
Sastres	1.0 %
Zapateros	1.0 %
Herreros	0.7 %
Carpinteros	0.5 %
Pintores	0.3 %
Electricistas	0.2 %
<hr/>	
Total ...	7.4 %

Es también significativo el número de "jornaleros" que alcanzaron a 218.891 representando un 4.3% del total. Estos jornaleros no eran todos europeos, pues muchos de ellos pertenecían a ese núcleo de inmigrantes poco estables que sólo entraban y permanecían en el país por un tiempo determinado, generalmente para labores agropecuarias, que provienen de los países vecinos, a estos trabajadores se los conoce con el nombre de "golondrinas". Socialmente estas personas provenían de los estratos más bajos de las sociedades de origen, pues no tenían interés en un progreso constante, sino tan sólo momentáneo y efímero, que sólo podría traerles un bienestar pasajero. Con respecto a la nacionalidad de los "golondrinas", podemos hablar de dos momentos: primero,

desde la ley Avellaneda hasta 1920 aproximadamente, que eran casi todos de origen europeo y segundo, de 1921 en adelante, cuando son normalmente de países limítrofes, en especial bolivianos, chilenos y paraguayos.

En el rubro de "comerciantes" es donde encontramos, junto con el de "industriales" a los inmigrantes más estables, pues el 5,4% que representan del total, demuestra que muchos de ellos eran pequeños minoristas o industriales en baja escala, que trataban de encontrar en la economía argentina, típicamente en expansión, lugar propicio para desarrollar sus negocios y emplear sus experiencias.

En general, podemos opinar que del conjunto de inmigrantes primaron los oficios manuales y que el nivel cultural que traían era muy bajo, lo que demuestra más que inclinaciones idealistas de poblar, eran razones eminentemente económicas y de profundas malestares sociales.

III. — INMIGRANTES POR NACIONALIDADES

Italianos:

De las naciones europeas que más han afluído hacia nosotros se cuenta en primer lugar a los italianos. En un siglo de inmigración de los despoblados centros urbanos y el solitario campo argentino, llegaron al país cerca de 3.500.000 personas de nacionalidad italiana.

Del contingente de inmigrantes llegados a la Argentina, el de origen italiano superó varias veces el 50% del total de entrados. Los vemos por quinquenios:

1857-1860	51,8%
1861-1865	71,8%
1866-1870	70,9%
1871-1875	55,8%
1876-1880	61,7%
1881-1885	71,6%
1886-1890	52,6%
1891-1895	68,2%
1896-1900	64,1%
1901-1905	55,0%
1946-1950	60,7%
1951-1955	52,2%

Los porcentajes que acabamos de transcribir, reflejan indiscutiblemente el aflujo migratorio italiano. Como ya se señalara, la mayor cantidad de inmigrantes llegados a la Argentina fue en el quinquenio 1906-1910 y en también durante estos años donde se registra el más alto porcentaje de italianos, logrando el 14,6% del total de la misma nacionalidad entrados en 100 años.

La inmigración italiana mantiene a lo largo de la centuria un ritmo parejo, sólo alterado entre los años 1941-1945, donde los 709 pasajeros no representan sino el 7.8% del total de inmigrantes en esos años y no alcanzan el 0.01% del total de italianos. No es difícil conocer las causas de esta baja, más aún teniendo en cuenta que en el siguiente quinquenio, 1946-1950, los italianos inmigrantes llegan al 60.7% del total de entrados en el mismo período. Las luchas de la segunda guerra mundial asimilaban a todos los ciudadanos de edad activa para el combate y las dificultades económicas propias de estas catástrofes impedían la emigración. Nuevas metas trataron de encontrar los italianos que ya cansados de los horrores de la guerra sólo aspiraban a encontrar la paz y seguras fuentes de trabajo.

Españoles:

En los primeros años de la formación de nuestra patria, la entrada de europeos fue casi exclusivamente de españoles. La política virreinal y los movimientos políticos de los primeros años del siglo pasado eran trabas serias para la llegada de otros inmigrantes.

La inmigración española posterior a 1857, si bien no alcanzó el elevado número de italianos, llega a superar los 2.300.000 entrados entre 1857-1935, lo que la sitúa en el segundo lugar.

Los quinquenios en los cuales hubieron mayor porcentaje de españoles dentro del total de inmigrantes fueron:

1906-1910	40.9%
1911-1915	48.0%
1916-1920	56.3%
1941-1945	50.2%

El alto porcentaje de españoles durante los años 1911-1915 y el que supera el 50% en 1916-1920, se debe atribuir lógicamente a que los españoles no entraron en la primera guerra mundial, lo que trajo como consecuencia la facilidad de emigrar que no tenían otros países europeos, pero lo fundamental era para ellos llegar a territorio de paz y prosperidad, que sólo podían hallar en América. Igual situación se repite entre los años 1941-1945.

Coincidentes con estos datos vemos que en el decenio 1906-1915 se encuentra concentrada casi la mitad de españoles entrados en 100 años:

1906-1910	22.0%
1911-1915	21.0%
Total	43.0%

Posteriormente a estos años el porcentaje se mantuvo relativamente constante, pero sólo decreció en los años que van de 1936 a 1945 donde encontramos:

1936-1940	0.9%
1941-1945	0.2%

del total de españoles llegados hasta la Argentina desde 1857 a 1955. No se debe olvidar que en el primer lustro señalado se desarrolló la trágica guerra civil española.

Otras nacionalidades:

Frente a la importancia decisiva de italianos y españoles, las otras nacionalidades no alcanzan a tener una preponderancia mayor. Veremos a continuación cuál es la cantidad de inmigrantes entrados entre 1857-1955 de distintas nacionalidades:

Franceses	246.968
Polacos	195.739
Rusos	184.082
Alemanes	171.667
Austriacos	108.846
Británicos	78.752
Portugueses	77.356
Yugoeslavos	59.389
Suizos	46.028
Belgas	27.466
Dinamarqueses	17.646
Griegos	14.629
Holandeses	11.328

Vemos así el número relativamente bajo que se llega entre estas nacionalidades y que en total de entradas de 1857-1955, alcanzan a tan sólo el 16.7%.

El principal movimiento migratorio de los franceses se logró entre los años 1886-1890, que arribaron en número de 73.080.

Los polacos, en cambio, tuvieron mayor afluencia en el quinquenio 1926-1930, siendo 95.301 los que llegaron a nuestro país en esos años.

Aunque la inmigración rusa data de antes de 1857, el movimiento migratorio comienza seriamente a partir de 1896 y logra su cúspide numérica en los años 1906-1910 y 1911-1915, donde se registran los guarismos 64.754 y 55.308, respectivamente, decreciendo sensiblemente en el decenio siguiente a sólo 8.214 rusos, por causas de la revolución bolchevique y como secuela de la guerra de 1914.

Los alemanes también han tenido una corriente migratoria permanente hacia nuestro país, pero alcanza verdadera importancia en el decenio de 1921-1930, lógicamente a raíz de la difícil situación germana luego de la primera guerra mundial. En ese período se anotan 60.086 alemanes, o sea, el 35% del total de esa nacionalidad en la Argentina.

IV. — LA INMIGRACIÓN Y LA AGRICULTURA EN LA ARGENTINA

Hemos visto que en la profesión declarada por los inmigrantes existía una abrumadora mayoría (45,4%) de agricultores. También mencionamos que no todos fueron a trabajar al agro, trataremos ahora de demostrarlo.

La zona más rica del país y más cercana a los puertos y donde luego se construirían las primeras líneas de ferrocarriles, fue la pampeana,³ principalmente en la provincia de Buenos Aires y en el sur de la provincia de Santa Fe y es allí donde se radicó el mayor número de extranjeros.

Las tierras más fértiles ya estaban lógicamente ocupadas por los antiguos propietarios que se beneficiaron con la política del reparto de tierras.⁴ Algunos pudieron adquirir sus campos en los límites de la pampeana, pero la gran mayoría tuvo que recurrir al arrendamiento, como única forma de acceso a la tierra apta. Pero también ésta comenzó a faltar y en el mercado de arrendamientos se produjeron serios desajustes entre propietarios y trabajadores. Esta situación culminó en el llamado "grito de Alcorta" de 1912.

Ahora bien, no sólo la región pampeana se benefició con el aflujo migratorio, sino también la Capital Federal, que con dicho movimiento modificó sustancialmente su estructura económica y social. Es en ésta donde se quedan la mayoría de extranjeros buscando nuevos horizontes,

³ A los fines de este trabajo se entiende genéricamente por "pampeana" la zona comprendida por las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y La Pampa.

⁴ Cfr. Miguel Angel Cárcano. "Evolución histórica del régimen de la tierra pública". Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1935.

ya que la situación en el agro no era propicia por la falta de tierras y por las inferiores condiciones sociales.

Según Gino Germani "en la agricultura el número de extranjeros fue elevado, pero no como propietarios, sino como arrendatarios y administradores. En la ganadería, en cambio, la proporción es muy baja, incluso como administradores y arrendatarios. La ganadería quedó en manos de los argentinos nativos. Los extranjeros entonces representaban a la mayoría de la población que trabajaba en la actividad industrial y comercial de tipo más moderno".¹⁰

Al analizar los datos censales nos encontramos que quedan demostradas nuestras afirmaciones anteriores que el impacto migratorio se hizo sentir principalmente en la Capital Federal y en la zona pampeana.

No debemos olvidar que la llegada de inmigrantes era totalmente espontánea y que no respondía a plan alguna, por lo que los extranjeros llegaban con ideas muy personales acerca de sus posibles trabajos y de su futuro económico y social. Puede aplicarse aquí la teoría de A. K. Constantine sobre la "idea cultural" del grupo emigratorio.¹¹ Capacitados para las tareas del campo, pero sin mucha posibilidad de trabajar buenas tierras, los extranjeros optaban por quedarse en la ciudad, donde podían desarrollar mejor económicamente y aprender fácilmente un oficio. En el mismo sentido, Sergio Bagó dice: "es más fácil improvisar en la ciudad que en el campo y entonces el inmigrante busca en ella una ubicación en el comercio, en las artesanías y en ciertos casos en las industrias manufactureras".¹²

Por otra parte, la ciudad tenía el atractivo que se les había prohibido en su país de origen y era lógico que intentaran permanecer en ella. De esta forma solamente algunas zonas rurales vieron aumentar su población, por el contrario, el resto del país, con algunas excepciones, mantuvo estática su población y por ende, su estructura social y económica, caso típico son las provincias del noroeste argentino.

Si confrontamos los porcentajes de la población total y de los extranjeros por distribución geográfica, veremos que en todos los casos la suma de los porcentajes correspondientes a Capital Federal y el de
" se végen promptly with increasing distances, y que representativamente el 30% de extranjeros en nuestro país.

¹⁰ Gino, Germani. "Las repercusiones de la inmigración en la estructura social de los países. El ejemplo de un país sudamericano", Buenos Aires, 1963.

¹¹ A. K. Constantine. "La influencia cultural de los organismos públicos en la nueva colonización rural", Rev. Migraciones Internacionales, La Haya, 1964, Vol. II, Nº 4, pág. 280 y ss.

¹² Sergio, Bagó. "Integración de inmigrantes", Buenos Aires, 1963.

Vemos acá que las zonas donde la inmigración reforma radicalmente la estructura poblacional es en la Capital Federal y en cierta medida en el sur de la República, donde la importancia del extranjero es notable.¹⁹ Como conclusión de este cuadro podemos ver que el extranjero prefirió asentarse en las zonas más ricas y cercanas a la Capital Federal.

Si ahora analizamos el porcentaje de extranjeros en la población total por zonas, comprobaremos que la Capital Federal dependió casi exclusivamente de los extranjeros para su evolución.

Porcentaje de extranjeros sobre población total

Total del país	1869	1895	1914	1947	1960
Pampeana	49.6	52.0	49.4	27.5	22.5
Noreste	14.3	24.4	28.6	11.8	8.4
Noroeste	6.8	15.3	13.6	17.7	10.6
Cuyo	1.4	3.4	7.5	5.1	4.9
Sur	5.0	8.3	22.4	9.0	7.2
Capital Federal	69.9	44.4	44.1	19.9	20.2
	12.1	25.4	29.9	15.3	12.8

Por esto vemos que en los primeros años de inmigración los extranjeros son mayoría (1869, 1895 y 1914) disminuyendo luego con el aumento de la población, más que nada debido a los hijos de inmigrantes que comúnmente tenían familias muy numerosas.

Vemos también que el Sur tuvo su empuje económico con la llegada de inmigrantes, durante esa primera época, donde los extranjeros son netamente mayoría.

Otra zona que prosperó económicamente con la llegada de extranjeros fue Cuyo, donde el clima y la topografía del terreno es muy similar al de algunas zonas de Europa y donde muchos italianos asentaron allí sus familias. Prueba de ello es que en 1914 encontramos un alto porcentaje de extranjeros sobre la población total que llega al 22.4%.

Sin embargo, el inmigrante tuvo suma importancia en el desarrollo de nuestro agro, en especial en la actividad agrícola. Prueba rotunda y evidente de ello son las áreas sembradas de trigo para el total del país:

¹⁹ En los últimos años considerados en estas estadísticas, debe tenerse en cuenta la gran cantidad de chilenos que viven y trabajan en el sur argentino.

