

# lecciones Y ENSAYOS

28

*FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES*

*Buenos Aires, 1964*



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

Resalta la publicación de la REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los lectores de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse esa 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 expresarse en el ámbito jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad conserve mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes se quieren que su paso por la Facultad sea un momento estudiar y recibir estímulos, marcado sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear **LECCIONES Y ENUNCIOS**, Lecciones de los profesores y de los Juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por sus estrecheces a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abstrayéndoles el tremendo esfuerzo de cubrir gastos.

**LECCIONES Y ENUNCIOS** en manos de los alumnos —escritas por ellos, de todos los alumnos—, dirigida y editada en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

Ignacia Witisky

(LECCIONES Y ENUNCIOS, N.º 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Marco Aurelio Risolla

VICEDECANO

Dr. Israel Basaldúa (h.)

CONSEJO DIRECTIVO

*Profesores*

Consejeros titulares: Dr. Segundo V. Linares Quintana, Dr. Julio Dusen,  
Dr. Miguel Marlenhoff, Dr. Manuel M. Díez, Dr. Alberto G. Padilla,  
Dr. Aquiles Horacio Guaglianone, Dr. Federico Videla Escalada.

Consejeros suplentes: Dr. Ernesto C. Hermida, Dr. José D. Ray, Dr. Hugo  
Camino, Dr. Jorge Tristán Bosch, Dr. Francisco P. Laplaza, Dr. Mauricio  
A. Ossolenghi, Dr. Omar Lima Quintana y Dr. Juan Carlos Loqui.

*Egresados*

Consejeros titulares: Dr. Enrique Bacigalupo, Dr. Marcelo A. Lozada,  
Dr. Jorge A. Baqué, Dr. Antonio Domingo Varela

Consejeros suplentes: Dr. Andrés A. López Accoso, Dra. Judith Ana Gardini,  
Dr. Horacio B. Vega, Dr. Felipe S. Pérez Dellepiane

*Estudiantes*

Consejeros titulares: Sr. Jorge Horacio Tesse, Sr. Hugo Daniel Lapilover,  
Sr. Gerardo Raúl Tassaro, Sr. Martín Dedeo

Consejeros suplentes: Sr. David Eidelman, Sr. Juan Mario Gesenobin,  
Sr. José Alberto Bellingieri, Sra. Alicia Brungartnes

# LECCIONES Y ENSAYOS

1964

Nº 28

## ESTUDIOS

LUIS MARIA BOFFI BOGGERO: La responsabilidad aquiliana del Estado .....	7
JUSTO LAJE AMAYA: Delitos y Convenciones ..	31
JUAN JOSE ETALA: Seguro Social de Pare Formo, Desocupación o Desempleo e Indemnización por Despido ..	47

## ENSAYOS

DANIEL J. DIVINSKY y OSCAR G. FINKELBERG: Síntesis doctrinaria sobre Obligaciones Reales y el problema de su existencia en nuestra legislación ..	71
PEDRO PEREYRA CERNADAS y BEATRIZ AREAN: Consideraciones sobre el problema de la imputabilidad penal .....	75
EDUARDO A. ZANNONI: Esquema general de la jurisprudencia sociológica en Kelsen .....	87

## TEXTOS

MANUEL L. RIO: Convención de Reglamentación de la Navegación Aérea .....	93
--	----

## ESCRITOS JUDICIALES

MARIO R. DE MARCO NAÓN: Contratos Agrarios ..	107
---	-----

## UNIVERSITARIAS

JUAN CARLOS MALAGARRIGA: La Abogacía en Gran Bretaña .....	115
--	-----

## NOTAS Y COMENTARIOS

WALTER JAKOB: El Derecho de Minería en la legislación Indiana .....	125
ISIDORO RUIZ MORENO: El problema internacional de Jerusalén .....	131
IGNACIO WINIZKY: Apuntes de un viaje de un turista ..	139
JOSE MARIA ANAYA: Aclaraciones sobre un trabajo de José María Ota Capdequí .....	147

## LIBROS Y REVISTAS

Notas de: ALBERTO CARLOS D'ALESSANDRO, MARTA HAINES, RICARDO R. BALESTRA y JORGE LUIS CAMPOBASSI .....	159
--	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

*Doctor Ignacio Wisinky*

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

*Director:* Mario E. Ponferrada

*Subdirector:* Martín Luis Erdosain

*Secretario de Redacción:*

Jorge Luis Orla

*Secretarías Adjuntas:* Rolando A. Williams y Beatriz A. Arcin

*Redactores:* Elena M. Campanella, Jorge Manuel Roimiser, Lilia Germano Bregliano, Martín Recondo, Pedro Pereyra Cernadas, Jorge Luis Campobassi, Guillermo F. Martín

*Secretario Coordinador:* Mario R. De Marco Nada

## ESTUDIOS





## IDEAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD "AQUILIANA" DEL ESTADO(\*)

POR LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO

Profesor Titular de Derecho Civil II

El tema precitado es uno de los que más claramente muestran la unidad de los conocimientos jurídicos. Los Derechos Constitucional, Civil y Administrativo, principalmente, se entrelazan para construir la teoría de la responsabilidad "extra-contractual" del Estado, que la doctrina circunscribe habitualmente a la órbita de la responsabilidad "aquiliana", aunque de acuerdo con la terminología empleada, aquella comprende la responsabilidad que fluye de toda fuente que no sea la estrictamente contractual. Ello importa, a efectos de no innovar sobre el alcance precitado, hemos de circunscribir el análisis a la mencionada responsabilidad "aquiliana".

---

(\*) Conferencia pronunciada en Paraná el 30 de noviembre de 1964. En su oportunidad dije al comienzo el afor:

"Sean nuestras primeras palabras para expresar el reconocimiento más íntimo a las autoridades de esta noble institución por habernos ofrecido en tan prestigiosa tribuna y, además, a quien, con palabras dictadas por los imperativos más puros del alto aforo que por la gratificación de un sentido de justicia, se ha referido momentáneamente a nuestra persona.

"El 27 de septiembre de 1947 tuvimos oportunidad de disertar en Paraná con motivo de las Jornadas jurídicas argentinas. Las sucesivas vividas de asonadas, emociones de ayer, acompañan hoy nuevamente mi espíritu al hacer uso de la palabra en esta prestigiosa capital de Provincia desde las fuentes himélicas dieron un momento que brilló con figuras de austeridad erupción.

"Una de ellas, de jerarquía notable, es la del Excmo. Sr. Dr. Francisco Marín, cuya amistad con nuestro señor padre, el Excmo. Sr. Dr. Pedro Luis Boffi, señala una etapa de solidaridad profunda entre los asociados de esta Provincia y la de Buenos Aires y constituye sólida base, a su turno, de una amistad que sentimos en honor de y extensión con el doctor Francisco Marín Segovia, Profesor universitario y profesional que lleva a su provincia y su país con los más exquisitos detalles de su austeridad nobleza.

"Los excmos. Sr. Dr. Marín y Sr. Segovia se encuentran en el Congreso Nacional de 1917, últimos exponentes de gentileza y seriedad científica cuya divalga.

Es fácil colegir que los presupuestos del tema son de por sí capítulos profundos y, a la vez, dotados de grande extensión. El fenómeno de la *responsabilidad* en cualquiera de sus análisis es incompatible con la extensión de ese estudio. Es por ello que se ha de partir necesariamente de marcos conceptos sin desarrollo previo —pero que hemos analizado muchas veces— para centrar nuestro estudio en el tema a que antes hicimos referencia. Asimismo, hemos de circunscribir las citas a las que sean indispensables para llevar más claridad a la exposición.

ción no llegó al grado que, en rigor, merecía tanto por la calidad indierada de sus debates y resoluciones cuanto por la singular circunstancia de ser el primer Gran Congreso de la Notaría Nacional.

"En él dijo el doctor Estanislao S. Zaballo, al inaugurarse su sespécies el 8 de julio de 1917, que era la primera ocasión en que todos los Escribanos argentinos se encontraban convocados en Asamblea.

"Ese histórico Congreso echó las bases que permitieron la gran obra ideológica, habiendo visado la necesidad de crear una Confederación Notarial Argentina, proponiendo reformas al Código Civil y al Procesal, presentado por la nacionalización del título de Escribano, plan de estudios notariales, ingreso de Escribanos a la Facultad de Derecho, Cátedra Notarial, ley orgánica del notariado, inhibiciones, protestas, situación de adscriptos en la provisión de vacantes, enseñanza del Derecho en los colegios, ley del Registro de la Propiedad y otras materias.

"Es lógico, entonces, que sintamos también una conexión a los viejos señores del notariado en esta culta festividad fraternal ofrecida por la tradicional *corredía entrerriana*."

"Es muy grato desatar el espíritu y permitir que vuela por lugares de cultura como los que ofrece esta Provincia. No es vano concebir sus anhelos pedagógicos el grande don Justo José de Urquiza mediante obras que, juntamente con otras muy altas, han conferido a su figura patricia relieve de auténtica proyección nacional. Lo recordamos hace muy poco tiempo, en presencia de desconocidos del grande argentino.

"Es que Ennos Ríos tiene fama bien ganada de provincia culta. No son dichas esta palabra con sabor de *fraseo* ciceroniano. Son expresiones acedidas en las profundidades más íntimas de la convicción.

"Os hemos ofrecido un conjunto de inquietudes dirigidas, todas, al fortalecimiento de la fe en el Derecho. Son las inquietudes de un amigo vuestro, que comparte responsabilidades de gobierno en la primera magistratura judicial del país, y vive incesantemente la lucha por esa fe, dentro y fuera de la Corte Suprema de Justicia, con la convicción de que las dificultades deben ser siempre estériles para la obra fecunda de la creación cultural...

"Es mi deseo que, bajo la inspiración de Dios, los argentinos sin distinción realicemos la paz por el Derecho, mediante un estado impetuoso de todos sus integrantes, como lo han querido las normas más que contrarias de la Constitución Nacional.

Las concepciones sobre el Estado, sabido es, son numerosas. Nos bastaría recordar algunas para que su número pueda ser apreciado en su debida dimensión. No es vano se ha escrito tanto sobre un instrumento que, jurídicamente creado por el ser humano, parece volverse muchas veces en contra de los legítimos derechos de quien le confirió vida normativa.

Comencemos así, puntualizando algunas acepciones, que transitan desde el concepto de la *pólis* griega o la *ciudad* romana —sinónimos de ciudad— o doctrinas más modernas, pasando por la *res publica*, *imperium*, *gens populus*, *lex*, *terra*, *burg*, *status jurídico*, etc. Sigamos enseguida con las teorías sobre la naturaleza del Estado y veamos la de la creación artificial de Pufendorf, la idealista de Placón, la del organismo finalista de Aristóteles, la tan aristotélica de Cicerón, las concepciones del Estado inspiradas en Cristo —la Patrística con San Agustín, la Escolástica con Santo Tomás, el pensamiento de Francisco de Suárez, etc.—, la tan discutida de Maquiavelo, la del poder absoluto del monarca de Bodin, la también absolutista de Hobbes, la tan conocida de Montesquieu, la del contrato social de Rousseau, la de la unificación del poder de Spinoza, la del Estado como estructura cerrada de Fichte, las idealistas objetivas de Schelling y de Hegel, la materialista de Marx, la realista de Max Seydel, la individualista de van Krieken, la jurídica de von Gerber, la del Estado como órgano más importante en la creación del Derecho de Gierke, la de creación social y jurídica de Jellinek, la realista de Duguit, la del sistema de órganos de Carré de Malberg, la pura de Kelsen, la de la realidad espiritual de los hombres de Smend, la realista de la unidad de acción de Heller, la del organicismo contractual de Fouillée, y tantas otras. Veamos finalmente a las formas de gobierno: la Monarquía, ya autocrática, absolutista, ya democrática; la República ora autocrática, ora democrática, etc. etc.

Pero ese Estado, descrito por tantas concepciones distintas, llamado en tan diversas formas y adoptando sistemas de gobierno tan diferentes, se encuentra hoy ante necesidades más complejas y posturas vigorosas de colectividades que pugnan incesantemente por mejorar los niveles de vida moral y económica. Y es por ello que una de las conquistas fundamentales de Repúblicas como la Argentina y de otros regímenes político-jurídicos afines es la limitación del Estado en beneficio de los derechos fundamentales del ser humano como una de las bases indiscutidas de esa referida elevación en el nivel de vida.

Dentro de la lucha secular entre las concepciones del estado-medio y del estado-fin, la idea de justicia, también secular, se inclina por una estructura jurídica cuyas realizaciones se dirijan a satisfacer con una mayor plenitud las necesidades del ser humano, urgido por fines trascendentes e inmediatos. Pero esos imperativos se han obtenido mediante los conductos más variados. La historia nos lo muestra a través de numerosos ejemplos elocuentes que no se necesita traer a colación. Mucho tiempo costó a la humanidad, sabido es, sustituir la justicia por mano propia mediante la justicia estadual, y mucho también demandó ubicar al Estado como parte en un conflicto jurisdiccional viviendo una posición de esencial igualdad con los particulares.

Una de las maneras más concretas de instruir la limitación funcional del Estado a que aludimos hace unos instantes consiste precisamente en establecer su responsabilidad por la comisión de delitos y "cuasidelitos".

Esta tarea ha sido —y ofrece aún dificultades en concreción— la lucha por establecer esa responsabilidad. Concepciones arcaicas y doctrinas no siempre ajustadas al objeto mismo de la ciencia jurídica impedían de continuo que pudiesen percibirse las bases de la responsabilidad estatal. La idea de un Estado intangible, por un lado, y la imposibilidad de concebir a ese mismo Estado delinquiendo o "cuasi-delinquiendo", por el otro, desentran el avance de los conceptos. El Estado está por cima de los ciudadanos, se decía. El Estado no tiene voluntad para delinquir o "cuasidelinquir", se exclamaba. La idea era vinculada poderosamente, así, con la del origen "divino" de los Reyes, tan distinta de la concepción Cristiana del Estado que hoy predomina con la serena exaltación de la dignidad del ser humano. Pero nada debe extrañarnos esa irresponsabilidad estatal si apreciamos lo mucho que ha costado llegar a la admisión de la responsabilidad de las personas privadas que el Código llama de "existencia ideal" y que la doctrina denomina "ficticias", "jurídicas", "místicas" o "colectivas", donde no estaban en juego la soberanía u otros conceptos semejantes que en cambio gravitan cuando la persona jurídica es nada menos que el propio Estado.

Nuestra Constitución Nacional se caracteriza, como se sabe, por una fuerte protección de los derechos individuales y, al mismo tiempo, por la manera categórica como limita la órbita de los tres órganos de Gobierno: el Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo.

Sus normas fundamentales han sido desvirtuadas por diversos códigos, así como por numerosas otras leyes y decretos, habiéndolas vivido las sentencias judiciales más diversas, sea declarando inconstitucionales algunas de esas últimas normas o fuese fijando su sentido para que ellas rigiesen el diferendo, el pleito, el litigio o la contienda.

El más extendido desarrollo de la Constitución es el Código Civil y constituye en nuestra materia la base interpretativa. Cuando ese Código no rige exclusivamente la cuestión es porque media una ley especial. Pero aun en ese último caso acósa de común denominador normativo en la medida que esa ley especial se remita claramente a él o bien no contenga una solución particular. Integra, de esa suerte, soluciones de otras ramas del Derecho Privado y, aún, del Derecho Público.

La responsabilidad —como tema específico— es uno de los tópicos donde las construcciones extraordinarias del Derecho Romano han experimentado mayor transformación. Desde fines del siglo pasado se han producido movimientos doctrinarios dirigidos a solucionar con acento de justicia situaciones que escapaban al espeso tejido de normas que nos ligaran con el derecho clásico en la materia. Así aconteció con la teoría llamada "objetiva" o de la "responsabilidad sin culpa", cuyos fundamentos han sido expuestos con calor y acalores con vehemencia al punto de que, mientras unos la consideran

como la más evolucionada expresión de la ciencia jurídica, como se preguntan si ella no nos llevaría de regreso a épocas bárbaras que se consideraban superadas con el progreso de los ordenamientos de derecho.