Años	Áreas sembradas
1888	815.438 has
1895	2.049.683 "
1907	5.759.987 "
1914	6.601.744 ..
1947	6.042.079 "
1960	4.274.800 "

Para aumentar tan visiblemente el área trabajada en este cereal, considerado como el principal de nuestros campos, hacía falta, lógicamente, el concurso de mano de obra experta y numerosa, esa disponibilidad se halló entre los inmigrantes agricultores que cambiaron las formas tradicionales de trabajo rural del país, para beneficiar luego tanto al país con el ingreso de divisas y un honroso puesto entre los productores de cereales del mundo.

No es casual que la mayor área sembrada registrada en un Censo Nacional sea en la misma época que la inmigración logra su mayor impacto en la Argentina, sólo el agricultor extranjero pudo colaborar a esa notable situación.

V. — EL FUTURO DE LA INMIGRACIÓN. CONCLUSIONES

Nuestro país ha alcanzado en estos días una capacidad demográfica suficiente para las distintas necesidades de su vida económica. Ya no son de estricta vigencia las palabras de Alberdi que antes recordamos, ahora el planteo de desarrollo de nuestra economía, de nuestro agro y de toda nuestra vida política depende más de la distribución de la población que de la llegada de extranjeros.

Ha sido demostrado que en la actualidad existen cerca de 600.000 personas capaces de trabajar en el campo y que por distintas razones no lo pueden realizar o deben depender de otros para hacerlo, no siempre en buenas condiciones.¹⁴ No es necesario ahora, pues, "poblar" nuestros campos, sino redistribuir a los trabajadores y darles las posibilidades de radicación en la tierra y acceso a la propiedad de la misma. Para ello deberán realizarse, como primera etapa, amplios planes de colonización en las tierras fiscales aptas que estén disponibles y brindar al campesino mejores condiciones de vida para que no emigre a las ciudades. En trabajos e investigaciones científicas con respecto a este tema

¹⁴ Arthur, L. Demko. "Tenencia de la tierra y desarrollo agrícola en la Argentina", CIDA, Washington, 1965, pág. 100.

vernos que las causas del alejamiento de los trabajadores rurales hacia las ciudades son principalmente la falta de trabajo y aspiración para mejores condiciones de vida y oportunidad que en el campo no son comunes.¹⁵

Con tal perspectiva, con mano de obra apta, capaz y deseosa de trabajar en lo suyo, pero con pocas posibilidades; cuando el país necesita obras de infraestructura, ordenamiento de la comercialización e incentivos para una mejor producción a través de la tecnología y de los adelantos científicos, no es necesario considerar las alternativas de traer extranjeros, sino en algunas especiales condiciones.

En los planes de colonización futuros no debe darse prioridad a extranjeros, sino a aquellos que residen desde tiempo atrás en nuestro país y que hayan demostrado aptitud y vocación por las tareas rurales, en adelante debe pensarse en realizar con argentinos, porque es allí donde se encuentra la mayor necesidad y presión social.

Nuestra Constitución Nacional y toda nuestra legislación es amplia y generosa para los extranjeros que lleguen hasta la Argentina a trabajar, no es momento tampoco ahora de suprimir ese noble principio, pero sí se hace imprescindible reglamentarlo de forma tal que se tenga la seguridad que los extranjeros que lleguen irán a cumplir sus funciones al campo con su capital y con sus instrumentos, pero que no permanecerán e huyan de las ciudades acentuando el problema de la concentración urbana y abandono de la tierra. A este efecto pueden darse cierto tipo de facilidades para que los inmigrantes aporten al país bienes de capital que el Estado de por sí no puede entregarlos, para que los mismos se radiquen en zonas que el Gobierno Nacional, a través de sus organismos especializados, determine convenientes y realice los acuerdos necesarios con las embajadas y las instituciones internacionales que trabajen en la materia. En el caso de ser necesario adquirir tierras privadas para su asentamiento los citados organismos coordinarán la compra de las mismas.¹⁶

Por todo lo expuesto podemos ahora señalar someramente las conclusiones que ya hemos mencionado en el texto:

1.—Los inmigrantes han aportado al país una gran fuerza que

¹⁵ Cfr. Fernando Bastos de Avila, S. J. "La inmigración en América Latina", Rev. Interamericana de Ciencias Sociales, Unión Panamericana, número especial, Washington, 1964, pág. 221. En una encuesta realizada en las villas miserias del Gran Buenos Aires, se encontró que el 72% de los residentes habían salido de su pueblo natal por falta de trabajo.

¹⁶ Con referencia a las actuales posibilidades de colonización con inmigrantes, ver: Oscar A. Natale y otros: "Aspectos jurídicos, económicos y sociales de la colonización con inmigrantes", Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1963, pág. 295 y ss.

cambió sensiblemente su fisonomía. Ese cambio estructural se desarrolló principalmente en el comercio y en la pequeña y mediana industria.

2.—La contribución de los extranjeros a nuestro campo se nota en la agricultura y la Argentina, de país ganadero pasó a ser agrícola-ganadero, obteniendo de esa forma mayores divisas e ingresos, como así también un respetable prestigio internacional.

3.—La inmigración espontánea y la falta de planes nacionales impidieron un asentamiento equilibrado de los extranjeros en el territorio argentino y de esa forma la mayor cantidad de ellos se radicó en la Capital Federal y en la zona pampeana.

4.—En el futuro la colonización con inmigrantes no debe representar una prioridad dentro de los planes nacionales y provinciales, pero sí se pueden conceder las franquicias para que trabajen en zonas determinadas y puedan aportar su capital y trabajo al desarrollo económico y social de nuestra patria.

CONVENCION EUROPEA PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

LILIA A. GAFFURI

TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA CONVENCION.

EL CONSEJO DE EUROPA

La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fue firmada en Roma el 4 de Noviembre de 1950 como resultado de la voluntad común de un grupo de gobiernos que ya se habían reunido en el Consejo de Europa y cuyo Estatuto,¹ suscrito en Londres el 5 de mayo de 1949, dispone en su artículo 1 que "la finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social. Este objetivo se perseguirá por medio de los Organos del Consejo, por el examen de los asuntos de interés común, por la conclusión de acuerdos y por la adopción de una acción conjunta en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo y en el mantenimiento y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales..."

El artículo 3 del mismo Estatuto establece que:

¹ El Estatuto del Consejo de Europa entró en vigor el 3 de agosto de 1949. Los diez países intervinientes eran: Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega Países Bajos y Suecia. Luego se unieron Grecia, Islandia, la República Federal Alemana, Turquía y el Surte como miembro asociado. Este último, por el Tratado Franco-alemán del 27 de octubre de 1956, perdió su autonomía política y cesó su unión económica con Francia reincorporándose a Alemania el 1º de enero de 1957. Austria se incorporó al Consejo en abril de 1956. Actualmente lo integran también Chipre y Suiza (1960 y 1963 respectivamente), con lo que el número de sus miembros asciende a dieciséis.

"Todo miembro del Consejo de Europa reconoce el principio de la preeminencia del derecho y se compromete a que todas las personas, dentro de su jurisdicción, gocen de los derechos humanos y libertades fundamentales y a colaborar activa y sinceramente en la consecución del objetivo definido en el capítulo primero".

Por último, de acuerdo con el artículo 4, para que un Estado pueda ser admitido por la Comisión de Ministros para convertirse en miembro asociado del Consejo de Europa debe estar en condiciones y al mismo tiempo expresar su voluntad de ceñirse a lo dispuesto en el artículo 3.

En agosto de 1949 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, al comienzo de su primera sesión, incluyó en su Agenda el estudio de las "medidas de ejecución de las finalidades del Consejo de Europa, de acuerdo con el artículo 1 del Estatuto en relación con el mantenimiento y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales". Ese mismo mes la Comisión de Ministros aprobó la inclusión del tema en la Agenda e hizo una recomendación en el sentido de que la Asamblea Consultiva estudiara el asunto concerniente a la definición de los derechos humanos, lo que así se hizo contemplando en especial la necesidad de crear un organismo dentro del Consejo de Europa para que protegiera los derechos humanos. Asimismo, se decidió pasar el asunto a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos para un análisis más exhaustivo.

Conviene recordar que también la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estaba abocada a la tarea de redactar un pacto de derechos humanos con el objeto de dar efectos jurídicos a los principios enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Pero los Estados miembros del Consejo de Europa continuaron su labor en la creencia de que sería más fácil llegar a un acuerdo sobre puntos tan delicados teniendo en cuenta:

—que constituían un grupo no muy numeroso y comparativamente homogéneo de Estados, frente a la multitud de Estados representados en las Naciones Unidas;

—que este grupo de Estados tenía un pasado común y tradiciones jurídicas similares, lo que les permitiría alcanzar mejores logros en la protección de los derechos humanos, que a través de una convención de proyecciones mundiales.

El trabajo de la Comisión giró alrededor de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en base a ella enunció diez derechos fundamentales que en su concepto debían ser garantizados. Estos derechos son los siguientes:

	Artículos de la Declaración de Derechos Humanos	Artículos de la Convención de Roma
1. Seguridad de la persona	3, 5, 8	2, 3
2. No sometimiento a esclavitud ni servidumbre	4	4
3. No poder ser detenido, preso ni desterrado arbitrariamente	9, 10, 11	5, 6, 7, 13
4. No ser objeto de ingerencias arbitrarias en la vida privada o familiar, domicilio y correspondencia	12	8
5. Libertad de pensamiento, conciencia y religión	18	9
6. Libertad de opinión y expresión	19	10
7. Libertad de reunión	20 (inc. 1)	11
8. Libertad de asociación	20 (incs. 1, 2)	11
9. Libertad de sindicarse	23 (inc. 4)	11
10. Derecho a casarse y fundar una familia	16 (inc. 1)	12]

Además de estos derechos, la Comisión consideró que debían agregarse otros dos: el derecho a la propiedad y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. También puntualizó la Comisión la conveniencia de crear una Comisión Europea de Derechos Humanos y una Corte Europea de Justicia. El 8 de setiembre de 1949 la Asamblea consideró y aprobó el informe de la Comisión.

De acuerdo con el Estatuto del Consejo de Europa su órgano deliberativo es la Asamblea Consultiva, la que discute las cuestiones de su competencia y hace conocer sus conclusiones a la Comisión de Ministros mediante recomendaciones. La Comisión de Ministros decide y actúa en nombre del Consejo de Europa. En consecuencia, la Asamblea Consultiva pasó a la Comisión de Ministros el informe que preparará la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos recomendando la redacción de un proyecto de Convención. En su segunda sesión, celebrada en París en noviembre de 1949, la Comisión de Ministros aprobó en general la recomendación de la Asamblea Consultiva y nombró una

Comisión de Expertos en Derecho de los Gobiernos para que preparara un proyecto de Convención, "teniendo presente el progreso alcanzado en la materia por los órganos competentes de las Naciones Unidas".

Esta Comisión de Expertos se reunió en Estrasburgo, donde celebró varias reuniones (febrero-marzo de 1950) y teniendo presente el trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos preparó un proyecto de Convención.

En este trabajo preliminar quedaron algunos puntos sin resolver, pues no se pudo llegar a un acuerdo sobre, por ejemplo, si los derechos que se iban a garantizar debían ser sólo enunciados o también definidos (la Asamblea Consultiva en su proyecto original había propuesto establecer dichos derechos refiriéndolos al texto de la Declaración de los Derechos Humanos). Otros de los problemas discutidos era el referente a la Corte Europea, ya que había quienes opinaban que se trataba de una cuestión de orden político antes que jurídico.

Respecto del primer punto, se decidió que esos derechos deberían ser detallados con mayor amplitud y para definirlos se remitieron en parte al proyecto de Convención que figuraba en el informe de la quinta sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1949).

La Comisión de Ministros consideró el informe presentado por la Comisión de Expertos, en abril de 1950, y convocó a una Comisión de Funcionarios de Alta Categoría para que se estudiara el aspecto político de los problemas planteados. Esta Comisión, reunida en Estrasburgo en junio de 1950, elaboró otro proyecto de Convención sobre la base de los textos de la Comisión de Expertos, en el cual se trató de solucionar el problema "enunciado o definición" de los derechos mediante una fórmula de transacción. (En realidad, los autores de la Convención creyeron poder combinar las dos tesis, pero se inclinaron más bien por la tesis de la definición).

En cuanto al segundo punto, se propuso crear una Corte Europea con jurisdicción optativa.

Este informe fue considerado por la Comisión de Ministros en su quinto período y el 7 de agosto de ese mismo año adoptó un proyecto de Convención que fue remitido a la Asamblea. Luego de que su Comisión de Asuntos Jurídicos lo hubo considerado y reelaborado, la Asamblea aprobó este nuevo proyecto y lo pasó a la Comisión de Ministros, reunida en Roma en su sexto período de sesiones. En general, la Asamblea Consultiva se pronunció en forma favorable respecto del proyecto que le remitiera la Comisión de Ministros, si bien propuso algunas enmiendas y la inclusión de tres derechos que no estaban contemplados en el proyecto: el derecho a la educación, el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad política y a elecciones libres.

La Comisión de Ministros consideró dichas enmiendas y decidió que esos derechos requerían un estudio más cuidadoso de parte de la Comisión de Expertos. Pero para no dilatar más la sanción de la Convención redactó el texto final de la misma, dejando los tres derechos mencionados para ser agregados en un Protocolo anexo una vez que se hubiera llegado a un acuerdo sobre su redacción definitiva. De esta forma, el 4 de noviembre de 1950 es firmada la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la ciudad de Roma, por los quince Estados miembros del Consejo de Europa: Bélgica, Dinamarca, Francia, la República Federal Alemana, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Noruega, el Sarre, Turquía y el Reino Unido. Grecia y Suecia firmaron el 28 de noviembre de 1950, en París.

EVOLUCIÓN POSTERIOR

La Convención entró en vigor el 3 de setiembre de 1953, cuando diez Estados la hubieron ratificado:

Reino Unido	(1951)	Irlanda	(1953)
Noruega	(1952)	Grecia	(1953)
Suecia	(1952)	Islandia	(1953)
Rep. Fed. Alemana	(1952)	Dinamarca	(1953)
Sarre ²	(1952)	Luxemburgo	(1953)

Posteriormente la ratificaron:

Turquía	(1954)	Italia	(1955)
Países Bajos	(1954)	Austria	(1958)
Bélgica	(1955)	Chipre	(1962)

El Protocolo, concluido por los mismos gobiernos, el 20 de marzo de 1952, entró en vigor el 18 de mayo de 1954, al depositarse el décimo instrumento de ratificación. Fue ratificado por todos los Estados que habían ratificado la Convención, excepto la República Federal Alemana que sólo lo hizo el 13 de febrero de 1957. También lo han ratificado los países que ratificaron la Convención con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

La competencia de la Comisión (art. 25), comenzó a ser efectiva a partir del 5 de julio de 1955, fecha en la cual se cumplió el requisito del inc. 4^o. Los seis países que hasta ese momento aceptaban la com-

² Como se recordará, el Sarre se incorporó a Alemania en 1957. En cuanto a Francia, es el único Estado miembro del Consejo de Europa que no ha ratificado la Convención a pesar de haberla firmado en 1950.

³ No obstante, ya había celebrado su primera reunión en Estrasburgo en 1954 y preparado su Reglamento Interno que ha sido modificado repetidas veces.

petencia de la Comisión eran: Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Alemania y Suecia. Hasta el 31 de diciembre de 1963 se habían pronunciado en igual sentido otros cuatro países: Austria, Luxemburgo, Noruega y los Países Bajos.

La competencia de la Corte (art. 56) fue aceptada con mucha cautela y prueba de ello es que el requisito impuesto por el artículo mencionado se cumplió sólo cinco años después de que entrara en vigor la Convención, exactamente el 3 de setiembre de 1958, cuando se reunieron las ocho declaraciones necesarias emitidas por: Austria, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Holanda, Luxemburgo y Alemania. La elección de los miembros de la Corte se realizó el 21 de enero de 1959 y celebró su primera sesión en febrero del mismo año. Hasta el 1º de enero de 1964 sólo dos casos fueron elevados a la Corte, cifra mínima en comparación con las 2.098 solicitudes presentadas a la Comisión hasta esa fecha.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Durante la gestación de esta Comisión se plantearon algunas dudas sobre la conveniencia de facultar al individuo para que pudiera peticionar directamente en forma individual ante un organismo internacional. En efecto, el problema del mecanismo de la garantía colectiva está estrechamente relacionado con el lugar que se desee reservar al individuo.

La resolución política del Congreso de La Haya proponía la creación de una Corte de Justicia ante la cual "cualquier ciudadano de los países asociados" podría presentarse en caso de violación de sus derechos fundamentales. Sin embargo, el proyecto presentado por el Movimiento europeo a la Comisión de Ministros del Consejo de Europa en julio de 1949, limitaba ya el derecho de acceso directo del individuo a la Corte, pues prevía la creación de una Comisión Europea de Derechos Humanos, intermediaria obligatoria entre el individuo y la Corte.

Durante las discusiones posteriores de la Convención, el papel a desempeñar por el individuo para poner en marcha el mecanismo de la garantía colectiva de los derechos humanos, disminuyó cada vez más. De esa forma la amenaza que pesaba sobre los Estados de ser acusados ante un órgano supranacional se diluía poco a poco. En el sistema que finalmente ha prevalecido, el individuo no puede presentarse ante la Comisión si el Estado en cuestión no ha reconocido antes la competencia de la misma (art. 25, inc. 4).

COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

La competencia de la Comisión debe ser apreciada desde cuatro puntos de vista. Pero antes de referirnos a ello conviene recordar que

hace apenas un tiempo que la Comisión estableció en sus decisiones la distinción entre las normas que rigen su competencia y las condiciones de admisibilidad de las solicitudes que se les presentan, si bien continúa declarando inadmisibles "como incompatibles con las disposiciones de la Convención" las solicitudes que no entran en el cuadro de su competencia.

Esta extensión abusada de la noción de admisión en detrimento de la de competencia se debe sin duda a la terminología de la Convención que en ninguna parte hace referencia expresa a la competencia de la Comisión. Pero esa terminología no es más que el reflejo de la concepción de los autores de la Convención respecto de la Comisión: simple órgano administrativo encargado de seleccionar las solicitudes. La jurisprudencia de la Comisión no confirma, sin embargo, la interpretación que se ha querido dar al respecto, pues las normas de admisibilidad absorben a las de competencia.

1. Competencia *ratione loci*. La Comisión es competente para entender en las cuestiones suscitadas en los territorios donde la Convención se aplica. En primer lugar se trata de los territorios nacionales de los Estados contratantes. Para que la Convención se haga extensiva a otros territorios se necesita una declaración expresa (art. 63).

2. Competencia *ratione temporis*. La competencia de la Comisión *ratione temporis* se extiende a todos los hechos posteriores a la entrada en vigor de la Convención respecto de la Parte Contratante afectada. En una decisión del 9 de junio de 1958, la Comisión precisó el fundamento de esta regla: "Es cierto que este principio de inadmisibilidad (*ratione temporis*) no aparece entre los que enumeran los artículos 26 y 27 de la Convención; (que) el artículo 66 de la Convención se limita a determinar cuándo se produce la entrada en vigor de la Convención, sin precisar a partir de qué fecha esa entrada en vigor produce sus efectos; (que) la existencia del principio de inadmisibilidad *ratione temporis* deriva, sin embargo, del principio de la irretroactividad de los tratados y convenciones, el cual figura entre los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos..."

3. Competencia *ratione materiae*. El artículo 24 de la Convención establece que "Cualquier Alta Parte Contratante podrá someter a la Comisión... cualquier infracción que se alegue de las disposiciones de la Convención por otra Alta Parte Contratante".

De esta forma, una Parte Contratante puede someter a la Comisión todo caso de violación de los derechos garantizados en la Sección I que llegue a su conocimiento. Pero también podría someter a la Comisión cualquier "infracción" a otras disposiciones de la Convención, como los artículos 25, 28, 31, 32, 37, 60, 61, 62 y 65. En realidad, esta segunda posibilidad no se ha presentado aún.

El valor de esta disposición es limitado. En los acuerdos internacionales que regulan las relaciones de los Estados *inter se*, es de desear, por supuesto, que haya un tribunal ante el cual un Estado pueda acusar a otro que lo ha lesionado al quebrar los términos del acuerdo. Pero, cuando el objeto del acuerdo es proteger a los individuos, no a los Estados, la verdadera parte interesada, en el caso de una violación, es el individuo cuyos derechos han sido negados.

De acuerdo con el concepto clásico imperante en el Derecho Internacional, los únicos sujetos del mismo son los Estados. Ahora bien, esto resulta un tanto anacrónico frente a la evolución que se ha operado en este campo y como argumento para negar a los individuos el carácter de sujetos del Derecho Internacional en ciertos casos carece de fuerza de convicción. Ya hemos dicho que uno de los puntos más debatidos durante la preparación de la Convención fue el referido al papel del individuo frente a los Estados y su derecho a presentarse directamente ante un tribunal internacional.

En el caso que comentamos (artículo 24 y como veremos luego también el artículo 25) se dijo que "si el individuo debía buscar la ayuda de un gobierno se pasaría al campo de las disputas entre Estados". En efecto, dado que el objeto de la Convención es proteger los derechos de los individuos ¿cómo se hará efectiva esa protección si se le niega toda posibilidad de actuar por sí cuando es muy probable que la violación de sus derechos provenga del propio gobierno? Según el concepto clásico de Derecho Internacional este individuo no tiene *locus standi*, de acuerdo con la tesis de que sus derechos serán defendidos por su gobierno. ¿Pero cómo puede su gobierno ser su defensor cuando es *ex hypothesi* el ofensor? Y si la solución viniera por el lado de que otro Estado pudiera asumir esa defensa se estaría arriesgando la paz entre los Estados. Esto no pudo ser resuelto de manera definitiva y se adoptó entonces una posición intermedia: el derecho es opcional en cuanto está sujeto a la declaración expresa del gobierno interesado en el sentido de reconocer la competencia de la Comisión para recibir peticiones de los individuos (art. 25, inc. 1).

4. Competencia *ratione personae*. Acá debemos distinguir:

A. Competencia *ratione personae* en cuanto al demandante (arts. 24 y 25).

a) Solicitudes de los Estados.

A primera vista, el derecho de una Parte Contratante de presentarse ante la Comisión no es más que la reafirmación del derecho de todo Estado de tomar partido por su nacional. Sin embargo, precisamente, la condición de la nacionalidad no existe en el sistema de la Convención lo que está de acuerdo con el mecanismo de "garantía colectiva" instaurado.

b) Solicitudes individuales:

Han surgido ciertas dificultades cuando los demandantes eran personas privadas de su libertad (presos o internados en instituciones de defensa social o para enfermos mentales). En los casos en que la Comisión lo juzgó oportuno se dirigió a la Parte Contratante interesada para señalarle el problema y este procedimiento siempre ha dado excelentes resultados.

El otro problema que se ha planteado se refiere al alcance de la expresión "víctima". Las primeras decisiones de la Comisión le dieron una interpretación bastante amplia que últimamente pareciera estar siendo restringida. La Comisión, por otra parte, no ha aceptado la noción de "víctima en potencia".

B. Competencia *ratione personarum* en cuanto al demandado.

Las solicitudes, sean de los Estados o individuales, deben dirigirse contra un Estado miembro del Consejo de Europa que haya ratificado la Convención (art. 66) y, en el caso de una solicitud individual, el Estado demandado debe haber reconocido la "competencia de la Comisión para recibir tales solicitudes" (art. 25).

C. "Petitioner" individuales.

Varias posiciones se han sostenido para el caso de que se presenten peticiones individuales contra un Estado, que no ha reconocido la competencia de la Comisión. La solución que se le dé a este problema dependerá de la idea que prevalezca respecto del lugar del individuo dentro de la economía de la Convención.

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

La Comisión en su Reglamento ha precisado las normas procesales que se deben seguir una vez que se ha recibido una solicitud. El camino a seguir puede dividirse en cinco etapas:

1. Presentación ante la Comisión. (arts. 24 y 25 de la Convención).
2. Procedimiento de admisibilidad.
3. Condiciones de admisibilidad. (arts. 26 y 27 de la Convención).
4. Instancia ante la subcomisión. (arts. 28, 29 y 30 de la Convención)
5. Instancia ante la Comisión en pleno. (art. 31 de la Convención).

En cuanto al procedimiento de admisibilidad, la Comisión le dedicó los artículos 34, 45 y 46 de su Reglamento interno. Grupos de tres personas nombradas de entre los miembros de la Comisión hacen un examen preliminar. Luego presentan un informe a la Comisión en pleno para que ésta se pronuncie. La Comisión al estudiar este procedimiento creyó necesario distinguir entre las solicitudes sometidas por las Altas Partes Contratantes (art. 24 de la Convención) y las sometidas

por particulares (art. 25 de la Convención). Respecto de las primeras, la Comisión estableció en la Norma 44 de su Reglamento Interno que esas solicitudes se pondrían inmediatamente en conocimiento de la Parte Contratante contra la que van dirigidas, para que ésta presente por escrito a la Comisión las observaciones que juzgue pertinentes sobre su admisibilidad. Si se trata de solicitudes de particulares, se acordó que no serían notificadas a la Parte Contratante de inmediato, pues de conformidad con la Norma 45, párrafo 2, esa notificación procederá sólo en el caso de que el grupo de tres miembros considere que la solicitud es admisible. En ese caso, y antes de que la Comisión en pleno examine el caso, el Presidente de la Comisión notificará, por intermedio del Secretario General del Consejo de Europa, a la Parte Contratante demandada, solicitándole también que envíe a la Comisión, por escrito, las observaciones que tenga que hacer sobre la admisibilidad de la solicitud.

El estudio de las solicitudes presentadas han permitido a la Comisión establecer una serie de principios básicos respecto de las condiciones de admisibilidad de las mismas. Estos principios son: *

1. Los solicitantes deben agotar los recursos locales antes de recurrir a la Comisión;
2. Las solicitudes deben referirse al período posterior a la entrada en vigor de la Convención;
3. Las solicitudes deben hacerse solamente contra la Alta Parte Contratante que haya reconocido el derecho de los particulares para recurrir a la Comisión;
4. Las solicitudes deben hacerse normalmente por las propias personas que reclamen ser víctimas de infracciones;
5. Al presentar una solicitud, el solicitante no debe demostrar una falta de conocimiento de los requisitos formales, en tal forma que pueda considerarse su solicitud como un abuso del derecho de petición;
6. La solicitud no debe referirse primordialmente a un asunto que ya haya examinado la Comisión;
7. Las solicitudes deben referirse a la infracción de uno de los derechos o libertades reconocidos en la Convención o en el Protocolo;
8. La Convención no reconoce el derecho de cualquier persona de dedicarse a cualquier actividad o de efectuar cualquier acto que tenga por objeto la destrucción de cualquiera de los derechos a libertades garantizados;

* Council of Europe, *Procedure and Jurisprudence of the European Commission of Human Rights*, Estrasburgo, octubre 1957.