En nuestra materia se ve, por cuanto llevamos dicho, que dos temas se dan la mano en intimidad: el de la llamada "naturaleza jurídica" de las "personas de existencia ideal" y el de la responsabilidad civil. Ambos son previos a la dilucidación del de la responsabilidad del Estado, que constituye desenvolvimiento, a veces muy sutil, de los temas anteriores.

No es el caso de pasar revista a los muchos fundamentos de las teorías sobre la "naturaleza jurídica" de ese tipo de persona: la ficción legal —de Savigny—; la ficción doctrinal —de de Vareilles Sommaires—; la de equiparación —de Randa—; la de patrimonios de afectación —de Beim, Becker—; la de la función social —de Duguin—; la de la asociación —de Van den Heuvel—; la de la propiedad colectiva —de Planiol—; la del sujeto físico como beneficiario —de Ihering—; la de la realidad —de Michoud, Salci-las, Ferras, que después cambió doctrina—; la de la instrucción —Hauriou, Renard—; la de conceptos más puramente normativos —últimamente el aludido Ferras, Kelsen, León, Orgaz— y otras que constituyen esfuerzos doctrinarios muy importantes para aclarar qué es la "persona de existencia ideal".

Apenas corresponde precisar que ella constituye una creación jurídica compleja donde se observan un *status* —conjunto de personas de existencia visible—, un patrimonio y *finis* admitidos por el Estado que incorpora a ese conjunto la *espiritualidad* de la personalidad jurídica. No se trata de una ficción ni de una realidad biológica, ni es exacto que sea necesario aceptar, como se ha sostenido con harta frecuencia, las teorías naturalistas de la realidad para que se admita la responsabilidad aquiliana de ese tipo de persona.

Con referencia al otro tema, o sea el de la responsabilidad civil, conviene recordar que un examen atento de nuestro código revela la existencia mínima de cuatro sistemas y no solamente de los dos que describe habitualmente la doctrina: el "contractual" y el "extra-contractual".

El primero de los sistemas es el que gira en torno del incumplimiento de lo decidido por acto voluntario lícito si la prestación no consistió en sumas de dinero. El segundo es el mismo caso pero con la variante de que la prestación tiene precisamente por objeto dar esas sumas. El tercero es el que regula las consecuencias del delito. El cuarto, por fin, es el que ordena las consecuencias de un "cuasi-delito".

Las diferencias entre esos cuatro sistemas —por esta parte conectados en el artículo 1107 del Código Civil—, que hemos tenido oportunidad de explicar en diversas publicaciones, necesitan una puntualización que omitimos en obsequio de la brevedad, no sin antes recordar que esas diferencias se aplican a la responsabilidad del Estado en la medida que no hubiese ley especial en contrario o que esa ley no entraseñase o expresase una remisión a los principios del derecho común.

Cabe señalar en esta materia que interesa predominantemente la responsabilidad del Poder Ejecutivo, porque de los tres poderes de gobierno es el que exhibe una tendencia histórica más clara hacia el desborde institucional.

Se tiende a decir cada vez con más firmeza al respecto que hay responsabilidad de las "personas de existencia ideal". Numerosas opiniones concuerdan que ya en Roma se le admitía en alguna medida, recordando los principios de la *actio iniuriarum*, *actio honoraria* y *actio servandi*. También lo hacían, aunque sin clara coherencia, los glosadores como Bassianus. En cuanto a los Canonistas —Innocencio IV, Sinibaldo Dei Fieschi, Juan el Teutónico, Duranuz, el Archidilónico Guido de Bapio, Petruscius, Senecia, Schiappoli, Bellinus, Calderini, Hincchius, Juan de Bononia, Juan Aldoa, Sinibaldo, etc.— la admiten con variantes.

Los postglosadores —Barolo, su jefe, Baldo, Jacobo, Cefredus, Aldradus, Mynsiger, Ludovicus, Alberico de Rosciano, Bartolomé de Saliceto, etc.— reconocen también la responsabilidad a las personas jurídicas. Y juristas posteriores aceptan las ideas de responsabilidad —entre otros, Prynninger, Grodo, Zuzius, Schuff en Alemania; Juan Velt, Hugo van Groec o Grocio, en Holanda; De Luca, Ciriaci, Loseris, en Italia; Julius Clarus, Cheredas, Bodin, Domat, Jousse, Muzart de Vouglans en Francia—, estando los contemporáneos muy divididos en virtud que parten de presupuestos diferentes según puede advertirse con la sola mención que hemos hecho sobre la naturaleza jurídica de esas personas.

El Código Civil conciene en la materia un artículo cuya redacción ha dado origen a controversias que aun ocupan sitio prominente. Es por ello que conviene dibujar las líneas de la evolución en la órbita jurisprudencial y en el campo de la doctrina. Al señalar la primera hemos de hacerlo con la correspondiente a la Corte Suprema desde que se trata de la voz que, en última instancia, señala los rumbos jurídicos al país; al hacerlo con la segunda, destacaremos algunos de los juristas que participan de opiniones concretas sobre la materia.

Pero conviene, antes de penetrar el tema central, que nos ocupemos brevemente de la responsabilidad penal de las personas que estamos analizando porque la tesis favorable a esa responsabilidad coadyuva en la aceptación de la mayor responsabilidad aquiliana del Estado.

Es muy común afirmar que las personas jurídicas no pueden ser delincuentes desde el punto de vista penal. ¿Se imagina alguien a una persona jurídica cometiendo homicidio? Es como imaginarla, en orden a los actos jurídicos, concupriendo matrimonio o reconociendo hijos extra-matrimoniales. Estas preguntas y aseveraciones rotundas —a que hicimos oportuna referencia— tienen evidente sonoridad conceptual pero no traducen mucha hondura, lo que se aprecia a poco de observar detenidamente las bases fundamentales de la idea. Ella suscitó polémicas en nuestro país y en el extranjero. En épocas superadas se admitía como sujetos activos del delito y, por ello mismo,

susceptibles de proceso y de castigo, a los animales, sea para reconocerles una adecuada protección o bien para prevenir a los hombres o a otros animales daños del castigado. Había casos análogos, pero en todas estas hipótesis cabe precisar que muchas veces la destrucción del animal u otra cosa obedecía exclusivamente a la eliminación del instrumento o cuerpo del delito.

Se admite también en los primeros tiempos la sanción generalizada al grupo de familia o a la tribu del delincuente y la ciencia del Derecho Penal muestra entre sus máximas conquistas en materia de atrofia la de identificar al autor del delito con la persona sancionada.

La corriente adversa a la posibilidad de que la "persona de existencia ideal" puede ser delincuente se funda esencialmente en las siguientes ideas: a) esa persona no tiene voluntad propia y, por ende, carece de culpabilidad; b) ha sido instituida para actuar dentro de la licitud, de modo que no se concibe actuando fuera de esa órbita; c) la responsabilidad conduciría al desconocimiento del principio de la personalidad del delincuente y al castigo de terceros desprovistos de culpabilidad, como serían quienes, integrando el error colectivo, no han participado en los delitos realizados por sus órganos representativos; d) algunas sanciones penales impuestas a ese tipo de personas son más bien accesorias del castigo, del mismo modo como lo sería la destrucción de un explosivo después de haberse decretado al delincuente; e) siendo la finalidad de la sanción penal también ejemplarizadora, solamente concibe como destinatario a los seres individuales dotados de la comprensión que los cubra o los corrija.

La corriente opuesta ha contestado estos argumentos, aduciendo: a) la persona de existencia ideal tiene voluntad propia desde el punto de vista psicológico —eso sostiene la tesis de la realidad de esas personas— o desde el punto de vista jurídico —ello afirman las tendencias más modernas— al punto de reconocérsele capacidad para contraer y posibilidad de incumplir las obligaciones floyentes de esa contratación; b) en cuanto a la limitación de los fines, cabe recordar que el propósito es impedir que abandone la licitud pero de ninguna manera que se libere de responsabilidad por haberla abandonado; c) en lo referente al tercer argumento, se está ante una consecuencia de hecho —y no jurídica— semejante a la que acontece en orden al castigo del padre y el sufrimiento de seres que, como los hijos, son inocentes para la ley; d) las multas o la suspensión de tipo penal impuestas a las personas jurídicas y el decreto de disolución de ellas —para algunos juristas comparable a la pena de muerte impuesta a las "personas de existencia viable"— son verdaderas sanciones penales y no accesorias; e) el último argumento es de tipo psicológico y no puede cambiar la realidad de las sanciones penales aplicadas a las personas de "existencia ideal".

Los autores se dividen. También las leyes. No es el momento de mencionar unos y otros. Pero el problema de la responsabilidad penal que estamos analizando requiere algunas precisiones previas a su mejor comprensión. Aunque en principio escapa a la órbita del Derecho Civil, el problema no sólo tiene la vinculación que surge de la unidad del ordenamiento jurídico sino

que reconozca un nexo más íntimo a través del artículo 1107 del Código Civil, norma que después se ha de mencionar.

Hace ya mucho tiempo se ha decantado con claridad satisfactoria lo que es la *voluntad* en el sentido natural —que estudia la *psicología*— y cuando entramos ante la *voluntad* en un sentido cultural, que es la que estudia el *derecho*.

Aun siendo exacto que ése se propone coincidir esencialmente y en la medida posible con el otro miraje, sus necesidades normativas le llevan muchas veces a un disociamiento. El jurista toma los elementos naturales en la proporción que interesen a sus fines y los adapta a ellos. A veces, aún, toma como legal la definición de la ciencia; ésa luego la modifica, mas para el Derecho sigue siendo real la primera porque se encuentra con la ley no modificada. Es lo que acontece con los intervalos ficticios. Para muchos países modernos no hay intervalos ficticios; para los juristas, sí, porque el Código Civil los instituye y mantiene.

Decía Bishop, con sentido análogo (New Criminal Law), "si... ese ente invisible (persona jurídica), de esencia intangible que denominamos corporación, puede armar monedas, nivelar valles, construir caminos de hierro y correr coches sobre ellos, puede hacerlo así y obrar en consecuencia de eso virtuosamente como viciosamente".

Claro que se correza con la norma del artículo 43 del Código Civil y, sobre todo, su nota, donde el codificador dice con énfasis: "La cuestión de si las personas jurídicas pueden o no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia a Savigny, tomo II, desde la pág. 310. Para nosotros, el artículo del proyecto tiene fundamentos incontrastables".

"El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre o inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que encubre la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal".

"La capacidad de las personas jurídicas de poder ser demandadas, no implica una contradicción, aunque toda acción supone la violación de un derecho. Esta especie de violación del derecho tiene una naturaleza puramente material: ella no interesa la conciencia en el mayor número de casos. Las acciones del derecho civil son destinadas a conservar o a restablecer los verdaderos límites de las relaciones individuales de derecho. Teniendo, pues, las personas jurídicas la capacidad de la propiedad, esta necesidad, la de las acciones civiles, existe respecto de ellas como respecto de las personas nati-



rales. No hay, por lo tanto, inconsecuencia en decir que la persona jurídica puede sufrir un delito, y que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada cualquier que sea el propietario, un ser de una existencia ideal o un ser inteligente y libre”.

“Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, imputando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito. Si, pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado”.

“Los que creen que los delitos pueden ser imputables a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho a los bienes. Para eso, la capacidad de los contratos es indispensable. Si las personas jurídicas revieran la capacidad absoluta de derecho y la de voluntad, serían igualmente capaces de relaciones de familia. Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y para los otros, hay los motivos de dar a esa voluntad ficticia una extensión limitada, y desde entonces se podría castigar en la persona del pupilo, el delito del tutor, si él comete como tutor un robo o un fraude en el interés de su pupilo. Los casos que se citan de justos castigos a ciudades, municipalidades, etc., han sido o actos del derecho de la guerra, o medidas políticas, que nunca se habrían sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes. El error del argumento nace de que regularmente los actos del mayor número de los ciudadanos de una ciudad, o de los miembros de una corporación, pasan por ser actos de la ciudad o de la corporación, confundiendo así la corporación con sus miembros. Por otra parte, todo delito implica dolo o culpa, y por lo tanto, la voluntad de cometerlo y la responsabilidad consiguientes. Desde entonces el dolo podría imputarse tanto a las personas jurídicas, como a los impúberes o dementes”.

“Al lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente, *obligatio ex re ex eo quod aliquem perens*, que se aplica a las personas jurídicas, como a los dementes o a los impúberes. Si, pues, el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él solo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas, sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse a esas multas, si quieren participar de los beneficios de un proceso”.

“Pasando a las disposiciones del derecho sobre la materia, podemos decir que muchas leyes de los Códigos Romanos confirman plenamente la doctrina

que hemos expuesto. Un texto dice expresamente, que la acción de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero que si se ha encargado por el fisco de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado (L. 15, § 1, Dig. De dolo).

"El poseedor de un inmueble, despojado violentamente a nombre de una municipalidad, obtiene contra ella el interdicto de si si ella detiene todo o parte del inmueble. Si si se desentrevé qué nomine municipalis, in municipis ceteri interdictum restitendum Praetorianis aut, si quid ad eos pervenit (L. 4, Dig. De si). La expresión *municipes* designa siempre la corporación misma. Muchas otras leyes pudiéramos citar que disponen lo mismo".

El artículo 43 del Código Civil, como se recuerda, dispone: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

No obstante la fuerza de la nota transcrita y de la letra del tan conocido artículo 43 del Código Civil, sus influencias en el orden penal no son decisivas para las leyes que establecen categóricamente la responsabilidad penal de las "personas de existencia ideal", las que, entonces, no pueden desentenderse del artículo 18 de la Constitución Nacional que consagra el principio "*nullus crimen, nulla poena sine lege*" y han de aplicarse las sanciones sin efecto retroactivo. De ahí que la doctrina se haya preocupado con razón en separar las multas en *administrativas y penales*.

Todos estos razonamientos —cualquiera fuese la posición en doctrina pura— se unen a otros para facilitar la cada vez más firme responsabilidad aquiliana del Estado. Por ese solo hecho hemos traído a colación un tema que, en sí mismo, escapaba al objeto central del nuestro. A ese respecto cabe acotar que, sea o no escasa la división bipartita o tripartita de los actos del Estado —si hay actos de imperio, de gestión, mixtos, etc.—, lo cierto es que se ve la diferencia entre la posición del Estado cuando actúa en ejercicio de sus poderes públicos y cuando ejerce actividades en un pie de igualdad con las personas de existencia visible en el orden privado. Solamente resta saber si hay diferencias en materia de responsabilidad.

Vemos algunos de los fallos salientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En una primera época ella mantenía fundamentalmente la tesis de la irresponsabilidad aquiliana de las personas "de existencia ideal", doctrina emanada principalmente de una concepción clásica —Casarino, González del Solar, etc.—, pero compartida por juristas modernos —Lafaille en Derecho Civil, Bietta en Derecho Administrativo, etc.—, todos ellos viendo una valla invaluable en el artículo 43 del Código Civil.

En la posición que la Corte Suprema, habiéndola sostenido antes de la vigencia del Código —Fallos: 1:317—, acogió hasta 1921 —Fallos:

3:323; 27:108; con algunas vacilaciones que no entrañan cambio de doctrina, a veces apelando a sucedáneos para no variar su posición en la materia.

Así, en 1876 había establecido don Darío David, extranjero, demanda contra la Provincia de San Luis por pago de mña 24.348 en virtud de haberle expropiado cabezas de ganado por autoridades de esa Provincia, después declaradas en rebelión. El Procurador de la Corte pide el rechazo de la demanda y, en la parte que más interesa, dice que, si se hubiese tratado de expropiaciones realizadas por rebeldes, ello entraría en la categoría de perjuicios causados por la guerra civil a que están sujetos por igual nativos y extranjeros, y de que ninguna autoridad, nacional ni provincial, es responsable por ley expresa y jurisprudencia consentida universalmente. Con fecha 15 de febrero de 1876 la Corte hizo suya esa doctrina.