9. El examen de los antecedentes debe demostrar, en principio, la infracción de uno de los derechos o libertades tal como se hallan definidos en la Convención o Protocolo;
10. La Comisión Europea de Derechos Humanos no es un alto tribunal llamado a corregir errores de derecho o de hecho que se aleguen haber sido cometidos por tribunales nacionales.

SOLUCIÓN DE LA INSTANCIA

Tres posibilidades pueden darse:

- a) que la Comisión declare la solicitud inadmisibile;
- b) que la Subcomisión informe que se ha logrado efectuar un arreglo amistoso del asunto;
- c) que la Comisión informe sobre los hechos y exponga su opinión en el sentido de si los hechos constatados revelan una infracción.

Hay una cuarta posibilidad que no está prevista, ni por la Convención ni por el Reglamento Interno: el retiro de la solicitud.

Salvo en el tercer caso c), en que queda abierta la vía hacia la Corte, en los otros tres concluye ahí el caso.

Desde su constitución —el 18 de mayo de 1954— hasta el 31 de diciembre de 1963, la Comisión ha recibido 2.095 solicitudes individuales y tres estatales. Ha pronunciado 1.590 decisiones y treinta solicitudes han sido declaradas admisibles.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Como la Comisión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido creada por la Convención para asegurar el respeto de los compromisos que derivan de ésta. Con la Comisión comparte la responsabilidad de poner en funcionamiento el mecanismo de la defensa colectiva, pero la Corte detenta en el más alto grado el poder que es la base y la justificación de esa responsabilidad: el poder jurisdiccional supranacional.

Si bien para los promotores de la Convención, la Corte debía ser la base del edificio, en definitiva no ha sido así y sólo aparece como una etapa cumbre a la que es muy difícil llegar. Abierta en el primer proyecto del Movimiento Europeo a cualquier individuo, hoy lo ignora como parte. Lo que nos habla una vez más de esa realidad internacional que son los Estados, realidad que hasta ahora sigue imponiéndose a los intereses de los particulares.

COMPOSICIÓN DE LA CORTE

De acuerdo con el artículo 38 de la Convención la Corte se compondrá "de un número de magistrados que sea igual al número de miembros del Consejo de Europa. No podrá haber dos jueces que sean nacionales del mismo Estado". Eso establece una diferencia con la composición de la Comisión. El artículo 20 de la Convención establece que "la Comisión se compondrá de un número de miembros igual al de las Partes Contratantes". Con lo cual la Corte queda integrada también con jueces de dos países (Francia y Suiza) que no han ratificado la Convención.

COMPETENCIA DE LA CORTE

Según el artículo 45 "la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios relativos a la interpretación y aplicación" de la Convención. Así, en los límites *ratione loci, ratione materiae* y *ratione temporis* de la Convención, la Corte parece ejercer una competencia general. En realidad, ejerce una verdadera competencia de atribución, derivada de la Comisión, para, como hemos visto, para ser presentado ante la Corte, un asunto debe, por una parte, entrar en el cuadro de la competencia *ratione loci, ratione materiae, ratione personae* y *ratione temporis* de la Comisión y, por otra parte, llenar las diversas condiciones de admisibilidad de las solicitudes individuales y estatales.

Si bien las normas que rigen la competencia *ratione loci, ratione materiae* y *ratione temporis* de la Corte son las mismas que las que rigen para la Comisión, no sucede así con la competencia *ratione personae*.

a) Competencia *ratione personae* en cuanto al demandado.

Para que un caso pueda ser sometido ante la Corte las Partes Contratantes interesadas deben haber reconocido la jurisdicción obligatoria de la misma o prestar su consentimiento (art. 48). La declaración puede ser hecha pura y simplemente o sujeta a condición de reciprocidad o por un tiempo determinado.

De los quince Estados contratantes sólo ocho han reconocido la competencia de la Corte y todos, excepto Irlanda, por un tiempo determinado que no excede los cinco años.

Señalemos que en varias oportunidades, la Asamblea Consultiva recomendó a los gobiernos de las Partes Contratantes que reconocieran como obligatoria la competencia de la Corte, estimando que la solución de la instancia dada por la Corte era preferible a la decisión tomada por el órgano político que es la Comisión de Ministros. Sin embargo, algunos países han manifestado su decidida preferencia por una decisión

pronunciada por un órgano político —la Comisión de Ministros— y no por la Corte.

b) *Competencia ratione personae en cuanto al demandante.*

Vemos que, según los artículos 44 y 48, sólo las Altas Partes Contratantes y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte.

Este derecho otorgado a la Comisión es en realidad el resultado del compromiso entre los partidarios y los adversarios de una Corte, cu-nacionales del mismo Estado". Esto establece un adiferencia con la yo acceso estuviera abierto al individuo. De los artículos citados se desprende que el individuo no puede, si ha fracasado el intento de arreglo amistoso, elevar a la Corte una cuestión que ha presentado ante la Comisión por vía de una solicitud. Sin embargo, como en la mayoría de los casos, se trata de una solicitud dirigida por un individuo contra su propio gobierno, ninguna Parte Contratante, excepto aquella de la cual el individuo es nacional, puede, de acuerdo con el artículo 48, llevar la cuestión ante la Corte. El derecho que tiene la Comisión de someter un caso a la Corte permite, en cierta medida al menos, restablecer el equilibrio. En realidad, este derecho sólo es la consecuencia lógica de la negativa a acordarle al individuo ante la Corte la calidad de parte.

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

1. *Introducción de la instancia.*

A la Corte puede presentar un asunto, sea la Parte Contratante interesada por medio de una solicitud, sea la Comisión por medio de una demanda (art. 31 del Reglamento).

Como en el caso de la solicitud presentada a la Comisión, la introducción de la instancia ante la Corte no tiene efectos suspensivos. Además, ninguna disposición de la Convención otorga a la Comisión o a la Corte competencia para ordenar medidas provisionales. Sin embargo, la Corte se ha reconocido el derecho de recomendarlas. De todos modos, hubiera sido preferible que esto se contemplara en el Reglamento de la Comisión que no contiene ninguna disposición relativa a medidas provisionales.

2. *Constitución de la Sala.*

Está establecido por el artículo 43 (que corresponde al artículo 29 referido a la Comisión) y esta disposición marca una diferencia con el Tribunal Internacional de Justicia que no debe constituirse en sala.

3. *Desarrollo de la instancia.*

La Corte "toma en consideración el informe de la Comisión", lo cual es lógico ya que ésta ha hecho un estudio exhaustivo y directo de los acontecimientos que promovieron la solicitud. El procedimiento es escrito y oral.

4. *La Comisión y el individuo en el procedimiento.*

Las funciones de la Comisión no concluyen con la presentación del caso a la Corte, pero esto no significa que se convierta en parte. Su misión es el ser una ayuda para la Corte y esto está previsto en el Reglamento Interno de la Comisión.

En cuanto al individuo, permanece siempre como "peticionario" (*requérant*), ya que nunca podrá tener la calidad de parte, nunca podrá "comparecer jurídicamente ante la Corte". Sin embargo, no se lo puede considerar como extraño al procedimiento en el cual está "directamente interesado" y en este sentido el Reglamento de la Corte contiene algunas disposiciones que permiten al individuo participar en el procedimiento.

SOLUCIÓN DE LA INSTANCIA

La Convención sólo prevé una solución: el fallo respecto del caso presentado. Al respecto, el artículo 53 de la Convención dispone que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en cualquier caso en que sean partes". De donde resulta que la autoridad de la cosa juzgada será relativa y no absoluta. Y esto plantea el problema de la ejecución forzada de las sanciones impuestas.

ACTIVIDAD DE LA CORTE

Hasta el año 1963 sólo dos casos fueron llevados a la Corte: —el caso *Lawless* en el cual se acusaba al gobierno irlandés de haber violado la Convención al proceder a la internación de un joven irlandés, G. R. Lawless; el caso *De Becker* en el cual se acusaba al gobierno belga de haber violado el artículo 10 de la Convención.

En este caso, sin embargo, la Corte no tuvo que pronunciarse ya que dos hechos nuevos alteraron las condiciones originarias, base de la solicitud. Esta solicitud fue la primera solicitud individual declarada admisible por la Comisión (1958). El periodista Raymond De Becker de nacionalidad belga, había sido durante la ocupación de Bélgica jefe de redacción de "Le Soir". Luego de la liberación, fue condenado en 1947 por colaboración con el enemigo a prisión perpetua, reducida en 1950 a 17 años de cárcel. En 1951 se le concedió la libertad condicional, pero quedó privado de una serie de derechos que hacían al ejercicio de su profesión. La Comisión elevó el caso a la

Corte, pero dos días antes de la primera audiencia — fijada para el 3 de julio de 1961— se dictó en Bélgica una ley que modificaba la situación hasta entonces existente lo que motivó que De Becker dirigiera una carta a la Comisión desistiendo de su solicitud. El 27 de marzo de 1962, la Corte decidió que no había lugar para proseguir con la causa.

Caso Lawless.

Acusado de pertenecer a una organización ilegal, la Irish Republican Army, Gerard Richard Lawless fue internado el 13 de julio de 1957 en un campo militar en razón de una ley referente a los asentados a la seguridad del Estado. Antes de presentarse a la Comisión, Lawless había llegado hasta la Corte Suprema de Irlanda con un recurso de *habeas corpus*, sin tener éxito. Posteriormente fue liberado (10 de diciembre de 1957), y la solicitud presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 8 de noviembre de 1957 la mantuvo después de su liberación limitándola a una demanda por daños y perjuicios y reembolso de los gastos derivados de las actuaciones judiciales.

La Corte decidió por unanimidad que la internación administrativa, tal como estaba prevista en la ley de 1943, "aparece como una medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación en el sentido del artículo 15 de la Convención" y que, en esas condiciones, los hechos de la causa "no revelan, de parte del gobierno irlandés, una violación de la Convención" (fallo del 19 de julio de 1961).

Es interesante destacar la importancia de este caso, ya que tratándose de una cuestión de fuerte contenido político para el país demandado no obstante pudo ser llevado ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Así entendido, el caso Lawless constituye una contribución nada despreciable a la reafirmación de la paz pública en todos los Estados contratantes.

TRANSCENDENCIA HISTÓRICA DE LA CONVENCION

La dificultad de llegar a un acuerdo de carácter universal sobre la protección jurídica de los derechos humanos se acentúa cada vez más, máxime cuando no hay unanimidad sobre el concepto de hombre en todos los países que debieran intervenir en un pacto de orden universal.

Así ha dicho J. de Aréchaga que "la tarea de internificar los vínculos jurídicos en materia de reconocimiento y protección internacional de los derechos del hombre, debiera quedar librada más a esfuerzos regionales, que a los que puedan llevarse a cabo en la esfera universal".

En este sentido, la Convención Europea no es un modelo pero sí un ejemplo. No es un modelo ya que su mecanismo es susceptible de críticas. Pero sí es un ejemplo pues prueba que un sistema de garantía internacional de los derechos del hombre puede funcionar sin paralizar al Estado.

Además, la Convención de Roma constituye una avanzada en la legislación internacional pues por primera vez se supera el esquema de una simple declaración de derechos humanos para llegar a una *representación efectiva del sistema jurídico que servirá para tutelar esos derechos*. Y ello se logra en base a un acuerdo regional y mediante la creación de dos órganos que entenderán de las solicitudes de no sólo las Altas Partes Contratantes, sino también de las que presenten los individuos, organizaciones no gubernamentales o grupos de personas.

En la medida en que otros grupos de Estado sigan los pasos de los países europeos reunidos en la Convención se irá afianzando en el inseguro mundo de hoy la personalidad del individuo como sujeto jurídico con derechos autónomos frente al Estado y en esa medida también se podrá pensar en una paz duradera o, por lo menos, en guerras menos cruentas.

Recordemos por último que en América ha existido siempre esa preocupación y prueba de ello es el proyecto de Santiago que sigue muy de cerca a la Convención Europea, tanto en su estructura interna como en su texto.



1

TEXTOS

CONVENCION EUROPEA PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Los gobiernos signatarios, Miembros del Consejo de Europa,

Considerando la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;

Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos enunciados en la misma;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa consiste en lograr una unión más estrecha entre sus Miembros y que uno de los medios para realizar esa finalidad es el mantenimiento y desarrollo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

Reafirmando su profunda convicción en estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo y cuya mantenimiento descansa esencialmente sobre un régimen político verdaderamente democrático, por una parte, y por la otra sobre una comprensión y observancia común de los derechos humanos de la cual depende;

Habiendo resuelto tomar, como Gobiernos de Estados Europeos que están animados de un mismo espíritu y poseen un patrimonio común de tradiciones políticas, ideales, libertad, y la preminencia del derecho, los primeros pasos para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal;

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1. — Las Altas Partes Contratantes reconocerán a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y libertades que se definen en la sección I de esta Convención.

Sección I

Artículo 2. — (1) El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie será privado de su vida arbitrariamente excepto

en cumplimiento de sentencia pronunciada por un tribunal competente cuando el delito esté castigado con esta pena por la ley.

(2) La privación de la vida no se considerará en violación de este artículo si resultara del uso de la fuerza que no fuera más de la absolutamente necesario:

- a) para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;
- b) para efectuar un arresto legal o para impedir la fuga de una persona que esté legalmente detenida;
- c) para reprimir, conforme a la ley, un motín o una insurrección.