En 1894 se da una causa que Machado cita como reveladora de un cambio de jurisprudencia. Pedro Antonini y Trassi demanda al Presidente de la Municipalidad de esta ciudad, don Enrique Berduc, por despojo e indemnización. El Juez Federal doctor Manuel de Tenasco Pinto, consideró que se había acreditado el despojo al actor por apertura de las calles Rosario, La Paz y Colón y, según lo prescripto por los artículos 2408, 2190 y 2494 del Código Civil, correspondía devolverse la posesión o indemnizarla. La Corte, por esos fundamentos y otros, confirma la sentencia. (No se da aquí, como puede verse, un proceso contra el Estado sino personal contra el señor Berduc.)

En 1916 —Fallos: 124:22— La Corte dijo sustancialmente, como surge del sumario que se transcribe: "Afirmándose por parte de la Nación que al proceder al secuestro y depósito de los bienes del actor lo hizo en cumplimiento de los artículos 11 y 19 de las leyes números 3761 y 3764, respectivamente, por lo cual no es responsable de los daños y perjuicios, con arreglo al artículo 1071 del Código Civil, la excepción de prescripción opuesta conforme al artículo 4037 de dicho código, no es procedente en el caso".

"No habiéndose declarado a cargo de la Nación en la sentencia absolutoria pronunciada en el juicio criminal por defraudación a la renta de alcoholes, los daños y perjuicios que el actor hace derivar del secuestro y depósito de su destilería realizados en cumplimiento de los artículos 11 y 19 de las leyes 3761 y 3764, respectivamente, y que reclama fundado en el artículo 1109 del Código Civil, no es procedente su apreciación y pago al demandante". (Causa: Luis Sáenz Peña, contra el Gobierno Nacional, sobre daños y perjuicios").

En 1918 —Fallos: 129:5— la Corte sentó la siguiente doctrina que figura en el sumario: "Comprobada la enajenación de bienes de terceros, surge la responsabilidad del enajenante, con arreglo, ya a lo dispuesto por el artículo 2779 del Código Civil, ya a mérito del principio consagrado, de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro o lesiones sin reparación al derecho ajeno. (El tribunal en razón de no existir en autos elementos

de juicio para fijar con precisión el monto de la responsabilidad del demandado y que el actor limitaba a la devolución del valor de la cosa (en el caso, maderas) enajenada, indebidamente percibida por aquél, y sus intereses, porque la prueba documental, la pericial y la testimonial, traídas al efecto, eran insuficientes para acreditar que a la fecha del remate existía toda la madera que el actor sostenía que tenía depositada. Llegó a la conclusión, a mérito del conjunto de antecedentes que al respecto arroja la prueba, de que si bien no existía toda la madera que motiva la demanda, por lo menos gran parte de ella se encontraba depositada y vendida”).

Por el día 7 de diciembre de 1921, la Corte confirma una sentencia de la Cámara Federal, confirmatoria, a su turno, de la del Juez Federal doctor Saúl M. Escobar. Se trataba de desperfectos causados por el vapor “Berna” en el muelle fiscal del puerto de Corrientes. La Corte, con el voto de los doctores Bernasconi, del Solar, Palacio y Méndez, declaró que, aun cuando hubiere estado descompuesto el telégrafo para transmitir órdenes a los encargados de las máquinas, la Compañía sería responsable porque debió tener en buen estado este aparato tan esencial para el éxito de las maniobras y para la seguridad del vapor. Se remitió a las consideraciones concordantes del fallo de segunda instancia, el cual, a su vez, lo había hecho con los fundamentos de la sentencia de primera, dictada, como vimos, por el Juez doctor Saúl M. Escobar, quien la funda sustancialmente en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Aunque Barcia López dice que este fallo no significa una rectificación categórica por cuanto la parte interesada no hizo valer la jurisprudencia clásica, entendemos que se trata de un claro cambio de doctrina: la Corte Suprema reconoció la responsabilidad “cuasi-delictual” de “personas jurídicas” del Derecho Privado por imperio de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Falta aún, eso sí, la responsabilidad del Estado.

Años más tarde se da un paso decisivo cuando, en 22 de setiembre de 1933, la Corte falla la célebre causa Tomás Devoto y Cia. contra el Gobierno Nacional, declarando que esa responsabilidad atañe al Estado como persona jurídica ubicada en la órbita de las relaciones de Derecho Privado —Fallos: 169:111), Tomás Devoto y Cia. Lda. S. A. demanda por daños y perjuicios a la Nación en virtud de que, por chispas desprendidas de un braserito deficiente, que usaban, sobre pasto seco y sin precauciones bastantes, ciertos empleados de la demandada, se incendiaron en parte campos de la Sociedad acreora. La Corte hizo lugar a la demanda por los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. No se hizo mención, pues, del artículo 43. El Estado es responsable, pero como persona de derecho privado.

Y este proceso alcanza evidente culminación cuando, con fecha 3 de octubre de 1938, al fallar la causa “F. C. Oeste c/Provincia de Buenos Aires” —de competencia jurisdiccional originaria—, la Corte decide responsabilizar al Estado como Poder Público en cuanto presta un servicio público (Fallos: 182:5).

El caso es muy interesante. En 1914 la Empresa F. C. O. compró a José Gómez Pardo un lote de terreno sito en Hacedo; el Escribano le solicitó la certificación correspondiente del Registro de la Propiedad de La Plata, la que fue expedida con la manifestación que el inmueble estaba comprendido en una fracción mayor del vendedor y que no había impedimento para la operación. Entendida la escritura e inscripto el título en el Registro citado, la empresa tomó posesión del inmueble e hizo edificar una pequeña casa para empleados.

Pasaron unos años y en 1928 se presentó Inés Vioni de Parmigiani alegando propiedad sobre el terreno y obteniendo, por revocatoria de la sentencia de primera instancia, una decisión de la Cámara Civil y Comercial de La Plata a favor de sus pretensiones. Para evitarse perjuicios mayores la Empresa compra otra vez el terreno y demanda a la Provincia de Buenos Aires por vía originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que hace lugar a la demanda.

La Corte dice entre muchas otras razones: a) que el Estado provincial impone la obligación de munirse del "certificado" de registro para escrituras de transmisión de inmuebles, cobrando inclusive un derecho especial sobre ello, lo que impone la prestación de un servicio regular, no como persona de derecho privado, sino como entidad de derecho público, que monopoliza la función aludida; b) por tanto, no es pertinente invocar el artículo 45 del Código Civil; c) quien contrae una obligación de hacer consistente en prestación de servicio, debe realizarlo adecuadamente bajo responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento irregular (arts. 625 y 630 del Código citado); d) rigen, pues, los artículos 1112 y 1113 del Código Civil.

Para algunos autores, como Bullrich verbigracia, el Estado había ejercido funciones de gestión en la prestación de servicios públicos, otros que para Barthélemy son de gestión y para Roger son de autoridad. Se afirma la evolución jurisprudencial y la corriente de doctrina que señala la responsabilidad "aquiliana" del Estado se accionó necesariamente en un conjunto de numerosos fallos.

De entre ellos es interesante recordar —porque los otros no han tenido oportunidad de realizarse su cita y porque en él, si, se admite la *responsabilidad del Estado* como poder público soberano, la causa de la Escuela Alemana contra la Nación Argentina. Los tres jueces que sustituyen la honra de integrar la mayoría coinciden en que ni aún los Poderes de Guerra se hallaban al margen de las limitaciones que la Constitución Nacional establece para resguardar los derechos fundamentales, en el caso el de propiedad.

Se trataba, pues, de juzgar y decidir sobre el alcance de esos poderes dentro de la Constitución, sobre todo frente a los derechos individuales.

La causa consistió esencialmente en lo que sigue: En 1° de marzo de 1946 el Ministro de Justicia tomó posesión del inmueble sito en Monroe 3061 de la Capital Federal y de los bienes muebles en aquél contenidos.

Funcionaba allí la escuela alemana "Humboldt", que fue clausurada por motivo de la declaración de guerra contra Alemania. Al día siguiente el Estado ocupó el local con la Escuela Nacional de Comercio N° 7 y, luego con el Cuzco Verpercino de Peritos Mercantiles. Dispuesta, mientras tanto una investigación administrativa sobre las actividades de la Escuela Alemana de referencia, ésta terminó el 23 de febrero de 1948 con resolución del Interventor Liquidador de la Junta de Vigilancia, que dio por finalizada la investigación en virtud de haberse constatado que la Escuela no había ejercido actividad alguna en contra de las Escuelas Aliadas desde que su función era puramente filantrópica.

Ello no obstante, el Ministerio mantuvo la ocupación del inmueble con los establecimientos oficiales antes indicados, lo que ocurrió hasta que, el 26 de diciembre de 1950, se incluyó la finca dentro del concepto de utilidad pública a efectos expropiatorios.

El aspecto que motivó el fallo de mayoría por tres votos contra dos es el que se vincula con el período de casi dos años que transcurrieron entre la recordada toma de posesión del inmueble por el Poder Ejecutivo y la declaración del 23 de febrero de 1948.

El voto de mayoría se divide en la fundamentación. Para los doctores Oryza y Villegas Beauvillain el principio según el cual los perjuicios causados por el Estado en ejercicio de sus poderes de guerra no dan derecho a indemnización —porque lo contrario decaractería la actividad gubernativa al equiparar con tal extensión las garantías constitucionales— debía ceder en esa causa por la existencia de enriquecimiento indebido y una derivación del poder.

De nuestra parte expusimos que el principio mencionado debía hacerse, en cambio, por las siguientes razones: a) las facultades privativas de un poder, así se trase de las llamadas "de guerra", con susceptibles de ser revueltas por el Poder Judicial;

b) ha de examinarse en cada caso si el poder se ejerció o no razonablemente, es decir, si se lo hizo o no dentro de su fundamento y finalidad;

c) al haber el Estado hecho uso del local excediendo los "poderes de guerra" y en perjuicio de intereses particulares, no incurrió en "enriquecimiento sin causa" sino en responsabilidad "aquiliana" (según los artículos 43, 1112, 1113 y otros del Código Civil), surgiendo la violación de la estabilidad del Estado desde que actuó más allá del fundamento y finalidad de los citados Poderes;

d) que no había "enriquecimiento sin causa" como figura autónoma por que ese remedio excepcional actúa cuando el damnificado no cuenta con otra acción y en la causa tenía la emergente de responsabilidad aquiliana; sólo podía, entonces, verse el concepto genérico del enriquecimiento sin causa, éste que es absorbido por otras figuras (hurto y, en general, delitos contra la propiedad) y no el específico que veían nuestros colegas.

Numerosas causas más podrían mencionarse, pero hemos de omitirlas por razones de tiempo, no sin antes decir que en votos por aparte hemos tenido oportunidades variadas de acentuar el principio.

Veamos ahora la evolución de la doctrina. Esta, de su parte, se ha transformado también desde una posición fuertemente adversa a la responsabilidad de las "personas de existencia ideal" hasta la más avanzada en favor de ella.

Veámosla en apertada síntesis, donde hemos ordenado diversas corrientes doctrinarias, a partir de las que señalan la más fuerte irresponsabilidad para llegar hasta las que marcan el fenómeno inverso.

a) posición extrema: Casarino, González del Solar, Zubizarreta, entre los clásicos; Lafaille, Bielsa, etc. entre los modernos;

b) responsabilidad cuando se trata de "cuasi-delitos" cometidos por sus administradores o empleados: Llerena, Machado —éste en su obra sobre jurisprudencia—; etc.;

c) el profesor Salvat estima que responden por los daños ocasionados mediante actos de personas que están bajo su dependencia, cosas de que se sirven o que tienen a su cuidado (art. 1113 del Código Civil);

d) el Profesor Aguiar, a quien tanto hay que citar en materia civil, expuso la siguiente doctrina: sustituye la voz "aunque" por la expresión "cuando" que contenía el *Esbozo*, y sostiene la irresponsabilidad en los delitos criminales o civiles de los administradores, lo que entonces alcanza también a los "cuasi-delitos" cometidos por los administradores si esos actos fuesen delitos culposos del Derecho Penal;

e) en opinión de Rodolfo Rivarola, Rómulo Encheverry Bonzo, Arturo Barcia López, De Gáspari, Camarona, Colombo —con variantes— la irresponsabilidad solamente puede declararse en el caso de delitos del derecho criminal cometidos por los miembros en común o los administradores individualmente. Todos ellos, a partir de Rivarola, manejan la traducción de las expresiones *cuando* por del artículo 309 del *Esbozo*, equivalente a "cuando" y no a la expresión "aunque" con que Vélez, no obstante las observaciones que antes Aguiar, habría equivocadamente traducido la norma del proyecto brasileño;

f) en concepto del Profesor Lambías debe partirse de la igualdad constitucional para no admitir, consecuentemente, la irrazonable diferencia entre personas de existencia visible y de existencia ideal; máxime ante el carácter de excepción del artículo 43 frente a la regla general del artículo 42 y a los resultados de la interpretación, siempre sensibles en cuenta; el texto debe leerse con la expresión "cuando", sobre todo si el codificador admitió haber seguido a la letra a Freitas en la materia; hay, pues, responsabilidad en todo caso que no sea de delito civil —el único al que se refiere el Código— cometido por los administradores;...

g) según posición del Profesor Spota ha de hacerse una interpretación conexa y apearse a la conocida teoría del órgano. Cuando los actos reali-

ción se consideran legal o extrajudicialmente de la "persona de existencia ideal", sea en la esfera real o aparente, en ocasión o con motivo del encargo, hay responsabilidad. Si el daño se ocasionó mediante actividad separable de la incumbencia o función que le correspondía al agente, entonces no hay responsabilidad;

b) estima el Profesor Borja que la jurisprudencia ha dejado sin efecto el artículo 43 —cuya letra es imposible de sortear— y entras a jugar los artículos 1113, 1124 y 1133 del Código Civil, con lo que la responsabilidad del Estado aparece fuertemente reconocida.

¿Se concibe un caso doctrinario mayor?

Pensamos, de nuestra parte, que el ordenamiento jurídico debe acentuar la responsabilidad del Estado. El camino está en las leyes especiales y, en virtud de su gravitación ante ausencia de esas leyes, en la propia reforma del Código Civil para dar una claridad mayor a sus textos.

Pero entendemos que pueden quedar como patras para examinar el tema en nuestro Código las siguientes:

El artículo 43 de ese Código no puede analizarse de modo aislado, sino en relación con otras normas afines: 42, 1113, 1124, 1133, etc. Aparece aquí en contradicción con éstas al negar responsabilidad "aunque..." en decir, sean en los casos extremos que cita. Para ello, y teniendo en cuenta que el propio codificador confiesa haber seguido a Freitas "a la letra" (nota al Título 1° de la Sección 1° del Libro 1°), deben tomarse las expresiones "cuando que" como equivalentes de "cuando" y no de "aunque". De ese modo nos encontramos con que el alcance de las normas consisten en señalar la irresponsabilidad sólo en los casos mencionados: "*cuando los miembros es común o los administradores individualmente hubieren cometido delitos que redunden en beneficio de ella*".

No nos impresiona el argumento, tan invocado y "psicologista", de la falta de voluntad. Sin apelar a la también "psicologista" tesis de la realidad que defendía la existencia de una voluntad social, puede señalarse la contradicción de quienes niegan voluntad a la "persona de existencia ideal" cuando se trata de responsabilidad "aquiliana" y la reconocen, expresa o implícitamente, para celebrar actos jurídicos y, de acuerdo con el artículo 42 del Código Civil, para responder ante el incumplimiento de las obligaciones surgidas de esos actos.

Por esas mismas razones estimamos que las leyes han podido decir que las "personas de existencia ideal" son susceptibles de cometer delitos penales. Muchas leyes lo hacen. Esas personas no serían encarcelables, pero sí susceptibles de multas penales o inhabilitaciones. Tampoco se puede concebir, en otro orden, su capacidad para celebrar matrimonio; pero nadie duda de que gozan capacidad en general.

Además —y fundamentalmente— el artículo 16 de la Constitución Nacional establece la igualdad y la "persona de existencia ideal" —cuyos inter-



esos se resuelven, a la postre, en una multitud de intereses individuales—no puede ser irresponsable en casos donde lo son las "personas de existencia visible" sin que se entienda la condición biológica humana como presupuesto esencial.