Artículo 3. — Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 4. — (1) Nadie será sometido a esclavitud o servidumbre.

(2) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

(3) Para los fines de este artículo no se considerará como "trabajo forzoso u obligatorio":

- a) cualquier trabajo que se exija normalmente de una persona encarcelada de acuerdo con los disposiciones del artículo 5 de esta Convención o durante la libertad condicional de esa detención;
- b) cualquier servicio de carácter militar o, en el caso de impugnadores de conciencia en países donde son reconocidos, el servicio que se exija en lugar del servicio militar obligatorio;
- c) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales.

Artículo 5. — (1) Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad.

Nadie será privado de su libertad excepto en los casos siguientes y de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley:

- a) la detención legal de una persona después de ser condenada por un Tribunal competente;
- b) el arresto o la detención legal de una persona por no cumplir una orden dictada, conforme a la ley, por un tribunal o para garantizar la ejecución de una obligación establecida por la ley;
- c) el arresto o detención legal de un apersona efectuado con el objeto de conducirla ante la autoridad legal competente cuando haya sospecha razonable de que haya cometido un delito o cuando se con-

sidera razonablemente necesario para impedir que cometa un delito o que huya después de haberlo cometido;

(3) d) la detención de un menor por orden legal para fines de supervisión educacional o su detención legal para fines de conducirlo ante la autoridad legal competente;

e) la detención legal de personas para impedir la propagación de enfermedades contagiosas, o de personas dementes, alcohólicas, tóxicómanos o vagabundos;

f) el arresto o detención legal de una persona para impedir su ingreso ilegal en el territorio o de una persona contra la cual se está siguiendo un procedimiento de deportación o extradición;

(2) Toda persona que sea arrestada será informada prontamente, en un idioma que entienda, de las razones que justifiquen su arresto y de cualquier acusación contra él.

(3) Toda persona arrestada o detenida de acuerdo con las disposiciones del párrafo 1º c) de este artículo será conducida prontamente ante un juez u otro magistrado autorizado por la ley para ejercer las funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad mientras el juicio esté pendiente. La libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio.

(4) Cualquier persona que esté privada de su libertad por arresto o detención tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida sin demora sobre la legalidad de su detención y se ordene su libertad si la detención fuere ilegal.

(5) Cualquier persona que, haya sido víctima de arresto o detención en violación de las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

Artículo 6. — (1) En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles o de cualquier acusación criminal contra ella, toda persona tiene derecho a una audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. La sentencia será pronunciada en público, pero podrá excluirse a la prensa o al público de todo o parte del juicio por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de los menores o la protección de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria a juicio del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

(2) Toda persona acusada de un delito se presumirá inocente mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad.

(3) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) a disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

c) a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección o, si no tuviere medios para remunerar a un defensor, a que se le otorgue uno cuando los intereses de la justicia lo requieran;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparencia de los testigos de descargo y su interrogatorio en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

e) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o habla el idioma empleado en el tribunal.

Artículo 7. — (1) Nadie podrá ser condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

(2) Este artículo no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Artículo 8. — (1) Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia.

(2) No habrá ingerencia alguna por parte de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho salvo cuando sea de acuerdo con la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública, o el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delitos penales, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de otros.

Artículo 9. — (1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia.

(2) La libertad de manifestar la propia religión o las creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias, en una sociedad democrática, para proteger la segu-

ridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 10. — (1) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin la ingerencia de las autoridades públicas y sin limitación de fronteras. Este artículo no impedirá a los Estados someter a las compañías de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorizaciones.

(2) El ejercicio de estas libertades entraña deberes y responsabilidades y, por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, fijadas por la ley, y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, o para proteger la salud o la moral, la reputación o los derechos de otros, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Artículo 11. — (1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

(2) El ejercicio de estos derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o del orden público, de la defensa del orden y de la prevención del delito, o para proteger la salud o la moral o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía, o de la administración del Estado.

Artículo 12. — Los hombres o mujeres, a partir de la edad para contraer matrimonio, tendrán el derecho de casarse y establecer una familia de acuerdo con las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho.

Artículo 13. — Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por la presente Convención sean violados, tendrán un remedio eficaz ante la autoridad nacional aun cuando la infracción haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 14. — El goce de los derechos y libertades reconocidos en esta Convención será garantizados sin discriminación por razones de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de otra naturaleza, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 15. — (1) En caso de guerra o de otra emergencia pública que amenace la vida de la nación, cualquier Estado contratante podrá tomar medidas que deroguen sus obligaciones de acuerdo con esta Convención hasta el punto que estrictamente se requiera por las exigencias de la situación, siempre que tales medidas no estén en contradicción con otras obligaciones de acuerdo con el derecho internacional.

(2) La disposición precedente no autoriza derogación cualquiera del artículo 2, salvo para los casos de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, o de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

(3) Cualquier Parte Contratante que ejercite este derecho de derogación deberá mantener al Secretario General del Consejo de Europa completamente informado de las medidas que haya tomado y de las razones que las justifiquen. Informará también al Secretario General del Consejo de Europa cuando tales medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones de la Convención estén de nuevo en aplicación.

Artículo 16. — Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11, y 14 se considerará que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones en la actividad política de los extranjeros.

Artículo 17. — Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o a su limitación en mayor medida que la prevista en ella.

Artículo 18. — Las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención a dichos derechos y libertades no se aplicarán para fin alguno que no sea aquellos que están previstos.

Sección II

Artículo 19. — Con el fin de asegurar la observancia de las obligaciones acordadas por las Altas Parte Contratantes, se establecerá:

(1) Una Comisión Europea de Derechos Humanos, que en adelante se denominará "la Comisión".

(2) Una Corte Europea de Derechos Humanos, que en adelante se denominará "la Corte".

Sección III

Artículo 20. — La Comisión se compondrá de un número de miembros igual al de las Partes Contratantes. La Comisión no podrá comprender más de un nacional del mismo Estado.

Artículo 21. — (1) Los miembros de la Comisión serán elegidos por la Comisión de Ministros por una mayoría absoluta de votos, de una lista de nombres preparada por la Oficina de la Asamblea Consultiva; cada grupo de los representantes de las Altas Partes Contratantes en la Asamblea Consultiva presentará tres candidatos, de los cuales dos al menos serán de su nacionalidad.

(2) En cuanto sea aplicable, se seguirá el mismo procedimiento para integrar la Comisión en el caso de que otros Estados se hagan partes posteriormente en esta Convención, y para llenar las vacantes que se produzcan.

Artículo 22. — (1) Los miembros de la Comisión serán elegidos por un período de seis años. Podrán ser reelegidos. Sin embargo, en lo que concierne a los miembros elegidos en la primera elección los plazos de siete miembros expirarán al cabo de tres años.

(2) Los miembros cuyos plazos han de expirar al fin del período inicial de tres años serán escogidos por sorteo por el Secretario General del Consejo de Europa inmediatamente después que se haya completado la primera elección.

(3) El miembro de la Comisión que sea elegido para reemplazar a un miembro cuyo mandato no haya expirado podrá ejercer las funciones durante el resto del plazo de su predecesor.

(4) Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones hasta que sean reemplazados. Después de ser reemplazados, continuarán conociendo de aquellos casos que hayan estado bajo su consideración.

Artículo 23. — Los Miembros de la Comisión servirán en la Comisión a título individual.

Artículo 24. — Cualquier Alta Parte Contratante podrá someter a la Comisión, por conducto del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier infracción que se alegue de las disposiciones de la Convención por otra Alta Parte Contratante.

Artículo 25. — (1) La Comisión podrá recibir solicitudes dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona, cualquier organización no gubernamental o cualquier grupo de individuos que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en esta Convención, siempre que la Alta Parte Contratante contra la cual se haya dirigido la queja haya declarado que reconoce la competencia de la Comisión para recibir tales solicitudes. Aquellas de las Altas Partes Contratantes que hayan hecho tal declaración se comprometerán a no obstaculizar en forma alguna el ejercicio efectivo de este derecho.

(2) Tales declaraciones pueden hacerse por un período determinado.

(3) Las declaraciones se depositarán con el Secretario General del Consejo de Europa quien transmitirá copias de las mismas a las Altas Partes Contratantes, y las publicará.

(4) La Comisión ejercerá sólo las facultades previstas en este artículo cuando al menos seis de las Altas Partes Contratantes estén comprometidas por las declaraciones hechas de acuerdo con los párrafos precedentes.

* Artículo 26. — La Comisión sólo podrá conocer de una solicitud después de que se hayan agotado todos los remedios locales, de acuerdo con las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional, y dentro de un período de seis meses a partir de la fecha en que se tomó la decisión final.

Artículo 27. — (1) La Comisión no podrá conocer de solicitud alguna sometida de acuerdo con el artículo 25 que

a) sea anónima, o

b) sea sustancialmente la misma materia que haya sido ya examinada por la Comisión o que haya sido ya sometida a otro procedimiento de investigación o arreglo internacional y si no contiene nueva información que sea pertinente.

(2) La Comisión considerará inadmisibles toda solicitud sometida de acuerdo con el artículo 25 que considere incompatible con las disposiciones de la presente Convención, evidentemente mal fundada, o un abuso del derecho de petición.

(3) La Comisión rechazará toda solicitud que considere inadmisibles de acuerdo con el artículo 26.

Artículo 28. — En el caso de que la Comisión acepte una solicitud:

a) realizará, junto con los representantes de las Partes, y a fin de averiguar los hechos, un examen de la solicitud y si fuera necesario una investigación para cuyo eficaz desempeño los Estados interesados deberán proporcionar todas las facilidades necesarias, después de un intercambio de puntos de vista con la Comisión;

b) se pondrá ella misma a disposición de las partes interesadas con el objeto de obtener un arreglo amistoso del asunto sobre la base del respeto de los Derechos Humanos tal como se define en esta Convención.

Artículo 29. — (1) La Comisión ejercerá las funciones que se establecen en el artículo 28 mediante una Subcomisión que consistirá de siete miembros de la Comisión.

(2) Cada una de las Partes interesadas podrá designar como miembro de esta Subcomisión a una persona de su selección.

(3) Los miembros restantes serán escogidos por sorteo de acuerdo con los arreglos que se establezcan en las Reglas de Procedimiento de la Comisión.

Artículo 30. — Si la Subcomisión lograra efectuar un arreglo amistoso de acuerdo con el artículo 28, preparará un Informe que será transmitido a los Estados interesados, a la Comisión de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa para su publicación. Este Informe se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.

Artículo 31. — (1) Si no se lograra una solución, la Comisión preparará un Informe sobre los hechos y expondrá su opinión en el sentido de si los hechos constatados revelan una infracción por el Estado interesado de sus obligaciones de acuerdo con esta Convención. Las opiniones de todos los miembros de la Comisión sobre este punto podrán ser incorporadas al Informe.

(2) El Informe será transmitido a la Comisión de Ministros. Será transmitido también a los Estados interesados, que no estarán facultados para publicarlo.

(3) Al transmitir el Informe a la Comisión de Ministros la Comisión podrá formular las propuestas que considere pertinentes.

Artículo 32. — (1) Si el asunto no fuera sometido a la Corte de acuerdo con el artículo 48 de esta Convención dentro de un período de tres meses a partir de la fecha de la transmisión del Informe a la Comisión de Ministros, la Comisión de Ministros decidirá por mayoría de dos tercios de sus miembros que tengan derecho a participar en la Comisión si ha habido o no una infracción de la Convención.

(2) En caso afirmativo la Comisión de Ministros fijará un período durante el cual las Partes Contratantes interesadas deberán tomar las medidas que se requieran de acuerdo con la decisión de la Comisión de Ministros.

(3) Si la Alta Parte Contratante interesada no ha tomado medidas satisfactorias dentro del período establecido, la Comisión de Ministros decidirá por la mayoría prevista en el párrafo (1) de este artículo qué efecto se dará a su decisión original y publicará el Informe.

(4) Las Altas Partes Contratantes se comprometerán a considerar como obligatorias para ellas cualquier decisión que la Comisión de Ministros adopte en la aplicación de los párrafos anteriores.

Artículo 33. — La Comisión se reunirá en privado.

Artículo 34. — La Comisión adoptará sus decisiones por la mayoría de sus miembros presentes y votantes; la Subcomisión adoptará sus decisiones por mayoría de miembros.

Artículo 35. — La Comisión se reunirá cuando las circunstancias lo requieran. Las reuniones serán convocadas por el Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 36. — La Comisión formulará su propio Reglamento Interno.

Artículo 37. — La Secretaría de la Comisión será suministrada por el Secretario General del Consejo de Europa.

Sección IV

Artículo 38. — La Corte Europea de Derechos Humanos se compondrá de un número de magistrados que sea igual al número de Miembros del Consejo de Europa. No podrá haber dos jueces que sean nacionales del mismo Estado.

Artículo 39. — (1) Los Miembros de la Corte serán elegidos por la Asamblea Consultiva por una mayoría de votos depositados, de una nómina de candidatos propuesto por los Miembros del Consejo de Europa; cada Miembro podrá proponer tres candidatos, de los cuales dos por lo menos serán de su misma nacionalidad.

(2) En cuanto sea aplicable, se seguirá el mismo procedimiento para completar la Corte en el caso de que nuevos Miembros sean admitidos al consejo de Europa y para llenar plazas vacantes.