Asimismo, es evidente que podría aplicarse a esas personas la norma del artículo 1107 del Código Civil, que dice: "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de ese título, si no degeneran en delitos del derecho criminal".

Esta muy poco analizada norma, cuyo alcance hemos descrito minuciosamente en numerosas oportunidades, confiere un derecho de opción al acreedor o damnificado: si el cumplimiento "contractual" encierra delito penal, puede accionar por la vía de ese incumplimiento o por la ruta "aquiliana".

Esas normas —aun en su esquemática expresión— no serían completas si dejásemos de contemplar una de las cuestiones menos abordadas por la doctrina nacional, principalmente en cuanto ésta atiende al Estado. Me estoy refiriendo a la llamada "responsabilidad pre-contractual".

El tema descubre en el derecho clásico una serie de observaciones de tipo empírico, sin que una visión sistemática, propia de la ciencia, situara los principios aplicables a la conducta de las partes en el período, más o menos extenso según los casos, anteriores a la formación del contrato válido.

Pero es el genio de Ihering el que primero aprecia la necesidad de su sistematización y es su agudeza de escritor la que nos obsequia con un estudio pleno de hondura científica y de belleza jurídico-literaria.

Para situarnos en el terreno —desagradablemente poco abordado por nuestra doctrina— bastará que imaginemos, dentro de la dinámica vida moderna, las transacciones de dos grandes empresas que desean concertar la compra y venta de un solar.

Comenzaría una de ellas desplegando sus organismos hacia la otra para acercarse, acaso conociendo su interés en una operación de ese jaez. Seguiría en el acercamiento hasta darle forma de "ruegos" preliminares concretos y, así, proseguiría hasta la formalización de una oferta definida.

A esto podría suceder un estudio de la otra sociedad, acaso con un pedido de modificación y otras alternativas fácilmente colegibles.

Ahora bien. Si de modo intempestivo la primera rompe sus tratativas, hemos asistido a la concreción de un acercamiento, pero no a la de un contrato. En esas condiciones, ¿puede hablarse de responsabilidad contractual? Evidentemente que no, porque faltaría la base del contrato; pero, ¿puede mencionarse ese tipo de responsabilidad? La doctrina que estudiamos dice que sí y es nuestro propósito analizarla en sus rasgos esenciales.

Declamamos que Ihering hizo sistema por primera vez. Pero su mano maestra fue seguida de muchos otros juristas, aunque ello no haya acontecido as-

merosa veces en nuestro país. Para no seguirlos —en obsequio del tiempo— a todos detalladamente, es de conveniencia que sintetizemos en adecuada agrupación técnica.

Una teoría estima que la responsabilidad a que nos referimos es contractual, por lo que ha de aplicarse en principio su régimen. Otra es la que ve aquí un caso de responsabilidad "aquiliana"; una otra acepta una responsabilidad "legal"; y, otra, todavía, un "abuso del derecho". Finalmente otra ve una "declaración unilateral de voluntad" como fundamento de la obligación incumplida. Nosotros, por nuestra parte, vemos en unos casos, la responsabilidad "aquiliana" y, en otros, voluntad unilateral.

El gran jurista germano inicia la marcha y un notable jurista de Italia, inspirándose en él, formula su propia teoría. Los demás destacados expositores siguen la línea pero con variaciones que confieren cierta autonomía a sus posiciones respectivas.

Transcurre el año 1860. Ihering estima substancialmente en su obra de una introducción y tres capítulos que: 1) la culpa "in contrahendo" presupone "oferta"; las metas transivas, en cambio, no originan responsabilidad; 2) ésta es de naturaleza contractual, pero apuntando en una especial dirección; 3) las diligencias exigidas para ejecutar el contrato son idénticas a las que deben exigirse en el período formativo de él; 4) la culpa es sólo de las partes; 5) la acción se transmite a los herederos; 6) ella prescribe como la que se funda en la llamada "culpa contractual"; 7) la indemnización comprende el interés positivo o de cumplimiento —compensativo de lo que el acreedor hubiera obtenido en el negocio de haber sido éste uno válido— o del negativo o de confianza —consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio.

Corre el año 1906. Faggella dice esencialmente: 1) hay dos períodos muy importantes: a) el de transivas realizadas por las partes con anterioridad a la emisión de la oferta; b) el de los hechos acaecidos desde la emisión de esa oferta hasta la terminación del contrato válido o hasta la cesación definitiva por desahucio que impida la formalización legal de aquél; el primero de los períodos está compuesto por negociaciones preliminares o transivas propiamente dichas y por la etapa que tiene como objeto concretar la oferta definitiva. El fundamento de la responsabilidad no es la culpa; consiste en la transgresión del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones, lo que puede acontecer sin dolo o culpa, mediante una separación arbitraria. La indemnización cubre los gastos reales y no el lucro cesante.

Salicrú se inspira en los juristas anteriores: acepta el fundamento jurídico de Faggella, viéndolo en la violación de los usos que impone la equidad comercial y descarta también la teoría del interés negativo, pero acepta que en ciertos casos se pueda exigir la ejecución real de lo prometido.

Con esto damos por expuestas en visión panorámica las doctrinas contractuales.

Otra teoría, decimos, es la de la responsabilidad *equilibrada*, que ha cobrado numerosos adeptos. Perhier, los hermanos Mazeaud, Aubry y Rau, Planiol, Ripert, Esmein y Savatier, etc. propician este criterio. En nuestro país, Buzo, Colomo y Lafaille se cuentan entre sus seguidores.

Muchos autores franceses giran en redor del artículo 1382 del Código de Napoleón, fuente del artículo 1109 del Código argentino. Recordemos nuestra norma: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación se regula por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil".

Es un caso de transgresión normativa, tomando la expresión "norma" en el sentido de norma social obligatoria establecida por cualquier autoridad pública y no solamente por el Poder Legislativo.

No hay aquí transgresión de lo decidido por un acto voluntario lícito, verbigracia un contrato, fuese tácito o expreso. Se transgrede la ley. Sería el mismo caso de un conductor que por negligencia embiste a una persona y le ocasiona heridas. Ha violado el deber genérico de no dañar a terceros.

Otra teoría es la que ve como fundamento una *responsabilidad legal*. Nosotros hemos dicho reiteradas veces en nuestro curso que la ley es el fundamento *realista*, pero la ciencia debe buscar el *idealista*. La teoría de Windscheid, pues, no parece la más adecuada para dar fundamentación sólida a la responsabilidad que analizamos. Toda responsabilidad —tomando la expresión "ley" en un sentido genérico— deriva de la ley. Por eso se les ha llamado a las obligaciones *ex-lege* "obligaciones sobrantes".

Una doctrina ve un caso de *voluntad unilateral* como fuente de las *obligaciones*. La responsabilidad surgirá, pues, de la transgresión de lo decidido unilateralmente. Es una idea fecunda sobre la que hemos de insistir, recogiendo, no sin cierto sabor emotivo, ideas que expresamos hace ya muchos años.

Una teoría ve el fundamento en la conocida explicación *del abuso del derecho*, que tiene el inconveniente de ofrecer, como tal, versiones distintas —subjetivas, objetivas, mixtas— y, una de ellas, tan cercana a las del delito y "cuasi-delito" que podría confundirse con ellas.

Nosotros hemos dicho públicamente el 20 de noviembre de 1957 que dos son, según las situaciones, los fundamentos de la responsabilidad que examinamos: la *declaración unilateral de voluntad* como fuente de las *obligaciones* y la *responsabilidad equilibrada*.

Por de pronto tomamos en visión general todas las fases encadenadas a la conclusión de un contrato válido, desde los primeros acercamientos e adelantos, claro que asignando una diferente posición a cada tramo de acuerdo con el mayor o menor grado de expectativa creído en las otras personas.

Eso lleva a un examen muy minucioso de cada tramo, pensando que no es conveniente cargar con exceso al que comienza los acercamientos o a quien se interesa por recogerlos desde que el mundo negocial se reanuda inconscientemente; pero pensando también que, en el extremo opuesto, una falta de control sobre tales actos puede originar el reinado de la mala fe y, consecuentemente, también, por otra vía, un retraimiento de los negocios con graves traslucos en la vida social.

En ese orden hemos entendido, entonces, que la mejor teoría ha de ser la que comprenda las transacciones anteriores a la oferta. Los deberes han de medirse desde ese momento porque no siempre ella se hace discretamente. Al contrario; es muy común que sea precedida de "antesos", acercamientos de tipo preliminar, para saber si el que va a recibir la oferta puede encontrar algo razonablemente vinculado con su interés. Cuando dos empresas dinámicas se hallan en estos pasos la velocidad de las transacciones exige un miraje muy agudo para desentrañar las cosas. Estas se suceden así como las proyecciones aceleradas de una película cinematográfica.

Ahora bien, Nuestra tesis se separa fundamentalmente de las mencionadas en un punto decisivo: si, como entendemos, no hay en estos casos un tipo de la responsabilidad civil sino dos, los regímenes aplicables serán también dos como base.

Vejamos: A emite una oferta pública de vender su casa y se compromete a mantener la oferta hasta el 15 de diciembre próximo. En el interregno retira la oferta y se niega a vender.

Tenemos aquí clara y categoricamente un caso de declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones. No cabe la responsabilidad "contractual" ni la "aquilina". El artículo 1150 *in fine* del Código Civil dice al respecto: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retractarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada". Iguales en cuanto a la fuente de la responsabilidad serían los casos del artículo 1156 del Código Civil. Habié declaración unilateral de voluntad obligacional, ya que no se podría mencionar como válido fundamento de la responsabilidad allí establecida la transgresión de un contrato —futura acuerdo de voluntades—; ni un "cuasi-contrato" —institución híbrida—; ni un delito o "cuasi-delito" —véanse los casos de dolo o incapacidad que esa norma menciona, además de que no hay ley inmediata violada en ninguno de esos supuestos—; ni la equidad —noble idea de conceptos jurídicamente vagos—; ni enriquecimiento sin causa —no se ven sus requisitos reunidos—; ni una obligación "ex lege" —cómo sería que generalmente se trae cuando no se cuenta con otra—; etc., como pensamos haberlo demostrado en nuestro libro "La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones" hace más de 22 años.

Pero si A comienza las tratativas y no ha dado base que entrase una concreta obligación emanada de su voluntad, sea formando pacto con la

esta persona, fuere actuando con el énfasis propio de la decisión unilateral como fuente obligacional, entonces estamos ante la burla de la ley en cuanto ésta impone la "obligación de no hacer" consistente en la de no dañar al prójimo. Es el caso típico de las transacciones preliminares, con excepciones contadas, donde no hay decisión privada lícita de donde emana una obligación. Pero es también el caso de ofertas revocables del artículo 1150, primera parte, del *Código Civil*, y de "Declaraciones unilaterales de voluntad" que pueden constituir fuentes de obligaciones.

Nosotros vamos a dedicarnos, fieles a nuestro tema, a la parte de la llamada "responsabilidad pre-contratual" que se funda en la responsabilidad "aquiliana". Sólo recordaremos, al pasar, que nos place la coincidencia del profesor Brubá con los principios que sostenimos en la obra citada sobre los artículos 1150 y 1156 del *Código Civil*.

En principio la fundamentación "aquiliana" comprende transacciones preliminares, ofertas revocables y algunos casos de actos jurídicos anulados. Las mencionadas transacciones han sido delineadas. Las ofertas revocables son las comunes; se pueden retirar mientras no hayan sido aceptadas.

En cuanto al tercer supuesto, motivo de la preocupación de Ihering, cabe exponer que el artículo 1056 del *Código Civil* dice: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas".

Sabiendo es que los casos de anulación pueden ser muchos. Cada vez que se afecta uno de los elementos constitutivos del acto jurídico o el ordenamiento impone la anulación de ese acto. No es el momento de ocuparnos de los diversos tipos de esa noción; pero sí el de recordar que la involuntariedad, incapacidad, ilicitud o falta de objeto, deficiencia o falta de forma son causales para anular un acto jurídico.

El codificador ilustre no conoció las construcciones de Ihering, pero trazó el artículo 1056, que cristaliza los más exquisitos principios de la ilicitud objetiva con las aplicaciones más fecundas en nuestro tema, como lo hemos desarrollado algunos años ha.

Eso significa que un acto con precesiones de "jurídico", aunque no llegue a serlo porque se le haya aplicado la noción anulatoria, puede dar lugar a otras sanciones como la indemnización en virtud de constituir, además de acto jurídico frustrado, un acto ilícito. La responsabilidad sería "aquiliana", lo que presupone la existencia de dolo o culpa. Sólo que en ciertos casos de anulación, evidentemente, no hay responsabilidad de los autores del acto. Verbigacia: el contrato celebrado entre dos dementes declarados o no declarados que actúen fuera de intervalos lúcidos. Y, en otros, el acto puede ser anulado como contrato y ser una declaración unilateral de voluntad válida.

La norma del artículo 1056 del Código Civil ha sido desarrollada por varios autores cuyo detalle escapa a esta disertación.

El daño indemnizable puede ser material y moral. Sólo que nuestro Código solamente admite la reparación de éste cuando hay un delito penal en el incumplimiento de contratos o en responsabilidad "aquiliana".

La llamada responsabilidad "pre-contratual" es, entonces, regible en unos casos por la "responsabilidad contractual" y en otros por la "responsabilidad aquiliana". Pero ambos sistemas pueden vivirse en favor de la opción del damnificado.

El artículo 1107 del Código Civil, al que nos hemos referido, da una solución al decir que cuando el incumplimiento contractual —en nuestra materia el caso de voluntad unilateral— degenera en delito penal se pueden acoger las normas de la responsabilidad "aquiliana".

Todos estos conceptos —vivamos— son aplicables al Estado en la medida que no se trate de concentraciones negociadas regidas por normas distintas de Derecho Público que prevean la solución del caso particular.

Muchas veces, al poner en movimiento sin la debida precisión su complejo rodaje en procesos de contrataciones, el Estado suscita una confianza en el particular que le lleva a dar pasos concretos, realizando gastos y comprometiendo la colaboración de otras personas. El funcionario que actúa en nombre de aquél lo hace a veces de manera que revela una clara despreocupación por los intereses particulares que su conducta ha estimulado. ¿Es que en tantas oportunidades se han elegido personas sin capacidad para altos cargos públicos!

Imaginar una operación que trata de realizar un particular con el Estado a través de un organismo de éste. Se realizan transactivas, se concreta una oferta y se movilizan los organismos estatales con hechos indudablemente dirigidos a la formación del contrato. La Empresa ha también movido sus recursos, hecho gastos, celebrando contratos para satisfacer las exigencias del que desare concertar con el Estado. Éste rompe las garantías irremediablemente y se niega a reconocer derecho alguno al particular.

No se puede demandar por incumplimiento contractual porque no hay contrato celebrado. ¿Hay otro tipo de responsabilidad? A nuestro modo de ver, sí y en la forma señalada.

De todo lo dicho, queda, señores y señoras, un saldo favorable a la responsabilidad del Estado, como lo admiten cada vez más los países donde el grado de jurisdicción es más alto, sea desde los ámbitos de derecho privado hasta aquellos de indudable soberanía.

Y llegamos al final de nuestra disertación. Estimamos que la sinceridad con que se vivan estas ideas redundará en beneficio de la seguridad jurídica y de la justicia. El particular sabrá que el Estado ha de cuidar la conducta

para no incurrir en responsabilidad. Ello, así como daría fuerza a los derechos del ciudadano y devolvería el crédito al Estado, permitiría un afianzamiento de la República instituida por la Constitución. Esa obra se vincula de modo íntimo con otras que venimos desarrollando desde hace varios años por considerarla vitales para el país: revisión judicial de las cuestiones llamadas "de hecho" y "de derecho"; intervención de la Corte Suprema en las denominadas "cuestiones políticas" —que son tan jurídicas como las demás—; revisión judicial de las declaraciones parlamentarias sobre orden público, emergencia, utilidad pública y muchas otras que una doctrina para nosotros equivocada concebía no revisables, con lo que deja su solución a los poderes llamados "políticos". Pensamos que sólo siguiendo esas líneas mediante firmes sentencias y no aparentando defensas mediante actos como los que calificó con energía en Córdoba, se ha de fortalecer la autonomía del Poder Judicial y, a su través, conseguir la recuperación de la República. Esa obra, si es realizada con valentía y franqueza, puede provocar la crítica de espíritus pequeños... pero tanto mejor para la causa de la verdad...

De esa forma los particulares recobrarán la necesaria confianza en el Estado, que, al dar el ejemplo, será otra vez reconocido como el instrumento jurídicamente instituido por aquéllos. Pero hay que difundir esas ideas para que ellas penetren los estratos más íntimos de la colectividad. Toda obra en ese sentido, aunque aparezca con la natural limitación en el tiempo y en el sitio, tiene una trascendencia que excede esos factores para proyectarse hacia el futuro y en direcciones distintas. La paz mundial por el Derecho es una obra majestuosa que debe constituirse con las bases de miles y millones de ideas individuales. Pero también —y fundamentalmente— con las conductas, sobre todo de los hombres públicos, para que la colectividad no asista con desesperanza a una obra de gobierno traducida en el desconocimiento de posturas esenciales de la convivencia jurídica o moral.





## DELITOS Y CONTRAVENCIONES

POR DR. JUVY LAJE ANAYA

La historia enseña que las infracciones penales han sido clasificadas en Crímenes, Delitos y Contravenciones. De acuerdo con el criterio sustentado por los escritores italianos (Julio Claro), los juristas sajones del siglo XVII —y especialmente Carpov—, hicieron una tripartición de los delitos: *delicta atrocissima*, conminados con pena de muerte agravada; *atrocitas* y *levia*, la que se mantuvo hasta el *Codex Bavaricus* de 1751 y la *Theresiana* de 1768, pero perdió su razón de ser al desaparecer posesionemente las penas corporales y de muerte. La época de las luces distinguió entre "crímenes", que se dirigían contra los derechos naturales (vida, libertad, etc.); "delitos" que afectaban solamente los derechos nacidos del contrato social (propiedad, etc.) y simples contravenciones de policía (1).

La clasificación actual que mantienen algunos códigos, en crímenes delitos y contravenciones (2), se remonta a la seguida por Francia desde 1791 y luego trasladada al Código de 1810 a objeto de fijar la competencia según los casos a los Tribunales de Juizados, a las cámaras de justicia penal y a los jueces individuales, según se tratara de juzgar un hecho que por ley misma estaba clasificado como crimen, delito o contravención.

Esta idea legislativa pasó a los demás países europeos, y se vio reflejada en el Código Penal de Baviera de 1813 y 1861. Prusia instaló esta clasificación en el Código de 1851 y de aquí pasó al Código Penal para el Reich Alemán de 1871. El moderno Código Penal para la República Federal Alemana (1953) establece: "Una acción conminada con reclusión o encierro por más de cinco años, es un crimen".

"Una acción conminada con encierro hasta cinco años, con prisión o con pena pecuniaria superior a ciento cincuenta marcos alemanes o simplemente pena pecuniaria, es un delito. Una acción conminada con arresto o con pena pecuniaria hasta ciento cincuenta marcos, es una contravención" (3).

1. Meyer, Eduard: *Derecho Penal, Parte General*, pág. 97.

2. Código Francés, Alemán, Chileno, Dominicano, etc.

3. Transcripción por Meyer, *Op. cit.*, pág. 97.

En nuestro país se advierte esa clasificación en el Proyecto de Tejedor, que divide los delitos en graves o crimenes, en menos graves o simplemente delitos y en contravenciones. Este sistema no estaba contemplado en el Código de 1886 tampoco lo está en el actual.

La biparticipación en crímenes y delitos no obedece en las legislaciones positivas a una diferencia de naturaleza de los hechos sino a la mayor o menor gravedad de la infracción, de acuerdo con la apreciación legislativa (\*). Como la cantidad de la pena la establece el legislador según la gravedad o peligro del acto, el criterio definitorio de la distinción se encuentra en la gravedad del daño como peligro o gravedad potencial del acto. Tales principios no son los que la ciencia exige porque no hacen más que enturbiar la cuestión por manifiesto desorden y confusión que llevan aparejados (\*\*). La pena no pertenece a la esencia del hecho, es algo externo a él. En tal sentido es accidental, por oposición a esencial. Podrá castigar el legislador con la misma pena al autor de la transgresión (contravención) o del delito, pero no podrá hacer que el delito se transforme en transgresión y viceversa, por que lo accidental externo de la pena no vale para mudar los caracteres esenciales del hecho (\*\*).

El sistema de la bipartición así fundado, no es un criterio científico, pues no determina un principio que proporcione con uniformidad y certeza la regla para establecer en general y en cada caso, la relativa gravedad y el verdadero carácter de la infracción. No sólo no permite conocer los rasgos permanentes del crimen frente al delito, sino que prácticamente, en un caso concreto, podrá resultar que lo que legislativamente es un crimen, posea menos elementos de gravedad y reprobación que lo que es un delito (\*\*).

De acuerdo con el criterio señalado, nunca podrá afirmarse con seguridad que el homicidio es un crimen o el hurto un delito, porque según los casos, cualquier infracción puede ser una o otra cosa (\*\*).

Es necesario llegar a la conclusión, entonces, que debe ser rechazada la clásica división de las infracciones en crimenes delitos y contravenciones por no ajustarse a una exigencia científica sino por lo contrario, por fundarse en una idea empírica y relativa, cual es la voluntad legislador reflejada en la norma jurídica. Por otra parte, la distinción va perdiendo terreno científica y legislativamente, en favor de la bipartita compuesta por delitos y contravenciones (\*\*), que es en definitiva la que se debe aceptar por ajustarse a las exigencias de la ciencia Penal.

\* Núñez, Ricardo C.: *Derecho Penal Argentino*, tomo I, pág. 15.

\*\* Carrara, F.: *Opuscoli*, vol. III, pág. 601-604.

\*\* Carrara, F.: *Ob. cit.*, vol. II, pág. 336.

† Núñez, Ricardo C.: *Ob. cit.*, pág. 15.

† Carrara, F.: *Programa de D. Criminal*, Nº 1080.

† Núñez, Ricardo C.: *Ob. cit.*, pág. 16.

## **Diferencia entre los delitos y las contravenciones**

Aceptada la conclusión que las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones, será menester ahora estudiar estos dos casos. Por ello, pensamos que caben algunas preguntas fundamentales. ¿Qué es delito? ¿Qué es una contravención? ¿Cuál o cuales son las razones para llevar a una u otra categoría los hechos humanos? En otras palabras ¿Qué bienes o intereses son los protegidos por el delito, y cuales por la contravención? En su caso, ¿hay diferencia entre el delito y la contravención? ¿de qué tipo es esa diferencia, si es que la hay?

Adelantamos decir que el tema es delicado y complejo y que no es reciente. Por el contrario, ha sido y es discutido por los autores y podemos decir que aún hoy, no hay pacificación en la doctrina sobre el particular. Con esta advertencia, trataremos de exponer las principales teorías más destacadas, para luego tomar posición por la que creemos, es la que debe pelear sobre las demás.

### **Diversas teorías**

Algunos autores reduciendo el problema a la confrontación de los delitos con las contravenciones o transgresiones de carácter policial (las llamadas entre nosotros faltas), piensan que entre ellas y los delitos no existe una diferencia de naturaleza sino de medida de gravedad de la infracción, la que depende totalmente de la pena impuesta por el legislador. Las contravenciones son, para los que piensan de esta manera, pequeños delitos, y el derecho referente a ellas, lo consideran un derecho penal de "bagatelas". La mayoría de los autores niegan que el delito y la falta tengan distinta naturaleza y sólo admiten una diferencia formal y externa de los hechos en sí. Entre el delito y la contravención, sólo existiría una diferencia de grado.

La otra doctrina —que consideramos la acertada—, representada por la Escuela Toscana y actualmente por Ricardo C. Núñez entre nosotros, advierte que entre delito y contravención existe una diferencia esencial y no simplemente de grado. La distinción para esta tesis tiene un carácter ontológico. La misma apunta a la esencia de los crímenes y no solamente a la mayor o menor gravedad de la pena impuesta por el legislador.

No se puede negar que la vida práctica nos permite advertir notables diferencias en el delito y la contravención. Al delito y al delincuente los tenemos. Los tenemos porque nos pueden dañar de inmediato en nuestro círculo de derechos individuales o sociales. Con la contravención, cuando se tiene la intención de no confundir los campos, nos pasa psicológicamente otra cosa: ella y el contraventor nos molestan. Nos molesta el borracho escandaloso, la casa de juego abierta al público sin control de ninguna

<sup>10</sup> Núñez, Ricardo C.: *Op. cit.*, pág. 19, nota 31.

naturales, el mendigo exigente y, a los que tenemos un concepto razonable de la vida, nos molesta el curandero (13). Pero no sólo de la observación pletórica se llega a establecer la diferencia sustancial entre el delito y la contravención. Esta es sólo una observación que nos suministra la psicología, individual o social. Para el jurista debe existir otra razón que lo lleve a demostrar la existencia de la diversa naturaleza entre estos dos actos. ¿Cuál es entonces el punto de partida en esta cuestión?

Para Carrara, la distinción fundamental reside en el ámbito de los derechos del individuo frente a la órbita de la administración (14). Concebido el delito como un ente jurídico, su objeto es el derecho al cual la ley le ha acordado su tutela mediante una prohibición y una sanción (15). Lo que se protege es el goce de los derechos dentro de los límites de lo justo (16). Esos derechos no son solamente los que corresponden al ciudadano como individuo (derecho a la vida, a la integridad corporal, a su honor, propiedad, etc.), sino también los que le corresponden como integrante del núcleo social, como el derecho que le asiste a la incolumidad del orden público, que no se le perturbe la seguridad de la nación o se oponga contra los poderes públicos ni el orden constitucional, que se proteja la salud de los ciudadanos, o la administración pública a fin que sus funciones se desarrollen con normalidad y corrección, etc. (derechos sociales). Pero se trata de derechos naturales o sociales, el derecho en definitiva no pertenece más que a los individuos. La sociedad no tiene otros derechos que aquellos que nacen del deber que le incumbe de proteger los derechos de los individuos. La sociedad no tiene otros derechos que aquellos que nacen del deber que le incumbe de proteger los derechos de los individuos (18). De lo dicho, resulta claro que los delitos son, desde el punto de vista jurídico, infracciones a la seguridad de los derechos naturales y sociales de los individuos. Sociológicamente, son hechos reprobados por el sentimiento social, porque si a veces no dañan efectivamente, siempre son el resultado del dolo o de la culpa (19). Aquí está el camino verdadero para la distinción entre los delitos y las contravenciones. El delito pone en juego nuestros derechos, la contravención, intereses vinculados a la administración (17). James Goldschmidt, que sigue a la escuela Toscana, advierte que el delito es una violación de la seguridad de nuestros derechos. A la contravención la liga al campo del derecho administrativo. La contravención tiene para Goldschmidt carácter administrativo,

13 Nizkor, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal y Procesal Penal*, pág. 13-15.

14 Carrara de los *Lecciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Instituto de Derecho Penal*, Nº 30, Boletín IV, 1959, pág. 16.

15 Carrara: *Programa*, Nº 42.

16 Carrara: *Programa*, Vol. I, *Prelegaciones*, pág. 17.

17 Carrara, *Programa*, Nº 27.

18 Nizkor, Ob. cit., tomo I, pág. 17.

19 Nizkor, Ricardo C.: *Ibid.*, pág. 18.

porque viola el interés que la administración tiene en que todos los gobernados cooperen con ella en su tarea de protegerlos y ayudarlos para que se desenvuelvan pacíficamente en sus derechos en un ambiente de prosperidad o bienestar social (18). Carochini dice que en donde impera el derecho desaparece la guerra y en su lugar entra el delito (19). La guerra entre los individuos ha pasado a ser un delito y ésta es la invasión del dominio ajeno. Agrega finalmente que se castigan actos que no tienen una naturaleza (20) de verdadera inmoralidad, pero que sin embargo, son, o pueden ser nocivos a la convivencia social, los cuales toman el nombre de contravenciones (21).

En definitiva entonces, no puede ser delito un hecho que no presenta una agresión al derecho ajeno. Para que el autor de un hecho doloso o culposo se le pueda reprochar haber violado malicia o imprudentemente la ley, se requiere que el derecho de alguien, por causa de ese hecho, sufra un daño o un peligro real (22). Si el peligro es simplemente temido o esperado no se podrá decir que haya sido atacada la seguridad de los derechos y el hecho deberá quedar en el campo de los actos preparatorios del delito, aunque, por otro lado, pueda penetrar en el ámbito de las contravenciones a la actividad preservadora o policial de la administración (23).

Nuestra seguridad jurídica comienza y termina en el ámbito de nuestros derechos individuales y sociales, los cuales representan la única forma de protección social que tenemos nosotros en el campo jurídico. Donde no hay un derecho, no hay un interés penalmente protegido. El derecho penal que protege con sus sanciones otra cosa que nuestros derechos, es injusto porque carece de sustancia jurídica real y causa alarma sin beneficio alguno para los gobernados (24).

La contravención es algo distinto. Mira hacia la administración como sujeto interesado en que los derechos individuales y sociales se realicen en orden, seguridad, salubridad, cultura, decoro, etc., y se mueve en consecuencia en el ámbito de la vida social jurídica de cada localidad, y se emplea a las características de ella en cada tiempo y lugar. La acción contravencional se desenvuelve, refiriéndose a la protección de la propiedad, actuando: a) sobre posibles delincuentes (malvivientes, vagos sospechosos, etc.); b) sobre los medios o instrumentos delictivos: fabricación o posesión injustificada de instrumentos o medios delictivos; y c) sobre las causas incitadoras de la

18 Núñez, Ricardo C.: *Temas...*, pág. 19.

19 Carochini, F.: *Cómo nace el Derecho*, pág. 33-34.

20 El sobrepago es suero.

21 Carochini, Ob. cit., pág. 38.

22 Carras, Opusculi, Vol. II, pág. 104.

23 Núñez, Ricardo C.: Ob. cit., tomo I, pág. 17.

24 Núñez, Ricardo C.: *Temas...*, pág. 20.

delincuencia: omisión de los medios de contralor en las casa de compra venta y empeño de objetos.

Cuando se castiga a un *petateo* o un *malviviente* con un simple arresto o una multa, se pierde la verdadera miles jurídica si, para criticar la benignidad de la sanción, ese individuo es mirado como ladrón o homicida y se lo vea como tal. Ese tema está bajo el resguardo de la sanción delictiva reservada para el ladrón y el homicida. Pero mientras el *petateo* y el *malviviente* no hayan caído en el delito, también se puede pensar que no incurrirán en él y si se lo castiga como delincuente se corre el riesgo de adelantar la pena y castigar simples conductas que no caen ni siquiera en la esfera de los actos preparatorios del delito (<sup>14</sup>).

La proyección a través de los delitos es una función penal, la que se opera por medio de los contravenciones es una función de buen gobierno (<sup>15</sup>). La función de buen gobierno puede estar determinada por la utilidad o por la necesidad. Ella sanciona a veces hechos inocuos. La función penal presupone siempre una intención reprochable. Vale decir, un hecho que sea moralmente imparable a su autor a título de dolo o culpa. Se castiga al infractor por su intención malvada. En la transgresión se buscará inculcamente el dolo o la perversidad de la intención: lo mismo en lo que respecta al grado de imprudencia. Basta el hecho para que el sujeto se haga pasible de la pena. (<sup>16</sup>).

La punibilidad de las contravenciones se apoya jurídicamente de manera exclusiva en el punto de vista objetivo de la oposición a la acción a la regularidad usual de la actividad administrativa del más digno orden (<sup>17</sup>).

Estamos en condiciones aquí de llegar a algunas conclusiones, las que nos permitirán luego desarrollar otros tópicos referidos concretamente a nuestro país. Las mismas son:

- 1º) La existencia de dos entes que son: El delito y la contravención.
- 2º) Que existe una diferencia entre el delito y la contravención.
- 3º) Que esa diferencia es sustancial, y no simplemente de grado.