(3) Los candidatos serán personas que gocen de alta consideración moral y que o bien reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o sean juriconsultos de reconocida competencia.

Artículo 40. — (1) Los Miembros de la Corte serán elegidos para un período de nueve años, y podrán ser reelectos. Sin embargo, el período de cuatro de los miembros electos en la primera elección expirará a los tres años, y el período de otros cuatro miembros expirará a los seis años.

(2) Los Miembros cuyos períodos hayan de expirar al cumplirse los mencionados períodos iniciales de tres y seis años, serán designados mediante sorteo por el Secretario General inmediatamente después de terminada la primera elección.

(3) Todo Miembro de la Corte electo para reemplazar a otro que no hubiere terminado su período, desempeñará el cargo por el resto del período de su predecesor.

(4) Los Miembros de la Corte continuarán desempeñando sus funciones hasta que sean reemplazados. Después de reemplazados con-

tizarán conociendo de los casos que hubieren iniciado, hasta su terminación.

Artículo 41. — La Corte elegirá a su Presidente y Vicepresidente para un período de tres años. Estos podrán ser reelectos.

Artículo 42. — Los Miembros de la Corte recibirán una remuneración por cada día que desempeñen las funciones de su cargo, la cual será fijada por la Comisión de Ministros.

Artículo 43. — La Corte consistirá de una sala compuesta de siete magistrados para la consideración de cada caso sometido ante la Corte. El magistrado que sea nacional de cualquiera de los Estados que sean partes litigantes tomará asiento en calidad de miembro ex officio de la Corte si la Corte no incluyera ningún magistrado de nacionalidad de una de las partes, dicha parte podrá designar una persona para que tome asiento en calidad de magistrado; los nombres de los otros magistrados se escogerán mediante sorteo por el Presidente antes de considerarse el caso.

Artículo 44. — Sólo las Altas Partes Contratantes y la Comisión tendrán derecho para someter un caso ante la Corte.

Artículo 45. — La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convención que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le sometan de conformidad con el artículo 48.

Artículo 46. — (1) Cualquiera de las Altas Partes Contratantes podrá declarar en cualquier momento que reconoce como obligatoria ipso facto y sin convenio especial la jurisdicción de la Corte en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convención.

(2) Las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o determinadas Altas Partes Contratantes, o por determinado tiempo.

(3) Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General del Consejo de Europa, quien transmitirá copias de ellas a las Altas Partes Contratantes.

Artículo 47. — La Corte podrá conocer de un caso solamente después de que la Comisión haya reconocido que sus esfuerzos para una solución pacífica han fracasado y dentro del término de los tres meses contemplado en el artículo 32.

Artículo 48. — Los siguientes podrán someter un caso ante la Corte, siempre que la Alta Parte Contratante interesada, si hubiera solamente una, o las Altas Partes Contratantes interesadas, si hubiera

más de una, estuvieran sujetas a la jurisdicción obligatoria de la Corte, o en su defecto, con el consentimiento de la Alta Parte Contratante, interesada, si hubiere solamente una, o de las Altas Partes Contratantes, si hubiere más de una:

a) La Comisión.

b) Una de las Altas Partes Contratantes cuyo nacional alega ser víctima;

c) La Alta Parte Contratante que haya sometido el caso ante la Comisión;

d) La Alta Parte Contratantes contra quien la demanda haya sido incoada.

Artículo 49. — En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.

Artículo 50. — Si la Corte considera que una decisión o una medida tomada por una autoridad judicial o por cualquiera otra autoridad de una de las Altas Partes Contratantes está completamente o parcialmente en conflicto con las obligaciones que surjan de la presente Convención y si la ley interna de dicha Parte permite hacer solamente una reparación parcial por las consecuencias de dicha decisión o medida, la decisión de la Corte deparará, si es necesario, una justa satisfacción a la parte perjudicada.

Artículo 51. — (1) El fallo será motivado.

(2) Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a pedir que se agregue al fallo su opinión disidente.

Artículo 52. — La decisión de la Corte será definitiva.

Artículo 53. — Las Altas Partes Contratantes se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en cualquier caso en que sean partes.

Artículo 54. — La sentencia de la Corte será transmitida a la Comisión de Ministros la cual supervisará su ejecución.

Artículo 55. — La Corte formulará su reglamento y establecerá sus reglas de procedimiento.

Artículo 56. — (1) La primera elección de los miembros de la Corte tendrá lugar después de que las declaraciones de las Altas Partes Contratantes mencionadas en el artículo 4 hayan llegado a un total de ocho.

(2) Ningún caso será incoado ante la Corte antes de dicha elección.

Sección V

Artículo 57. — A solicitud del Secretario General del Consejo de Europa, cualquiera de las Altas Partes Contratantes suministrará una explicación sobre la forma en que su ley interna asegura la aplicación efectiva de todas las disposiciones de esta Convención.

Artículo 58. — Los gastos de la Comisión y de la Corte serán cubiertos por el Consejo de Europa.

Artículo 59. — Los miembros de la Comisión y de la Corte gozarán, durante el ejercicio de sus funciones, de los privilegios e inmunidades establecidos en el artículo 40 del Estatuto del Consejo de Europa y en los acuerdos que se celebren en virtud de ese artículo.

Artículo 60. — Ninguna de las disposiciones de la presente Convención será interpretada en el sentido de limitar o derogar cualquiera de los derechos y libertades fundamentales que puedan estar reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o de acuerdo con otra convención en la que es parte.

Artículo 61. — Ninguna de las disposiciones de esta Convención limitará las facultades conferidas a la Comisión de Ministros por el Estatuto del Consejo de Europa.

Artículo 62. — Las Altas Partes Contratantes convienen, salvo compromisos especiales, en no utilizar los tratados, convenciones o declaraciones en vigor entre ellas con el objeto de someter, por medio de una solicitud, una controversia que se origina en la interpretación o aplicación de esta Convención a un medio de solución que no sea otro que los que dispone esta Convención.

Artículo 63. — (1) Cualquier Estado podrá, en el momento de la ratificación o en cualquier otro momento posterior, declarar, por medio de una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que la presente Convención se aplicará a todos o a cualquiera de los territorios de que es responsable en lo referente a sus relaciones internacionales.

(2) La Convención se aplicará al territorio o territorios designados en la notificación a partir de los 30 días siguientes a la fecha en que el Secretario General del Consejo de Europa reciba esta notificación.

(3) Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en dichos territorios tomándose en consideración, sin embargo, las necesidades locales.

(4) Cualquier Estado que ha formulado una declaración de conformidad con el párrafo 1º de este artículo podrá, en cualquier mo-

mento, declarar en nombre de uno o más de los territorios a los que la declaración se aplica que acepta la competencia de la Comisión para recibir solicitudes de individuos, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos de conformidad con el artículo 25 de la presente Convención.

Artículo 64. — (1) Cualquier Estado podrá en el momento de suscribir esta Convención o en el momento de depositar su instrumento de ratificación, formular una reserva con respecto de cualquiera disposición particular de la Convención, en el sentido de que una ley en vigor en su territorio no está en conformidad con esa disposición. Las reservas de carácter general no se permitirán de acuerdo con los términos del presente artículo.

(2) Cualquier reserva formulada de acuerdo con este artículo contendrá una breve exposición de la ley pertinente.

Artículo 65. — (1) Cualquiera de las Altas Partes Contratantes podrá denunciar la presente Convención después de transcurrido un período de 5 años desde la fecha de la entrada en vigor de la Convención para dicha Parte, y mediante aviso anticipado de 6 meses por medio de una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que la transmitirá a las otras Partes Contratantes.

(2) Esta denuncia no tendrá el efecto de eximir a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en la presente Convención con respecto a cualquier hecho que, pudiendo ser considerado como una violación de esas obligaciones, hubiera sido realizado con anterioridad a la fecha en que la denuncia surta sus efectos.

(3) Cualquiera de las Altas Partes Contratantes que dejare de ser miembro del Consejo de Europa dejará también de ser parte en esta Convención de acuerdo con las mismas condiciones.

(4) La presente Convención podrá ser denunciada conforme a lo dispuesto en los párrafos precedentes en lo que respecta a cualquier territorio para el que se ha declarado la aplicabilidad de la Convención de conformidad con el artículo 63.

Artículo 66. — (1) La presente Convención quedará abierta a la firma de los miembros del Consejo de Europa. Será ratificada. Las ratificaciones serán depositadas con el Secretario General del Consejo de Europa.

(2) La presente Convención entrará en vigor después del depósito de diez instrumentos de ratificación.

(3) Para cualquier signatario que la ratifique posteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha en que deposite su instrumento de ratificación.

(4) El Secretario General del Consejo de Europa notificará a todos los miembros del Consejo de Europa la entrada en vigor de la Convención, los nombres de las Altas Partes Contratantes que la han ratificado, así como el depósito de todos los instrumentos de ratificación que se hubiera realizado posteriormente.

Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 en francés e inglés, ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General transmitirá copias certificadas a cada uno de los signatarios.

PROTOCOLO A LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,

Habiendo resuelto tomar las medidas apropiadas para asegurar la aplicación colectiva de ciertos derechos y libertades, otros que los ya incluidos en la Sección 1 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante denominada "La Convención"),

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1. — Toda persona física o jurídica tiene derecho al goce de sus bienes. Ninguna persona será privada de sus bienes excepto por causa de utilidad pública y de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley y por los principios generales del derecho internacional.

La disposición precedente no menoscabará, sin embargo, en ninguna forma el derecho de un Estado para poner en vigor las leyes que considere necesarias para reglamentar el uso de los bienes de conformidad con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos o de otras contribuciones o multas.

Artículo 2. — A ninguna persona se le negará el derecho a la educación. El Estado en el ejercicio de las funciones que asuma en relación a la educación y a la enseñanza, respetará el derecho de los padres de asegurar esta educación y enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas.

Artículo 3. — Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, periódicamente, elecciones libres por voto secreto, bajo las condiciones que asegure la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de sus cuerpos legislativos.

Artículo 4. — Cualquiera de las Altas Partes Contratantes, en el momento de la firma o la ratificación del presente Protocolo o en cualquier otro momento posterior, podrá informar al Secretario General del Consejo de Europa por medio de una declaración en que se indique

hasta qué punto se compromete a que las disposiciones del presente Protocolo se apliquen a los territorios de que es responsable para sus relaciones interaccionales.

Cualquiera de las Altas Partes Contratantes que haya comunicado una declaración en virtud del párrafo precedente podrá de tiempo en tiempo formular una nueva declaración en la que modifique los términos de la declaración anterior o en que termine la aplicación de las disposiciones de este Protocolo con respecto a cualquier territorio.

Una declaración hecha de acuerdo con este artículo se considerará que ha sido hecha de acuerdo con el párrafo (1) del artículo 63 de la Convención.

Artículo 5. — Las Altas Partes Contratantes considerarán los artículos 1, 2, 3 y 4 de este Protocolo como artículos adicionales a la Convención y, en consecuencia, se aplicarán todas las disposiciones de la Convención.

Artículo 6. — El presente Protocolo quedará abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa, signatarios de la Convención; será ratificado al mismo tiempo que la Convención o después de la ratificación de la misma. Entrará en vigor después del depósito de diez instrumentos de ratificación. Para cualquier signatario que lo ratificara posteriormente, el Protocolo entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación.

Los instrumentos de ratificación serán depositados con el Secretario General del Consejo de Europa, que notificará a todos los miembros los nombres de los países que la hubieran ratificado.

Hecho en París el 20 de marzo de 1952, en inglés y francés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General transmitirá copias certificadas a cada uno de los gobiernos signatarios.

UNIVERSITARIAS

CONSIDERACIONES SOBRE LA FACULTAD DE DERECHO DE MIAMI Y SU PLAN DE ESTUDIOS

OSVALDO J. MARZORATI (R.)

La estadual Facultad de Derecho (*school of Law*) de la ciudad de Miami, Estado de Florida, es aún poco conocida en el exterior. La cantidad de alumnos registrados no es muy grande, consiguientemente su presupuesto no permite mantener regularmente el conocido sistema de becas para graduados extranjeros, limitando su acción al campo local.

Otorga a sus graduados dos títulos: Bachelor in Law, correspondiente a nuestro título de abogado, técnicamente licenciado en derecho, luego de aprobar 27 materias distribuidas en tres años de estudios y Master in Law con un año más de aprendizaje y la aprobación de una tesis, equivalente por lo tanto a nuestro previsto pero desgraciadamente inexistente Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales.

Las materias se cursan en dos turnos (*Fall term* y *Spring Term*) denominados semestres, aunque en realidad no llegan a ser tales, desarrollándose el año lectivo de septiembre a junio. Existe, además, un curso de verano de ocho semanas de duración, que permite acortar aún más la carrera. Dos cursos de verano realizados exitosamente equivalen a medio año de estudios aproximadamente, con lo que la duración total de la carrera puede llegar a dos años y medio, tiempo aparentemente breve siquiera para asimilar y sedimentar 27 materias.

Esta opinión es también la del decanato de dicha Casa de Estudios, pues en su informe anual consigna que "...la aceleración de la carrera no posibilita precisamente una mayor competencia en la profesión".¹ En cuanto a los cursos regulares admiten una subdivisión, aquéllos, a los que afluye la mayor parte del estudiantado, que se desarrollan durante el día y los cursos nocturnos, especialmente establecidos para los estudiantes que deben trabajar para sufragar su carrera. En este último caso la carrera se extiende normalmente hasta los cuatro años y medio de duración, lapso cercano al previsto en nuestro plan de estudios.

No debe sorprender, sin embargo, el hecho de que el plan normal sea de 3 años, pues no se debe olvidar que los estudiantes son "full-

¹ Informe del Decano de la Facultad de Derecho de Miami. Miami University Press. 1964, pág. 1.

time" y desarrollan su aprendizaje casi permanentemente en las aulas, debiendo sobrellevar una pesada asistencia obligatoria. Es claro que durante la carrera les resulta imposible trabajar. Este, por cierto, no es el esquema de nuestra Facultad donde una gran proporción del estudiantado trabaja medio día, cuando no día entero, no pudiendo generalmente concurrir a clase, ni asistir a cursos, presentándose solamente a rendir examen mensualmente.

En este sentido parecería útil dentro de un futuro plan de enseñanza la inclusión de cursos nocturnos para facilitar la carrera a estudiantes que deben costearse sus estudios.

Cabe consignar que la inscripción no es libre, tiene ciertos requisitos: el postulante debe justificar que su promedio en el Colegio Secundario no ha sido inferior a 1,30 sobre un total de 3,00 (aproximadamente 4,25 en 10 puntos) y aprobar un test de admisión con un mínimo de 430 puntos sobre mil. En caso de no lograr dicho puntaje mínimo y siempre que justifique haber sido un eficiente alumno durante el Colegio Secundario tiene un recurso de reconsideración ante un Comité especial formado por profesores y miembros del Foro local.³

Carecen por lo tanto del llamado Ciclo Básico obligatorio, aunque la Facultad brinda a aquellos alumnos que no crean encontrarse suficientemente preparados para aprobar el mencionado Test, breves cursos introductorios de asistencia optativa.

En cuanto al Plan de Enseñanza en sí, presenta ciertas analogías, aunque muchas diferencias con el nuestro.

Como mencionamos anteriormente las materias son 27. Doce deben ser cursadas durante el primer año, a razón de seis por semestre, once durante el segundo y cuatro en el tercero. La diferencia en materias entre los dos primeros ciclos y el tercero parece muy grande pero en realidad, la diferencia en horas de clase asistidas, no es tal.

Las materias son las siguientes:⁴

1er. Ciclo

1er. semestre.

Contratos (1er. curso)
Derechos Reales (1er. curso)
Responsabilidad Extra-contractual (1ra. parte)
Introducción al Derecho
Bibliografía Legal
Derecho Penal

2do. semestre.

Contratos (2do. curso)
Derechos Reales (2ª parte)
Responsabilidad Extra-contractual (2da. parte)
Procedimiento Criminal
Procedimiento Civil (1er. curso)
Estudio y Práctica Procesal

³ Informe citado, pág. 4.

⁴ Informe citado, pág. 7.

2do. Ciclo

1er. semestre	2do. semestre
Procedimiento Civil (2da. parte)	Derecho Societario
Derecho Constitucional	Pruebas
Fideicomisos	Testamentos
Impuestos (1er. curso)	Impuestos (2do. curso)
Práctica Profesional	Materia Electiva
Intereses Futuros	

3er. Ciclo

1er. semestre	2do. semestre
Seminario	Estudios sobre Planificación
M. Electiva	M. Electiva

Dentro del plan de estudios, nos sorprende comprobar que no existe una materia similar a nuestro Derecho Administrativo. En cambio hay dos cursos de impuestos —tema éste, descuidado en nuestra Facultad—; un curso íntegro de Testamentos (materia de importancia en el derecho de los Estados Unidos); dos cursos para la responsabilidad extra-contractual; un curso de Bibliografía Legal y uno denominado Research and Writing que desempeña un rol similar al 1er. y 2do. curso de Trabajos Prácticos (P. Forense) de nuestra carrera de Abogacía. Consignan un curso íntegro para Fideicomisos (trusts) que aunque existente y de relativa aplicación para nosotros en la ley de Debentures, no deja por ello de ser un rara avis.

Creemos interesante destacar que un tema tan importante como sociedades comerciales, perdido en nuestro muy amplio programa de Derecho Comercial (1er. curso), recupera su individualidad e importancia, mediante un curso íntegro (Business Associations). El resto de las materias con la notoria excepción de "Intereses Futuros" (Future Interests) —a la que dedicaré un párrafo aparte— figura en nuestro Plan de Estudios, con ligeras variantes. Hay dos cursos de Contratos (no existe división entre Comerciales y Civiles); dos Cursos de Derechos Reales; dos de Procedimiento Civil y uno de Proc. Criminal y un curso destinado a las Pruebas judiciales.

Resulta chocante no encontrar ninguna materia referente a Der. Político o Economía Política, a Der. Internacional Privado, o a Derecho

Social, temas que se incluyen como especializaciones en el Doctorado, y algunos como materias electivas, las que por otra parte abarcan muy diversos campos, desde por ejemplo, Organismos Aeronáuticos Internacionales hasta Política Impositiva Latinoamericana.

En cuanto al curso sobre Planificación y Orientación versa sobre diferentes tópicos: Planificación Estatal, Comercial, Internacional Público y Práctica del Proceso Oral.

Resta aclarar que se debe entender por Intereses Futuros; una obra especializada nos aclaró el punto: " . . . la teoría de los intereses inmobiliarios (estates), reconoce la creación de intereses posesorios en los inmuebles con variados períodos de duración. Siempre que se crea un interés posesorio menor que el de la propiedad completa (fee simple absolute), necesariamente deben existir uno o más intereses residuales. Tales intereses tendrán o podrán tener efectividad a la terminación del interés posesorio anterior. Todos estos intereses que no confieren de presente derecho a la posesión para que confieren el derecho posesorio actual o potencial en el futuro, son llamados *intereses futuros*. Un interés futuro, debe aclararse, es un interés sobre bienes inmuebles reconocido de presente y legalmente protegido. *La única futuro es la posesión*". Hay diversos tipos de intereses futuros, muchos de ellos reconocen una fuerte ascendencia feudal y su explicación escapa al fin informativo de la presente nota.

Finalmente queremos destacar que la Facultad de Derecho de Miami está por desarrollar un ambicioso plan de becas y estudios latinoamericanos (motivado curiosamente por la afluencia de exilados cubanos en sus aulas) para los graduados en esta otra América, creando cursos especiales y vinculándose activamente con los Institutos de Derecho Comparado de sus similares Sud-Americanas.⁴

⁴ El Derecho de los Estados Unidos. Vol. I. Univ. Press. Miami, 1963, pág. 252.

⁵ Univ. de Miami Graduate-Studies. Programa para el año Académico 1964-1965.

LIBROS Y REVISTAS

PATRICE LEVEL: *Essai sur les conflits de loi dans le temps (Contribution à la théorie générale du droit transitoire)*, R. Richon et R. Demand Amiel, Paris. Prólogo de Henri Batiffol, 327 páginas.

En un libro que trata de ser sistemático, el autor, docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Lille, nos da su receta para aplicar las leyes a aquellos casos que pueden encuadrarse dentro de las prescripciones de una ley nueva y, a la vez, dentro de las de la ley anterior modificada por aquélla.

Tras un planteo inicial, si no filosófico (cosa lo que el autor parece haberse percatado) si teórico general jurídico, el libro trae una receta, que puede calificarse de excelente, de las diversas opiniones existentes en doctrina sobre el problema de los conflictos de leyes en el tiempo, en que se estudia históricamente el principio de no retroactividad, su exclusión por algunos teóricos, la retroactividad de las leyes interpretativas, las cuestiones pertinentes al orden público, y otras soluciones dadas al problema que en tema de desarrollo posterior. Se incluyen, en esta parte, referencias a distintos ordenamientos positivos y su sistematización en dos grandes grupos: uno que comprende los que se fundan en los "derechos adquiridos" y otro que comprende los que desarrollan el análisis de las "situaciones transitorias".

En la parte teórica en que el autor hace aportes originales, puede observarse que parte de los siguientes supuestos: 1º) Concepto, por así llamarlo, "biológico" del tiempo. La temporalidad es la cualidad de persistencia que tienen las normas, en virtud de la cual nacen, viven y mueren las instituciones. 2º) El concepto de temporalidad es siempre relativo. Una norma es permanente solo con respecto a otra (o a un orden dado) y esta con respecto a una tercera, etc. Las normas más generales, según el autor, tienen una permanencia relativa con respecto a las particulares y concretas. La ubicación en la coordenada temporal es lo que hace que "un posible intemporal" (por ejemplo una norma general considerada inmutable) se convierta en una "realidad temporal" (por ejemplo una norma individual) que nace y permanece con respecto a aquélla.

No se explica suficientemente la relación entre generalidad y permanencia y particularidad y cambio, pero el hecho es que de estos supuestos emerge el siguiente desarrollo.

Al jurista le interesan dos clases de fenómenos: a) la existencia de situaciones concretas limitadas en el tiempo con relación a normas abstractas consideradas intemporales; b) la inclusión de estas últimas en un conjunto más vasto; c) el conflicto de reglas en el tiempo, constituido por la relación de un orden de posibilidades con otro orden de posibilidades, o con realidad concreta.

La idea de concretización, no se halla vinculada a los actos de voluntad. Una concretización puede producirse por caso de un hecho natural, y aún en contra de la voluntad de los individuos afectados.

El análisis que hace el autor entre tiempo y derecho tratará, para, de poner de manifiesto los problemas referentes a 1) sucesión de reglas; 2) relación de lo abstracto a lo concreto entre dos normas jurídicas y entre una norma y su aplicación; 3) el tiempo como condición de aplicación de una norma (término).

Aparece en estos temas de un legalismo extremo al sostener que el remplazo de una norma por otra modifica la totalidad del orden jurídico. No se trata, pues, de la transformación de un mismo orden sino su sustitución por otro.

Pero más adelante sostiene que al paso de un orden a otro generará, habitualmente, muchas dificultades en virtud de las cuales "el orden y la justicia se verán comprometidas".

La concepción de que el cambio de una norma por otra significa una verdadera revolución y la institución, con criterio jusnaturalista, de que el cambio es peligroso en cuanto atenta contra valores establecidos para imponer otros nuevos, pero inevitable en cuanto la modificación del orden jurídico expresa la necesidad de adaptar las normas sociales a las necesidades que nacen de las continuas transformaciones de las sociedades humanas, lo lleva a otorgar una preeminencia importante al descubrimiento de una "regla de conflicto" que permita pasar de un ordenamiento a otro sin conexiones, conexiones

psico-sociológicas ya que se crean "en la cabeza de un mismo individuo" en cuanto las normas no solo expresan directivas sino valoraciones aceptadas.

El problema que plantea el autor a esta altura (que por otra parte es el problema tradicional de los conflictos de leyes sucesivas) es el siguiente: ¿Cuándo una ley nueva entra en vigencia: qué suertes correrán los hechos acontecidos bajo, o vinculados de alguna manera con la ley anterior?

La respuesta previa del autor es dar preferencia al principio de irretroactividad como norma general y acepta su afirmación en las ramas ideológicas que tradicionalmente se dan para sostener el principio. Pero inmediatamente sostiene que, a veces, la aplicación de la ley nueva a hechos acontecidos bajo la vigencia de la ley anterior no constituye retroactividad. Esta regla general y su excepción serán expresadas al final de la investigación en una "regla de conflicto".

El método para llegar a ella es una mano continuamente a la comparación del Derecho Transitorio (que se ocupa de los conflictos de las leyes en el tiempo) con el Derecho Internacional Privado (que se ocupa de los conflictos de las leyes en el espacio) en cuanto ambos son "técnicas de localización" y tienen un mismo fin: la solución de conflictos legales. Hay que mencionar, que las analogías utilizadas de este modo por el autor, lo son con cuidado y mucha reserva. En definitiva merece correctamente el reconocimiento por analogía y conoce sus limitaciones.

El autor construye sobre estas bases tipos ideales de conflictos de leyes en

el tiempo que le permitiría extraer las constituciones que luego plasmará en su "regla de conflicto".

Acreditándose a la recomendación de Savigny que sostiene que la ley más apta es aquella bajo cuyo imperio el acto de que se trata se localiza en el tiempo y en el espacio, la investigación continúa tratando de hallar una más conveniente y precisa localización, cuestión que se resolverá en definitiva mediante la solución expresada en la "regla de conflicto". Esta solución, naturalmente, requiere un problema previo y este problema lo plantea la existencia real de un conflicto. Para el autor, no lo hay cuando la nueva norma contiene disposiciones que cumplen la función de "regla de conflicto"; probablemente, la de dar preferencia a una de las dos normas en conflicto. Parece innuando que en un caso la función normativa es ideológica, mientras que en otro, la de la regla es técnica. No percibe, y si lo percibe no lo destaca, que la "regla de conflicto" cumple también la función de "dar preferencia" y que su fundamentación es en su mayor parte ideológica. Quizá, más bien, la cuestión es que una aparece como arbitraria, mientras que la otra aparece como fundada en buenos razones.

Finalmente, y ya que no es la intención de esta reseña seguir paso a paso la investigación esbozada por el autor, resumiremos apremiadamente sus conclusiones, es decir, el contenido de la regla de conflicto.

1º) A una situación jurídica dada, se le aplicará la ley correspondiente a la actualización de las relaciones jurídicas en aquella competencia.

2º) La ley más conveniente es aque-

lla bajo el imperio de la cual, la situación jurídica en cuestión adquiere naturaleza concreta.