### **Funciones legislativo**

Refiriéndonos concretamente a las contravenciones, es dado observar que en la legislación que ha tenido vigencia en nuestro país, se han sancionado hechos a los que hoy les llamamos contravenciones. Es interesante cómo, desde la época de la Colonia, los diferentes cuerpos legales han contenido prohibi-

<sup>14</sup> Núñez, Ricardo C.: *Idea*, pág. 21-22.

<sup>15</sup> Carrara, *Feltranesa*, Prolegómenos, pág. 17.

<sup>16</sup> Carrara, *Opuscoli*, vol. II, pág. 346.

<sup>17</sup>Núñez, Ricardo C.: *Ob. cit.*, tomo I, nota 67, pág. 23.

ciones expresas bajo pena de castigos a veces sumamente rudos. Queremos resaltar que en las leyes de la colonia, y en los decretos o bandos dictados por los gobiernos patrios, ni siquiera aparece la tripartición en crímenes, delitos o contravenciones. Las acciones que hoy reciben el nombre de delitos o contravenciones, imponían a la ley represiva sin ninguna calificación y, a veces nos encontramos con que la misma autoridad, y en una misma ley, castiga, sea en forma equivalente o proporcionada, dos acciones que por naturaleza, hoy reciben el nombre de delitos o contravenciones. Eso es explicable si se tiene en cuenta la época en que tales disposiciones fueron elaboradas. Solamente nos referimos a las disposiciones de:

*Nueva Recopilación*, Libro 8 Título III: castigaba a los herejes, reconciliados, adivinos, hechiceros y agoreros.

*Leyes de Partida*: Solamente se encuentran algunas disposiciones aisladas, las que, en general, concuerdan con las previstas por la *Recopilación*.

Durante la Colonia, los gobernadores dictaron bandos, ordenanzas y decretos, de los cuales encontramos uno dictado en 1598 por el Gobernador Hernando Arias. En él se reprime a quienes se embriagaban bebiendo vino demasiado, haciendo juerga y corrillos en casas de la ciudad y chacras, sentándose por costumbre. El bando condenaba los infractores al destierro perpetuo, y al que se hallare ebrio en la calle, a que lo subieran a un caballo flaco, las manos atadas y los pies también atados y desahado de la cintura para arriba y le dieran doscientos azotes por las calles de la ciudad con voz de peregonero, manifestando su deshonra para que sea pública su infamia (28). Otro bando fecha 20 de setiembre de 1770, castigaba a los que usaran armas prohibidas (29).

### Derecho patrio

En la legislación que los gobiernos de la revolución dictaron, encontramos un decreto de fecha 6 de noviembre de 1811, el que se hace mención de los que componen o tomanen a empeño vestuario de los soldados. El edicto expresa que siendo repetidos los hechos que se advierten en las pulperías y casas de abasto, relativos a comprar y recibir empujadas las prendas de vestuario de los soldados de la guarnición, sin que hayan pasado a conocerlos las ordenanzas expedidas sobre el particular, y a fin de hacer cesar el perjudicial abuso, se hace saber al pulpero que, en caso de recibir en compra o empeño alguna prenda de la ganse de tropa, se le exigirán doscientos pesos de multa y se le peñara de tener casa de arca, condenándolo por su vez y en equidad, a cien pesos de multa.

<sup>28</sup> Méromo, Rodolfo (h.): *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo I, p. 31.

<sup>29</sup> Méromo Rodolfo (h.): *Op. cit.*, pág. 31.

Con fecha 11 de marzo de 1812, se dicta un bando que castiga el juego y el uso de armas prohibidas.

El Gobernador Intendente de la Ciudad de Buenos Aires, dictó un bando sobre policía de campaña que contiene una serie de disposiciones sobre vagancia. El Director Pueyrredón, con fecha 19 de agosto de 1816, dictó un bando referente a los juegos perjudiciales que con tanto escándalo se suscitaban en la ciudad en detrimento de *la moralidad pública, de la tranquilidad y reposo de las familias y de la regularidad de las fortunas particulares* (81), y deseando vivamente ocurrir al extirpamiento de este pernicioso principio de tantos excesos y vicios por el cual se degradan los ciudadanos hasta perder el honor y manchar el brillo de sus peculiares carreras confundiendo los con la gente perdida. A renglón seguido, se establecen las penalidades. Las mismas están dirigidas a los particulares que se encontrasen jugando. Si éstos fueren pedientes, la pena es la de multa, si no, la de servicio en el ejército. A los jugadores profesionales se les destinará al ejército, y a los millaneros se los reprenderá seriamente y se tendrá presente el hecho a los efectos del ascenso. Además se les aplicará arresto y privación de empleo (82).

El Brigadier Rondeau, en julio de 1818, en su carácter de gobernador Intendente de la Provincia de Buenos Aires, dictó un extenso bando sobre policía, el que comienza una serie de disposiciones que castigan diversas faltas. Dicho bando tiene 48 artículos en los que se tratan sobre juegos, armas, vagancia etc., la ley de 1811, dictada bajo el gobierno de Martín Rodríguez, prohibió el uso de armas y señaló las penas excepcionales para el uso de las mismas (83). El 19 de abril de 1822, firmado por el gobernador Rodríguez y su ministro Rivadavia, se dictó un decreto contra los vagos. La pena era para éstos la de servicio militar o en su defecto, la de trabajos públicos (84). En los considerandos de este decreto, se hace mención a la moral pública que se ve afectada por los vagos que son una carga para la sociedad. Otro decreto del mismo gobierno de fecha 11 de junio de 1822, reprimió energicamente la charriada (85).

La ley del 17 de diciembre de 1823, dispuso que se destinase al ejército permanente los individuos comprendidos en las siguientes clasificaciones: 1) Todos los ociosos sin ocupación en labranza u otro ejercicio útil. 2) Los que en día de labor, y con frecuencia, se encontrasen en casa de juego, tabernas, carreras y diversiones de igual clase.

En 1826, Rivadavia, por decreto, y considerando cuanto importa perseguir en el país el vicio funesto del juego, declara restablecidas las dispo-

81 El subrayado es nuestro.

82 Recopilación de Bando y Rejas, tomo I, pág. 342.

83 Recopilación ciudad, tomo II, pág. 33.

84 Recopilación ciudad, tomo II, pág. 296.

85 Recopilación ciudad, tomo cit., pág. 311.



siones que prohíben los juegos de azar y se fija, en ese decreto, la penalidad que deben sufrir los contraventores (26). Finalmente, en el gobierno de Rosas, en el año 1844, se dictó un decreto que prohibió el juego de canasta como una dañosa costumbre. La sanción con que se castigaba a los infractores, era de tres años en los trabajos públicos del estado (27).

... Desde luego, que en este cuadro comparativo, no hemos anotado todas las disposiciones penales referentes a las contravenciones modernas, dado que sería demasiado extenso enumerarlas. Pero del análisis breve, se puede apreciar, especialmente, que algunas acciones, que, hoy, merecen la categoría de contravenciones y que, por lo tanto deben ser incluidas en los códigos de faltas, estaban reprimidas en las antiguas leyes españolas y en las disposiciones que los gobiernos patrios dictaron en uso de sus facultades. Así por ejemplo, encontramos que la vagancia, el juego, el empuje, la ebriedad, la portación de armas, etc., han sido señalados en cuenta a los fines de prevenirlas como hechos que atentan a la moralidad, la seguridad o la prosperidad pública. Nótese que en aquella época, la ciencia penal estaba en sus comienzos y era rudimentaria. Sin embargo, posiblemente por intuición, en el decreto de Martín Rodríguez, de fecha 19 de abril de 1822, en sus considerandos, se hace mención a la *moralidad pública que se ve afectada por los vicios que son sus cargas para la sociedad*. De manera entonces, es dable apreciar, que las faltas, llamadas así por el derecho penal, estaban, algunas de ellas, contenidas en las leyes argentinas en el primer período de la emancipación. Es claro que la sistematización de esas disposiciones no obedeció a una estructura lógica como lo aconseja la ciencia moderna, pero lo cierto es que algunas de ellas deben reproducirse en los Códigos de faltas con las exigencias de nuestro tiempo. El sentido de la moralidad pública no ha cambiado en su esencia y sigue siendo igual desde la época de la colonia hasta nuestros días. No sería posible decir, que, como esas leyes, o las anteriores a ellas, eran inhumanas, no pudieran ser reproducidas sus disposiciones. Si los tiempos han cambiado, y las leyes se han humanizado, esto no quiere decir que los intereses protegidos sean distintos. Si hace un siglo y medio o dos siglos, la vida era objeto de protección penal, a igual que la seguridad, la o la tranquilidad, con mayor razón hoy, esos mismos intereses deben seguir siendo protegidos. Lo que cambia en estos casos es la pena. La pena se humaniza. La pena es lo consuetudinario, lo cambiante, lo mutable.

## Proyectos y códigos argentinos

### 1) El Código de Tejedor:

Este cuerpo legal establecía que las infracciones a la ley penal son de dos clases: unas más graves que se llaman crímenes; otras menos graves que se dividen en delitos y contravenciones.

<sup>26</sup> Recopilación citada, tomo III, pág. 148.

<sup>27</sup> Recopilación citada, tomo IV, pág. 378.

En la nota explicativa, Tejedor hace referencia a la división aceptada por el Código Francés, señalando la virtud de la división, en cuanto a la competencia de los Tribunales. Más adelante el proyecto se refiere al tipo de penas para cada infracción. Así, tenemos: se consideran delitos graves o crímenes aquellos que la ley castiga con penas aflictivas; delitos menos graves, o simplemente delitos, los que están reprimidos con penas correccionales; son contravenciones, las faltas a que la ley señala penas de policía.

En la misma nota, el codificador hace mención y referencia a los Códigos Francés, Belga, de Baviera, Holanda, Cerdeña, Prusia, Nápoles, etc., y entre los americanos, a los de Bolivia y Perú, los cuales —dice— han aceptado este sistema de división de las infracciones penales.

En el artículo 4º establece que las disposiciones del mismo, no corresponden a las contravenciones de policía. Con respecto a esta disposición, la nota dice: si es cierto que la justicia y la policía deben unirse para afirmar la seguridad común del estado y para presionar manos y continos socorros, no es menos cierto que, bajo el punto de vista de su objeto particular, son dos instituciones profundamente diferentes.

Hay actos ilícitos que perturban directamente el orden exterior del estado; que encierran un ataque a los derechos del estado o de los particulares, o que, según el carácter extrínseco y la intención del agente, tienden a la realización de ataques de esta naturaleza o a la violación de derechos análogos. Pero hay actos que si encierran directamente la violación de un derecho, no son, sin embargo, indiferentes al legislador a causa de sus consecuencias desagradables para el orden público o de su influencia directa sobre la seguridad, la moralidad y el bienestar del estado; por lo que deben ser sancionados o prohibidos con una pena. Los actos de la primera especie son ilícitos por motivos de justicia absoluta; lo son en todo tiempo y en todos los lugares; su prohibición está escrita en caracteres indelebles en el corazón de todo hombre racional. Los actos de la segunda son muchas veces considerados en sí mismos indiferentes para el derecho, que sólo los prohíbe por motivos de utilidad relativa, y dependen de los tiempos, de las circunstancias, del carácter y de las costumbres de las naciones como de las instituciones particulares, y otras circunstancias accidentales.

Los actos ilícitos de la primera especie, por lo mismo que ofenden directamente un derecho, forman el objeto del Poder Judicial, mientras que las acciones u omisiones de la segunda, pertenecen al dominio de la policía. Esta diferencia, sacada de la *esencia* <sup>(1)</sup> misma de los actos en cuestión, debe manifestarse en la naturaleza de las penas, en sus consecuencias legales, en el procedimiento etc.

<sup>(1)</sup> El subrayado es nuestro.

## 2) El proyecto de Villegas, Ugarriza y García:

El proyecto se aparta del de Tejadao, y en el art. 1.º inc. 2.º establece que el Código no se aplicará por contravenciones a las disposiciones de policía, municipales o de los gobiernos locales.

En la nota explicada, la comisión establecía que ha suprimido la división entre crímenes delictos y contravenciones, reuniéndose en la clasificación genérica de los delitos. El informe agrega que si bien la distinción que formulan los Códigos de Baviera, Francia Paises Bajos y Alemania, tomando como base la gravedad de la pena, ha sido seguida por el moderno Código de Bélgica, no es menos cierto que esa clasificación tripartita, ha sido duramente combatida en Alemania por varios criminalistas distinguidos y en Francia especialmente por Rossi en su tratado de derecho penal.

La comisión ha creído que había que deshechar esa clasificación adoptada en el proyecto de Tejadao, desde que ella en nada contribuía a la clasificación metódica, ni a la claridad de la exposición de las materias; por el contrario, introducía confusión y daba lugar a incertidumbre. Más adelante, en su última parte, el informe de la misma comisión dice: Entre las infracciones de que no se ocupa este Código, a más de las enumeradas en el Proyecto primitivo, se han comprendido los actos *administrativos* (29) de provincia que representan su autonomía y las ordenanzas municipales, porque como los actos de policía, la facultad de prescribir el cumplimiento o abstención de determinados actos importa el derecho de imponer la responsabilidad que asegura el cumplimiento del mandato.

## 3) El proyecto de 1891:

El Código Penal de 1866, no se ocupó de las contravenciones, como así tampoco el proyecto que terminamos de examinar. Pero el proyecto de 1891, en el art. 1.º establecía que el mismo se aplicará a los delitos y faltas.

En la exposición de motivos, se dice: Las infracciones de las leyes y disposiciones locales de las provincias, municipios y territorios federales, que no tuvieran pena señalada en este Código, serán reprimidas como faltas, con las penas que en ellas mismas se determinen, siempre que no imponen multa mayor de mil pesos nacionales, ni se establezca otra inhabilitación que la de ejercer cargos públicos locales o profesionales dentro de la jurisdicción territorial, ni se restrinja la libertad de locomoción, sino en caso de falta de pago de la multa.

El libro tercero del proyecto, legala sobre las faltas en particular, y se divide en seis títulos. Es interesante transcribir algunos párrafos de la comisión en la exposición de motivos. Entre otras cosas dice: la potestad

<sup>29</sup> El subsepto es nuestro.

de legislar, implica la de hacer efectiva con sanciones penales ciertas disposiciones legales para cuyo cumplimiento no hay otro medio coercitivo. Si las provincias tienen tal potestad dentro de los límites de su soberanía respectiva, y el Congreso la de dictar el Código Penal, esto es, la de ser la única fuente legítima de autoridad de imposición de penas, la potestad de aquellas quedaría reducida a algo como a una jurisdicción *sin imperium*, que importaría la anulación de su *relativa soberanía* (40). Más adelante, el informe consigna: Que la comisión piensa que lo prudente en este asunto es *fixar el límite de represión de que harán uso las provincias* (41). Las transgresiones que imponen un delito o falta en todas partes, que lo mismo afectaban los derechos del individuo y el interés de la sociedad si se cometían en un punto, que si se realizaban en otro, esasán previstas en el Código Penal y no podrá ingerirse en ellas la legislación provincial. Las que sólo afectan intereses inmediatos y directos de una localidad particular, siendo a las demás indiferentes que creó previstas o no, no forman en el cuerpo del Código Penal; *pero como la imposición de penas de cierta entidad es un hecho que afecta a la comunidad entera, el Código fijará el máximo de la penalidad que debe adoptarse* (42).

#### 4) El proyecto de 1906:

Este proyecto adoptó el mismo sistema que el anterior, pero sin contener un artículo que fijase límites al derecho de las provincias para pensar las faltas. En el art. 1°, se establece que la ley se ocupa de los delitos y de las faltas. En la exposición de motivos dice a este respecto: La comisión piensa que *si el Congreso tiene por la Constitución la facultad de dictar el Código Penal para toda la Nación, en dicha facultad está forzosamente comprendida la autoridad necesaria para incluir en ese Código todos los actos o omisiones que en cualquier parte del territorio de la Nación se consideren ilícitos y merecedores de pena* (43). Más adelante el mismo informe establece: Es evidente que las autonomías provinciales no sufren concretamente alguno porque el Congreso legisla sobre faltas de carácter penal.