3º) Esta localización en el tiempo es relativamente sencilla para manifestaciones ya ocurridas de una situación jurídica dada, pero podría presentar dificultades serias con respecto a su contenido no actualizado, en razón de la relación estrecha que puede existir entre un "posible" y una "realidad" de una misma situación.

4º) Esto lleva a admitir la ley a aplicar, no al momento en que comienza la existencia concreta de la situación, sino a su origen mismo aunque sea mediato.

Estas conclusiones obligan al autor a hacer una serie de distinciones que tentaremos de resumir a continuación.

1º a) Contenido de una situación y b) Elementos que han contribuido a formarla. La ley aplicable a una situación dada debe ser la vigente en el momento de producirse b).

2º a) Situaciones creadas en virtud de una ley nueva que menciona hechos ocurridos en la época de vigencia de la ley anterior, y b) Estados de cosas ya existentes en el momento de la promulgación de la ley nueva, pero sometidos a ella. Naturalmente, y como corolario de la regla aplicada en 2º, se aplicará en a) la ley vigente al tiempo de la realización de los hechos, y en b) la ley anterior.

3º a) Situaciones de contenido ya "actualizado" y b) contenido sin existencia concreta hasta el momento en que el conflicto se plantea. Con respecto a

a) no surge ningún inconveniente aplicando las reglas dadas anteriormente. Con respecto a b) se hace una nueva distinción: b1) Costeado que se actualiza inmediatamente y se relaciona directamente con la ley nueva, y b2) Situaciones cuyos elementos todos, no se comprenderían sino con relación a una única ley. Para b2) el autor introduce lo que él llama localización con calificación o análisis jurídico del hecho. Esto equivale a introducir nuevamente un margen de discrecionalidad en el manejo de la "regla de conflicto".

La última parte del trabajo se halla destinada a confrontar el funcionamiento de la "Regla de conflicto" con casos jurisprudenciales concretos.

Trátase, en el fondo, de un interesante trabajo de política jurídica, que sintetiza las principales opiniones sobre el problema de los conflictos de leyes en el tiempo y propone una nueva solución, también ideológica, escabida aparentemente por razones científicas.

Jorge A. Barque

JORGE DE LA RUA: "El nuevo régimen penal del cheque". Ed. Depalma, 1945.

En esta nueva obra sobre el tema, prologada por Ricardo C. Núñez su autor, en una breve introducción, detémnos que ante este título de crédito susceptible de circular por diferentes medios, la tutela penal se inclina hacia el interés común, la fe pública tomada como buena fe y lealtad en las relaciones crediticias.

En la siguiente exposición, presenta clara y ordenadamente el surgimiento de las diversas leyes y proyectos del país, desde 1912 hasta la fecha.

El capítulo tercero está dedicado al examen de las dificultades originadas por la insuficiente regulación del Código Penal de 1922 y que, a criterio del autor, provocaron no sólo que el cheque no gozara de protección penal, sino que también resultara un desprestigiado documento de dudosa curso. Entre las diversas situaciones presentadas, son de destacar las relativas al uso de formulario ajeno, contracheque para el pago y quiebra y concurso civil.

Entramos así en el cuarto capítulo, donde se comienza determinando que el concepto de cheque aplicable en materia penal, deriva de la legislación comercial y, más exactamente, del D. L. 4778-63.

No encontramos luego, ante el análisis de los cuatro incisos que integran este nuevo art. 302 del Código Penal. Con respecto al primero, que establece el libramiento sin fondos, considera de la Rúa que es uno de los delitos más complejos en cuanto a su materialidad: siendo además indispensable la existencia de dos voluntades independientes de la del delincuente para la adaptación de esa conducta a la figura legal.

Se condiciona la realización del delito a la frustración del cheque como orden de pago. Uno de los medios de evitar esa frustración es la interpolación documentada, de la cual se hace un amplio análisis, admitiendo, acertadamente a nuestro juicio, la validez de este acto de reclamación, aún ante la ausencia del librador al tiempo de practicarse ésta. Establece además, ante

la falta del plazo legal, dentro del cual deba realizarse dicha interpretación, que deberá ella efectuarse dentro del término de vida útil del cheque, de acuerdo con los arts. 25 y 29 del D. L. 4770-63, tesis seguida por los más recientes fallos de la C. N. Penal Económica.

Análisis luego la segunda figura, la del librero a sabiendas de que el cheque no podrá pagarse, imposibilidad que debe derivar de una disposición legal o reglamentaria, imputable o no al librador, siendo necesario que no sea sobreviniente y maliciosamente urdida por éste, pues en ese caso entrañamos en el bloqueo de fondos determinado por el inciso tercero, que supone la entrega del cheque y una ulterior contravención, la que caerá en campo delictivo cuando esté fuera de los casos permitidos por la nueva regulación comercial de esta orden de pago.

Nos encontramos así frente a la quinta de estas noveles figuras introducidas en nuestro derecho por la ley 16.648, la del inciso cuarto, que se refiere al uso de formulario ajeno sin autorización, que supone una imposibilidad de pago específica, a diferencia de la del inciso segundo, que es específica.

Análisis luego las diferentes penalidades, para finalizar determinando la diferencia entre éste y otros delitos.

Si bien discutimos con la opinión expresada en la introducción, en la que de la Rúa sostiene que el cheque no aumenta el circulante, circunscribiéndolo a evitar el movimiento material de la moneda y negándole toda influencia en el movimiento en dinerario, es de hacer notar que este trabajo cumple con el objetivo señalado por su autor en la advertencia preliminar, y que con-

siste en una completa exposición dogmática sobre esta nueva regulación penal.

Waldo De Caro

AMADO CHACRA: "Los Derechos Humanos en la Argentina". Ed. Compendiosa. 1964, 112 páginas.

Si bien en apariencia nos encontramos ante un trabajo meramente comparativo entre la Declaración Universal de Derechos Humanos (proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) y nuestra Constitución Nacional y Constituciones Provinciales, recorriendo el texto verificamos una información esdrúja, sumamente importante por tratarse de un tema de tanta trascendencia como es el progreso social en el marco de la libertad y reconocimiento supranacional de los derechos y deberes del individuo, con su consecuencia lógica: la entronización de la dignidad de la persona humana.

A través de los capítulos del libro vemos cómo los derechos y garantías individuales reconocidos por nuestra Constitución Nacional sancionada en 1853, están en notable adelanto —con las reservas propias de la época de su sanción— a las previsiones de la Declaración y convenciones dictadas en su consecuencia. Es útil además para los estudiantes la comparación, por los múltiples referencias a las constituciones provinciales, superiores en la materia en muchos aspectos a la Nacional, particularmente las que podemos identificar como nuevas (pertinentes a los ex Territorios Nacionales). Igualmente la rememora de Santa Fe de 1962 con-

pecto, verificación, del recuento de amparo y libéres corpus. La Constitución de Neuquén de 1957, no obstante seguir el modelo de nuestra Ley Fundamental en su primera parte, ha incorporado expresamente a su texto el contenido de la Declaración Universal. Este es un diáfano ejemplo de la influencia directa y no meramente teórica del citado documento.

Cuatro normas de la Declaración constituyen un amplio programa sobre trabajo y provisión social. Del conjunto surge que antes de 1948 varias provincias argentinas se adelantaron en la materia. Lo notable, y que sirve de pauta para apreciar el agudo espíritu investigador del autor es que —aunque esporádicamente— la Constitución de Mendoza de 1916 se anticipó a la tan célebre de Méjico de 1917 amparando el trabajo de mujeres y niños, reglamentando la jornada de labor, etc.

Observando la obra como material útil para los estudiosos del Derecho Internacional Público, vemos que además del enfoque natural de la Declaración, el importante artículo 28 de la misma en relación con la Convención de Roma de 1950 que crea la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos con asiento en Estrasburgo (Francia) que está en pleno funcionamiento, con lo que el autor aborda el candente problema de los sujetos de este Derecho. Además, en dos apéndices se transcriben la "Declaración de los Derechos del Niño" (proclamada por unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1959) y la "Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", aprobada por el mismo Órgano el 20 de noviembre de 1963.

Con lo expuesto precedentemente creemos haber dado las notas salientes de este libro, que aunque no extenso en número de páginas es intenso en cuanto a riqueza de contenido, constituyéndose en un valioso aporte para docentes y estudiantes y en apreciable elemento de consulta, lo que se verá facilitada por dos índices: uno por vocablos de la Declaración mencionados por la Constitución Nacional, y otro correlacionando los artículos de aquélla con las páginas donde se citan las Constituciones Provinciales.

Horacio García Melé

BIDART CAMPOS, GERMAN JOSE:

Relaciones de Derecho Internacional y Derecho Interno en la doctrina y en el Derecho comparado. Revista de Derecho Español y Americano. Madrid, octubre-diciembre 1965, p. 105 y ss.

En este trabajo se encuentran resumidas y analizadas las dos posturas tradicionales en torno de la relación entre Derecho internacional y Derecho interno... autor... más allá de lo que podría haber sido un estudio objetivo del problema y el dualismo, para arribar a conclusiones propias de gran valor doctrinario.

La originalidad del planteo inicial nos presenta un enfoque dialéctico de la mencionada división y nos demuestra que el tema va a ser tratado con profundidad, sin tirarnos ni conclusiones. El autor afirma que lo que se trata de averiguar es si el Derecho internacional es susceptible de penetrar en el Derecho interno y en caso afirmativo, de qué

manera lo hará. El problema de la jerarquía entre ambos no sirve como distinción entre el monismo y el dualismo. Lo que interesa es que para los monistas hay unidad en el sistema de fuentes y unidad en el orden jurídico, el Derecho internacional es directamente aplicable y vigente incorporándose automáticamente al Derecho interno. Para los dualistas cada uno tiene sus propios sistemas de fuentes, sólo se aplica el derecho internacional luego de una conversión que es casi una novación y después de haber sido reconocido por una fuente de Derecho interno.

¹⁷ Luego de definirlos, toma cada uno de esas posturas para analizarlas por separado con claridad y método, dentro del monismo hace una división tripartita del Derecho internacional en consuetudinario, convencional y judicial que responde a las diversas fuentes (costumbres, usos, tratados, convenios y jurisprudencia). A través de esta clasificación nos demuestra que no siempre los países toman una posición clara en la aplicación del Derecho Internacional. Cita, entre otros, a Inglaterra, que es monista por la aceptación de la costumbre internacional, pero tratándose de convenios o tratados exige la recepción e incorporación por una fuente del Derecho interno. Luego, en este último caso, su postura es dualista. Además dentro del monismo es posible hacer otra división en absoluto y moderado, que en este caso sí responde a la cuestión de la primacía del Derecho internacional. Para los monistas absolutos la prevalencia es total, para los moderados nunca puede estar por encima de la Constitución.

Como ya dijimos el autor no se limita a una exposición de principios

sino que incursiona en la vida jurídica de los estados, nos ilustra con claros ejemplos y propone soluciones propias. Entre los ejemplos hemos escogido el de Estados Unidos, pero en el cual si bien el Derecho internacional se considera formando parte del interno, la jurisprudencia no admite que en el caso de contradicción de una norma interna con una de internacional, prevalezca esta última.

Están tratados además del problema de la incorporación y aplicación dentro del orden jurídico estatal del Derecho internacional, el caso ya más complejo en el que la norma internacional a aplicar esté en contradicción con el Derecho interno, y la cuestión relativa al Derecho internacional judicial que surge de la jurisprudencia de los tribunales internacionales e internos.

Están definidas las posturas extremas y ejemplificadas pero su inquietud lo lleva a abogar por una solución conciliatoria: evitar los antagonismos entre el Derecho internacional y el Derecho interno cualquiera sea el tipo de relación que se admita entre ellos. Y como la médula del problema expuesto reside en la interpretación del Derecho internacional hecha por el juez internacional y el juez interno, dirige otro mensaje hacia éstos. En vez de preferir cada uno al juzgar, su derecho, el juez interno al aplicar el Derecho Internacional debe evitar lo que haría el juez internacional y volar a las fuentes internacionales.

Por último se aboca al estudio del Derecho argentino llegando a la conclusión que la supremacía de la Constitución se cede al Derecho internacional convencional ni al consuetudinario. Se da entre nosotros un resquebrajo con primacía de la Constitución. Nada más

que de ella. Cuando a continuación se refiere brevemente al Derecho español vemos que también en éste existe una postura monista e incluso en materia de prioridad las normas internas nunca pueden prevalecer sobre el Derecho internacional.

Creemos necesario insistir en las consideraciones que hicimos al comienzo

sobre la importancia de este trabajo que puede resultar de mucha utilidad y combina el aspecto jurídico con el práctico. Cuando en él se afirma o niega algo, se trae a colación algún ejemplo que permita traducir al mundo de los hechos los principios normativos.

Francisco José Siquier Pardo

FE DE ERRATA

El cuadro de pág. 186 debe ser:

Porcentaje de extranjeros sobre población total

	1889	1895	1914	1947	1960
Capital Federal	49.6	52.0	49.4	27.5	22.5
Buenos Aires	14.3	24.4	28.6	11.8	8.4
Nordeste	6.8	15.3	13.6	11.7	10.6
Noroeste	1.4	3.4	7.5	5.1	4.9
Cuyo	5.0	8.3	22.4	9.0	7.1
Sur	69.9	44.4	44.1	19.9	20.2
Total del país	12.1	25.4	29.9	15.3	12.8

Dirección y Administración: DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES - Av. Figueroa Alcorta 2263 - BUENOS AIRES
REPÚBLICA ARGENTINA

Precio del ejemplar \$ 70.—