Dijo Rodolfo Moreno (h.): Cuando presenté a la Cámara de diputados el proyecto de 1906 como base de la encuesta, suprimí del art. 1 las palabras "y de las faltas cometidas", entendiéndolo la vigencia del Código nada más que a los delitos (44). El libro tercero por lo tanto, que trataba de aquellas infracciones fue suprimido. Agrega este autor, que en los fundamentos y después de transcribir la parte de la exposición de motivos, el proyecto de 1906 decía en lo referente a faltas: "Como puede notarse por

40 El subrayado es nuestro.

41 El subrayado es nuestro.

42 El subrayado es nuestro.

43 Moreno Rodolfo (h.): Ob. cit., pág. 196.

estas palabras, la comisión de 1906 se hizo cargo de la dificultad que presentaría para la sanción del proyecto la inclusión de un libro sobre faltas, y para que eso no hiciera fracasar el conjunto de aquél, se redactó el libro referido con independencia completa del Código". Eso solo probaría que los autores de aquel proyecto no estaban o no estaban completamente persuadidos de la bondad del sistema que propiciaban.

A continuación, transcribiremos párrafos de la Comisión especial de legislación Penal y Carcelaria en relación a este proyecto. Hemos creído oportuno —dice— suprimir el libro sobre faltas, de acuerdo con las ideas sostenidas por el diputado que presentó el proyecto. Diferentes razones han pesado para eso en el ánimo de los miembros de esta comisión. Desde luego, cuando no hay motivos fundados para variar una costumbre, esta puede invocarse con fuerza análoga a la de un artículo de ley. Y ese sería el caso con respecto a la legislación sobre faltas. *Nunca, desde la organización nacional, el Congreso ha legislado sobre esa materia con carácter general. Ella se ha dejado a los gobiernos de provincia, y en todas éstas se han dictado leyes diversas a cerca de tales infracciones* (45). El Congreso ricativamente ha aceptado esta doctrina porque *ha dictado leyes creando y castigando faltas, pero como legislación local para la Capital de la República y territorios nacionales* (46).

### El Problema Legislativo en nuestro país

Como anteriormente hemos visto, el proyecto de 1891 establecía que era de competencia del Congreso de la Nación, legislar sobre delitos y contravenciones. El proyecto de 1917, si bien dejaba a las provincias la facultad de legislar sobre faltas, imponía un límite más allá del cual, éstas no podían imponer penas. El Código Penal que actualmente nos rige nada establece al respecto y sólo se ocupa de los delitos. Pero según la jurisprudencia de la Corte, el Congreso puede calificar como delito cualquier hecho siempre que considere que existe un interés general o nacional para castigarlo como tal.

Como se advierte, no ha existido y aún hoy no existe, un criterio preciso que permita la diferenciación entre el delito y la contravención, trayendo aparejada como lógica consecuencia, una invasión constante en los campos legislativos Nacional y Provincial.

El problema no se presenta en los países que adoptan la forma unitaria de gobierno, pero en aquellos, que como el nuestro, tienen régimen federal, el asunto es —a nuestro juicio— de una importancia fundamental por dos razones: asegurar el normal funcionamiento del sistema mismo y lograr una verdadera autonomía de las provincias entre sí y en función del gobierno nacional.

<sup>45</sup> El subrayado es nuestro.

¿Qué ha pasado en nuestro país? La respuesta es clara. Siempre, por uno u otro motivo se le ha desconocido a las provincias la propia facultad de legislar sobre contravenciones. Ese descuido que a veces se ha manifestado en proyectos, leyes o jurisprudencia, ha tenido como lógica consecuencia, que las provincias, a su vez, legislaran sobre materias que, por expresa delegación constitucional son atribución del Congreso. Vale decir, que en este estado de cosas, el problema en vez de simplificarse, se complica aún más, porque la realidad es la siguiente: El Congreso Nacional legisla sobre los delitos y sobre las contravenciones y a su vez, las provincias siguen el mismo sistema. Es decir, promulgan o sancionan leyes sobre delitos y sobre las contravenciones. Esta afirmación, que a primera vista parece imposible, no tarda en ser una verdadera realidad si consideramos que en la práctica legislativa, la facultad provincial queda reducida a una facultad remanente, residual, que recibe lo que el Congreso deja a su disposición, al no haber elevado a la categoría de delitos los hechos sobre los cuales se ejerce la facultad provincial. El Congreso tiene sobre esa facultad, con arreglo a esa idea, un poder absoluto de gobierno. De él depende lo que en definitiva puede ser una contravención.

Pero la tesis también produce un efecto opuesto; conduce en definitiva, a lesionar los propios fueros del congreso en materia delictiva; y este ha sido uno de sus efectos prácticos en nuestra legislación. Basta que el Congreso no califique un hecho como delito, para que las provincias puedan castigarlo como contravención (46).

Por eso decimos que el problema es doble. Si el Congreso ha legislado y elevado a la categoría de delitos, hechos que por esencia son contravenciones, las provincias, a su vez han tomado hechos y lo han calificado como contravenciones, cuando esos hechos deben quedar, por naturaleza, reservados al tratamiento que el Congreso les dé. Siguiendo en este análisis, también se llega a otra conclusión más grave que es: La prohibición de llevar armas de libertad dejadas por el Código Penal. Y esto es lo que precisamente se ha hecho en nuestro país. Las provincias reprimen hechos no regulados por el Congreso de la Nación, siendo por lo tanto desconocida la garantía constitucional de que todo aquello que no está prohibido está permitido (47).

Bastemos citar como ejemplo de esta anomalía legislativa-institucional, las siguientes normas contenidas en diferentes Códigos de Faltas y en el mismo Código Penal.

*Código de Faltas de Catamarca de 1933 art. 72. Castiga al que se entregare a vías de hecho contra otro sin causarle lesiones o causándole lesiones que caren espontáneamente o por simple negligencia ligéramente en término no mayor de tres días y siempre que no se hubiera usado un arma.*

46 El subroto es nuestro.

47 Néstor Ricardo C.: *Temas ...*, pág. 23-26.

48 Constitución Nacional, artículo 19.

*Anteproyecto de Código de Faltas para la Provincia de Córdoba de Recera Oliva - Spina - Gardón Ferrero de 1947* Art. 84: El que se apoderase ilegítimamente, en provecho o de otra persona, de energía eléctrica, será castigado con arresto hasta tres meses o con multa hasta \$ 600. Art. 85: El que sacare ilícitamente de reperta, estanque u otro depósito, río, arroyo, fuentón, canal o acueducto o lo sacare en mayor cantidad de aquella a la cual tuviera derecho, será castigado con arresto hasta tres meses o con multa hasta \$ 600. En la fuerza de este art., se cita al Código Penal Argentino art. 182 incs. 1, 2 y 3 en donde se exige además el propósito de causar perjuicio a otro.

Ricardo Núñez <sup>(48)</sup>, comentando el derogado Código de Faltas para Córdoba, dice al respecto: "el artículo de este Código, sancionado por decreto del Poder Ejecutivo castiga como contraventor contra la propiedad a quien cometiese el mismo hecho calificado como usurpación por el artículo 182 inc. 1 del Código Penal, con tal que lo haga sin el propósito de causar perjuicio. Esto equivale —dice—, no sólo a entrar indebidamente al campo delictivo, sino, lo que es más grave, a llenar desenfadadamente los vacíos dejados de manera expresa por el legislador penal, que, para castigar requiere que el hecho se ejecute con el propósito de causar perjuicio".

Art. 87: Al que consumiere bebida o alimento que deba pagar inmediatamente, en establecimiento dedicado a ese comercio, o se hiciere prestar un servicio y no abonare su deuda al ser requerido para ello..."

*Código de Policía de la Provincia de La Rioja de 1954:* Art. 220: Se impondrá hasta 30 días de arresto, el que acose al poder de una mujer o de un niño por medio de palabras, gestos o vías de hecho o actos deshonrosos... Art. 230: Sufrirán hasta 20 días de arresto:

1°) Los que cometieren actos de crueldad con un animal sin necesidad.

2°) Los que efectúen cinchadas de caballos, corridas de toros, rifas de gallos y luchas a muerte entre animales o contra éstos.

Pero no sólo en los Códigos de Faltas provinciales encontramos hechos que no pueden ser previstos como contravenciones. El propio Código Penal prevé como delito, un hecho que por naturaleza es una contravención. La invasión de los poderes provinciales se pone de manifiesto en el art. 208 que castiga el ejercicio ilegal de la medicina. Este es un hecho típicamente contravencional que arbitrariamente ha sido elevado a la categoría de delito por el legislador Nacional. A este respecto, dice Ricardo C. Núñez <sup>(49)</sup>: "El ejercicio ilegal de la medicina es esencialmente una contravención. En su simple ir más allá de la ley, una simple contrariedad a la ley reglamentaría del ejercicio de la medicina. Por otra parte, si la calidad delictiva

<sup>48</sup> Ricardo C. Núñez: *Temas...*, pág. 33.

<sup>49</sup> Ídem, pág. 33.

de esa infracción se quiere encontrar en la posibilidad de un daño para la salud, también resulta errada la posición del Código Penal. No es un daño efectivo para la salud, por lo tanto no hay caso desde este punto de vista para declararla delito. La infracción no es otra cosa que una acción preventiva tendiente de manera inmediata a ordenar y custodiar la profesión médica y solo mediatamente a proteger la salud.

Este hecho que entre nosotros es un delito, se encontraba previsto como contravención en el Reglamento de Policía Toscana de 1833 (art. 146). Comenzando la disposición, Carrara dice que el ejercicio de profesiones relativas al arte de curar será delictivo sólo si se ha producido un daño, en cuyo caso se tratará de una lesión culposa, o cuando lo empleen como medio para sacar dinero a los ilusos (fraude) (22).

Es necesario —a nuestro juicio—, realizar un esfuerzo para rectificar los errores legislativos-jurisprudenciales que se han cometido en nuestro país. Para ello, habrá que comenzar por tener en cuenta, por sobre todas las cosas, la diferencia sustancial que existe entre el delito y la contravención. Una vez lograda esta idea, será menester ajustarse estrictamente a las disposiciones constitucionales sobre delegación de facultades por parte de las provincias al Gobierno Federal y el respeto por parte de éste a la autonomía provinciales, o sea a las provincias mismas que forman la Nación.

22. *Cuadernos de las Institutas*, cit., pág. 32.



## SEGURO SOCIAL DE PARO FORZOSO, DESOCUPACION O DESEMPLEO E INDEMNIZACION POR DESPIDO

POR DR. JUAN JOSÉ ETALA

### El problema y sus causas generales

El problema de la desocupación, paro forzoso o desempleo de grandes masas de trabajadores, está íntimamente ligado a las transformaciones económicas y sociales del mundo.

La revolución industrial que comenzó a fines del siglo XVIII y principios del XIX y que ha alcanzado su apogeo en el siglo en que vivimos, provoca la creación, en Europa primero, en Estados Unidos después, luego en Rusia y hasta en el Japón, de grandes centros de gravedad en la economía mundial. La revolución demográfica, con el descenso de la mortalidad sin descenso de la natalidad, el progreso de la medicina con la rebaja de la tasa de mortalidad, etc., ha provocado un crecimiento sin precedentes de la población del mundo, con una sensible prolongación del promedio de vida del hombre y el envejecimiento de la población. Por último, las crisis económicas o períodos de desequilibrio que afectan los niveles de producción y de consumo, vinculadas a los factores enumerados anteriormente, provocan fluctuaciones en la ocupación de mano de obra que conducen a la existencia más o menos aguda de grandes masas de desocupados involuntarios<sup>(1)</sup>.

### Su importancia

El problema de la desocupación tal vez sea hoy día el que más preocupa a los gobiernos, a los trabajadores y a la sociedad entera, por tratarse de "la dolencia social más peligrosa y perjudicial" y una de las causas principales de carácter social que han contribuido a perturbar la paz y el orden internacionales. "Es una llaga abierta en la economía social contemporánea, asociando vivas inquietudes y creando serios peligros"<sup>(2)</sup>. Cada uno de los

<sup>1</sup> León Bageot: *Organización actual de la economía*. Ed. Troquel, Bs. As. 1961.

<sup>2</sup> Bouilla-Morel, pág. 195. Guano Ribeiro, pág. 437. García Oviedo, pág. 704.

otros siete grandes riesgos a que este libro se refiere, ha dicho Aasar, es un lobo feroz que amenaza al hombre y su familia, pero el paco no es un lobo, sino una persona que lo acosa (\*).

### Concepto

Desocupación, desempleo o paco forzoso, es la falta involuntaria de empleo conveniente que sufre una persona que gana normalmente su vida como asalariado, estando en condiciones de capacidad para el trabajo y dispuesto a aceptar un empleo en condiciones normales.

Esta definición del riesgo o contingencia social que venimos examinando, cobró forma en la legislación británica, desempeñando el mismo papel que la definición de invalidez dada por la legislación alemana, ya que sus elementos esenciales fueron incorporados por la Organización Internacional del Trabajo a su Convenio sobre Desempleo de 1934 y a las Recomendaciones sobre la Seguridad de los Medios de Vida y al Convenio sobre Norma Mínima de Seguridad Social (\*).

No todo obrero o empleado sin trabajo es un desocupado a los efectos contemplados en el paco forzoso. El asalariado puede estar voluntariamente sin trabajo ya sea por ejercer el derecho de huelga o por ser simplemente un vaga o haya dejado su empleo para buscar otro mejor, o haya sido despedido por su culpa. En estos casos no corresponde la aplicación de las normas sobre amparo a la desocupación a que luego nos referiremos, sino según corresponda, los instrumentos o institutos que deben intervenir para solucionar los conflictos colectivos de trabajo, o las medidas policiales o sociales para corregir la vagancia, o la individual responsabilidad de quien actúa de modo tal que provoque su despido o busque mejor ocupación sin concentrarla, salvo que la empresa se haya trasladado a un lugar demasiado alejado de la casa del trabajador.

A su vez, el asalariado puede estar involuntariamente sin trabajo, pero por razones de imposibilidad física, como son la vejez, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, etc., en cuyos casos resultan de aplicación otras instituciones de la seguridad social, que amparan cada una de las contingencias sociales enumeradas, como jubilaciones, indemnizaciones, asistencia médica, pensiones, u otras prestaciones previas.

Pero cuando el asalariado está involuntariamente sin trabajo, sin ser responsable de la situación creada, estando plenamente capacitado para trabajar, sin encontrar ocupación que voluntariamente busque, nos encontramos frente al riesgo o contingencia de paco forzoso.

\* Aasar, *Svevico*, pág. 109.

\* O. I. T. *Manual de Seguridad Social*, pág. 94.

## **Empleo conveniente<sup>5</sup>**

Ha sido objeto de especiales estudios la determinación de lo que debe entenderse por "empleo conveniente", aceptable por el desempleado, para dar por terminada su situación de paro forzoso.

Así, se ha determinado por la doctrina, congresos internacionales y algunas legislaciones, que no es conveniente un empleo ofrecido en una empresa cuyo personal está en estado de huelga; o el ofrecimiento de un empleo con un salario inferior al que corresponde según los convenios colectivos o usos y costumbres locales; o un empleo que implique cambio de la calificación profesional; o cuando el trabajo deba realizarse en lugares alejados al de la residencia del obrero o empleado o si compromete la salud o la moralidad del trabajador (<sup>6</sup>).

En general, un empleo es "conveniente" si corresponde a las calificaciones profesionales y a la capacidad física del individuo y si el respectivo salario no es inferior a ese tipo de empleo, aunque, en caso de que no se vea que haya probabilidad de que se produzca dentro de cierto plazo una vacante en la profesión anterior, puede considerarse conveniente un empleo de otro género o de menor categoría (<sup>7</sup>).

## **Clasificación del paro forzoso**

El paro puede ser: 1) normal y 2) propiamente dicho.

El paro normal es el ocasionado por interrupciones momentáneas surgidas de razones climáticas, como las lluvias, frío, nieve, o razones de imposibilidad de funcionamiento de la empresa por instalación de nuevas maquinarias o reparación de las existentes por incendio, explosión, deslave, mal funcionamiento, etc. También puede incluirse entre el paro normal, el paro estacional, derivado de tareas que se desarrollan en determinadas épocas del año.

El paro propiamente dicho que es el que realmente nos interesa y que se ha definido y caracterizado más arriba, a su vez, puede clasificarse en función de la causa que le da origen: a) paro estructural o friccional; b) paro masivo, generalizado o cíclico; c) paro estacional y d) sub-empleo.

- a) El paro estructural o friccional, resulta de modificaciones de orden técnico en la producción o de fluctuaciones en la demanda de ciertos bienes o servicios. Es la resultante de la adaptación continua que sufren las economías a la evolución de las condiciones de la demanda y de la oferta, provocando cambios de estructuras de la mano de obra y del nivel del empleo, especialmente, desplazamientos de un sector a otro. Ello es normal en una economía sujeta a

<sup>5</sup> Beaulé Marie, pág. 198.

<sup>6</sup> O. I. T., Manual de Seguridad Social, pág. 94.

transformaciones técnicas derivadas de nuevas máquinas e inventos y al espíritu de empresa de la vida industrial. Se producen reducciones o contracciones del empleo por el desplazamiento de la producción a otros sectores de la industria o a nuevas industrias que conquistan los mercados con mengua de las existentes. Claro es que en otro aspecto se crean nuevas fuentes de trabajo, pero a las que no concurren los que ya estaban cumpliendo sus tareas en industrias desplazadas, aunque, luego, por la expansión o desarrollo u otras razones, puedan concurrir (\*). Por lo tanto, "es un desequilibrio permanente entre el número de brazos disponibles y las posibilidades de utilizarlos", como dice Devèsil.

- b) El paro masivo, generalizado o cíclico, provocado por las grandes crisis periódicas es la forma más grave de desocupación, que deriva de la reducción del volumen total de la demanda de artículos producidos y en la que una parte importante de la mano de obra disponible de un país, se encuentra sin trabajo con riesgo de permanecer largo tiempo sin empleo (\*\*).
- c) El paro estacional deriva de fluctuaciones en la demanda de ciertos artículos o servicios en determinadas épocas del año o que el proceso de producción de ciertas ramas de la economía está ligada a determinadas estaciones o épocas del año, como ocurre con la agricultura, pesca, industria hoolera en lugares de verano, etc. Este paro estacional, es inherente al llamado "trabajo de temporada".
- d) También suele considerarse al sub-empleo como una cuarta categoría de paro, consistente en la percepción de ingresos inferiores a las posibilidades de trabajo que la mano de obra sería capaz de suministrar normalmente. Es el caso de un empleo a tiempo parcial o cierre temporario del establecimiento, reducción de las horas de trabajo, utilización de trabajadores en empleos caracterizados por su baja productividad, etc. En todos estos casos de sub-empleo, las relaciones de trabajo se mantienen entre el empleador y el asal-

\* Fousser et Durand, *Sécurité Sociale*, pág. 467. Esos autores distinguen el paro "funcional" del paro "estructural", atribuido al primero a falta de movilidad geográfica y profesional de la mano de obra, en cuyo caso los obreros no pueden ocupar un empleo por falta de calificación necesaria o porque no tienen residencia en el lugar en que el empleo es ofrecido; y el segundo está ligado a las variaciones que sobrevienen en la estructura económica de un país como resultado, por ejemplo, de la dedicación de una industria o del traslado de una actividad a otra parte del territorio. Como esta calificación puede crear cierta confusión, comparemos la clasificación expresada en el texto, coincidente con la adoptada por la O. I. T. en su *Manual de Seguridad Social*, que sigue Néstor (Principes de Sécurité Sociale), pág. 164 y siga, y Devèsil, *Curso*, pág. 116. Tampoco nos apartamos la clasificación de Grazia y Rotroves, pág. 438, al separar el paro tecnológico del estructural. Prefirió utilizar para "funcional" o "estructural", invocando la "tecnológico", su error es en otras cosas ajeno a las crisis cíclicas, y de paro estacionales.

\*\* Ver O. I. T. *Ejemplos y análisis de estructuras*.

riado, pero disminuídas en la forma indicada, para evitar, precisamente, el paro total.

### Consecuencias

La consecuencia fundamental del paro forzoso o desocupación, cualquiera fuere su causa, es la privación de ingresos de la clase trabajadora, la disminución de su nivel de vida y de las personas a su cargo, por cuya razón interesa esta contingencia a la seguridad social.

Las consecuencias de otro orden, de naturaleza económica, de trascendental importancia para el país, no son consideradas en esta oportunidad, por no ser objeto de nuestro estudio.

### Sistemas de protección a los desocupados

Analizaremos los sistemas de protección social de los desocupados, tendientes a procurar a los mismos, un ingreso que reemplace la falta de percepción de remuneración, atenando así las consecuencias del mal, pero sin que con ello se ataquen las causas, el origen de la situación creada.

La solución del problema atacando sus causas, evitando o previniendo la desocupación incumbe a los economistas. Si lo consigueran, las consecuencias no serían el paro forzoso y sus secuelas, en cuyo caso la seguridad social no tendría necesidad de actuar. Producida la desocupación, la seguridad social trata de atenuar el mal, sus efectos dañinos al asalariado y su familia, hasta que los economistas encuentren la solución de fondo, creando fuentes de trabajo y con ello ocupación remuneradora, que es el gran servicio que se puede y se debe prestar al trabajador.

Por esta circunstancia, el sistema de seguridad social no puede actuar independientemente de un servicio de empleo, pero aún resulta indispensable tomar un conjunto de medidas económicas destinadas a reducir el volumen del paro o por lo menos reducir su duración y si es posible, prevenirlo.

Las prestaciones de los sistemas de protección del paro forzoso no constituyen más que un complemento de los programas nacionales de desarrollo económico o de lucha contra el paro<sup>19</sup>. Por eso ha podido decir Aznar, a quien hemos citado más arriba: "Mientras no se encuentre una fórmula viable para el "full employment", los obreros no se cansarán de pedir un refugio contra la "pantera" (paro). Pedirán el seguro de paro"<sup>20</sup>. Para Beveridge la reforma de la seguridad social en Gran Bretaña estaba incluida en un plan más vasto: creación de un servicio nacional de la salud y "una

<sup>19</sup> Netter, op. cit. pág. 166-67.

<sup>20</sup> Aznar, op. cit. pág. 100.

política de pleno empleo", porque consideraba que la desocupación era el más grande y el más feo de los cinco gigantes indigentes (21).

Prescindiendo, pues, de las medidas preventivas del paro, como los servicios de empleo o de colocación, la disminución permanente de la jornada de trabajo, la colonización, la ejecución de obras públicas, exclusión del trabajo de las mujeres y los niños, etc., y prescindiendo también de las medidas reparadoras, como la creación de trabajo, planes de desarrollo económico, movilidad de la mano de obra, formación y orientación profesional, etc., analizaremos los sistemas que la seguridad social ha tratado de implantar para atenuar las consecuencias económicas que para los trabajadores tiene el paro forzoso (22).

Antes que nada se debe tener en cuenta que la desocupación masiva, cíclica, derivada de las crisis económicas periódicas que han afligido a "un cuarto e incluso a un tercio" de la mano de obra nacional, produce consecuencias de tal envergadura, que no existe sistema de seguridad social que soporte financieramente su costo. En esas circunstancias, es preciso recurrir a sistemas extraordinarios de asistencia oficial y de obras públicas, etc., pudiéndose dar por sentado que ningún gobierno escatimará esfuerzos para evitar semejante desastre (23).

Los sistemas previos podrán otorgar prestaciones para responder al desempleo friccional o de estructura, es decir, al no masivo o generalizado.

Mencionaremos, a simple título informativo, como instrumentos utilizados o medios operativos contra la desocupación de que puede valerse la seguridad social, al ahorro, las mutualidades, la beneficencia o asistencia, etc., para atenuar las consecuencias de la falta de ingresos de los desocupados, pero ninguno de ellos puede satisfacer las imperiosas necesidades surgidas del paro. Sólo resta el seguro social de desocupación como medida de amparo capaz de dar satisfacción a esta contingencia social.

Pero la posibilidad de organizar el seguro social de esta índole, ha sido cuestionada debido a que, se ha dicho, sería "una causa de paro permanente", significando que el trabajador que perciba el seguro, se despreocuparía de buscar trabajo; ni siquiera sería un riesgo asegurable técnicamente, por su desigual distribución entre distintas actividades comprendidas en el seguro; es un riesgo excesivamente peligroso, cuya intensidad o duración son imprevisibles.

En las grandes crisis de desocupación, una gran parte de los trabajadores no tendrían ingresos y no aportarían, percibiendo en cambio presta-

21 Beveridge, W. "Bases de la Seguridad Social", pág. 34.

22 Gaetz Berrin y Suzanne Davis "Seguridad Social", pág. 25.

23 O. I. T. Manual de Seguridad Social, pág. 95.

ciones, con lo cual se produciría el desequilibrio financiero del régimen, etcétera (14).

Pero a estas objeciones puede responderse que, todos los riesgos sociales, en mayor o menor medida, tienen oscilaciones variables y si algunos obreros calificados se sienten seguros en su actividad y podría no alcanzarse el paro, por cuya razón no se considerarían obligados o solventar el paro de otras actividades, debe destacarse el valor del principio de solidaridad social que obliga a todos a soportar la carga financiera de los riesgos que solamente alcanzarán a algunos.

Por otra parte, todas las naciones toman medidas preventivas contra el paro y sus consecuencias se mitigan, reduciendo jornadas, turnos, fiscalización de despidos, indemnización a los despedidos, limitación del monto de prestaciones y de su duración, etc., especialmente con una medida política económica de desarrollo.

La doctrina y la legislación han demostrado la posibilidad de que se puede implantar un seguro social de paro forzoso, pero a condición de que se incluya en su ámbito la mayor cantidad posible de asegurados, distribuidos en la mayor extensión geográfica posible, para que la solidaridad nacional, en el momento oportuno, sea el vehículo del amparo de una actividad determinada o de una zona en la que la desocupación ha cundido. No puede servir como instrumento de amparo un régimen para una profesión determinada o en una zona determinada, porque no existiría diversificación de riesgos.

#### **Prestaciones o beneficios**

La principal prestación es el pago de una indemnización periódica después de determinado período de espera, es decir, de carencia, durante el cual el desocupado no está cubierto, por ejemplo, los primeros siete días después del cese, con lo cual, además de evitar abusos, se simplifica la tarea administrativa. Por otra parte, se exige un período anterior de trabajo o un aporte mínimo, como prueba de la voluntad y capacidad de trabajar regularmente, alcanzando casi uniformemente a seis meses en los doce meses precedentes. Algunos regímenes, muy pocos, reducen este mínimo y otros lo llevan a 52 semanas en las 104 anteriores (15).

El monto de la indemnización periódica es inferior al monto del salario que se percibía durante el trabajo, fijado en porcentajes progresivos que disminuyen en los sueldos mayores, aunque puede establecerse su monto en función de la duración del trabajo anterior. También puede abonarse una suma igual a todas las que sufren la contingencia. El período durante el cual se abona la indemnización, está limitado, desde 15 semanas a 6

<sup>14</sup> Rosas et Durand, *op. cit.* pág. 469; García Ordoño, *op. cit.* pág. 829; Amas, *op. cit.* pág. 386; Pérez Botija, *Derecho del Trabajo*, 1962. Pág. 482.

<sup>15</sup> Pérez Botija, *op. cit.*, pág. 494.

mas, cubriendo países que abonan prestaciones sin límite de tiempo y otros que abonan prestaciones de asistencia (sin aportes), con periodicidad al plano establecido en el seguro, justificándose este último esquema, ya sea que se continúe pagando por sistemas de asistencia o por el seguro, en la siguiente argumentación: así como el trabajador enfermo puede obtener luego, al cesar las prestaciones por enfermedad, la prestación de invalidez, el trabajador desocupado que agota los beneficios que se le otorgan, no tendría expectativa futura. Sin embargo, esta situación podría solucionarse en parte, uniéndose de personas desocupadas de determinada edad, otorgándoles un retiro anticipado o prematuro de vejez.

### **Servicio de empleo**

El servicio de empleo es una institución absolutamente necesaria en todo sistema de seguro o de asistencia al desocupado. Así como el servicio médico trata de curar al enfermo para que vuelva cuanto antes a su ocupación, el servicio de empleo cumple la misma función en el riesgo o contingencia de desocupación, tratando que el parado forzoso comience cuanto antes otro empleo.

Para ello, antes de comenzar a percibir el beneficio del seguro de desempleo, el interesado debe dar cuenta de su situación y de sus antecedentes profesionales en la oficina correspondiente del servicio de empleo y si existe una vacante conveniente denunciada en la misma oficina por los empleadores, se envía al solicitante a gestionar su contratación.

La oficina certifica, a intervalos frecuentes, la calidad de desocupado del interesado y la misma actúa como una bolsa de trabajo donde, incluso, se asesora a los desocupados, orientándolos sobre las posibilidades existentes.

El servicio puede completarse con secciones de orientación profesional y secciones especiales para mujeres, menores y personas físicamente disminuidas, así como de formación profesional y de readaptación.

Por otra parte, el servicio de empleo funciona como control del carácter involuntario del estado de desocupación, así como de los casos de rechazo de un empleo conveniente por el desocupado o su negativa a seguir cursos de formación o de readaptación profesional perfectamente garantizados, situaciones todas en las cuales corresponde la suspensión del beneficio iniciado por el sistema.

Frente a la necesidad de colaboración entre el seguro de desempleo y el servicio de empleo, ambas instituciones pueden fusionarse o por lo menos, el servicio de empleo es el encargado de recibir las solicitudes de beneficios para luego remitirlas al seguro social (18).

<sup>18</sup> Néstor, op. cit. pág. 178. O. I. T. Manual de Seg. Soc., pág. 93.



### **Personas comprendidas**

Si bien técnicamente este seguro debería comprender a todos los individuos expuestos al riesgo de desocupación involuntaria, las legislaciones introducen numerosas limitaciones, ya sea en razón de la profesión, excluyendo a los trabajadores agrícolas y a los domésticos; ya en razón de la naturaleza del empleo, excluyendo a los empleados públicos, trabajadores independientes y aprendices; ya en razón de las garantías del interesado, la edad o nacionalidad, excluyendo a aquellos cuyos sueldos o salarios excedan de cierto tope; a los que se encuentren fuera de un límite de edad mínima y máxima y a los extranjeros.

Las razones aducidas para efectuar estas exclusiones se basan, entre otras, en la dificultad de control y en la estabilidad de los empleos a que ellas se refieren. (17).

### **Convenios y Recomendaciones de la O. I. T.**

En la primera reunión de la O. I. T., realizada en Washington en 1919, se aprobó el Convenio N° 2 relativo al desempleo, por el cual todo miembro que lo ratifique deberá establecer un sistema de agencias públicas gratuitas de colocaciones, bajo el control de una autoridad central, nombrándose comités en los que deberán figurar representantes de los trabajadores y de los empleadores, que serán consultados en todo lo que concierne al funcionamiento de dichas agencias. Cuando existan agencias gratuitas, públicas y privadas, deberán tomarse medidas para coordinar las operaciones de unas y otras, con arreglo a un plan nacional.

Cuando se haya establecido un sistema de seguro contra el desempleo, se deberán tomar disposiciones conducentes a que los trabajadores nacionales de los miembros interesados, que trabajen en el territorio de otro, reciban indemnizaciones del seguro iguales a las percibidas por los nacionales de ese segundo miembro.

Este Convenio N° 2 fue ratificado por nuestro país por ley 11.726.

En la misma reunión se aprobó la Recomendación N° 1 sobre el desempleo, por la cual los miembros deberían tomar medida para prohibir la creación de agencias de colocaciones retribuidas o de empresas comerciales de colocación. En cuanto a las agencias ya existentes, se recomienda que su funcionamiento se subordine a la concesión de licencia expedida por el gobierno y que se tomen las medidas necesarias para suprimirlas lo antes posible. También se recomienda la organización de un sistema eficaz de seguro contra el desempleo, ya sea mediante una institución gubernativa o bien mediante la concesión de subvenciones gubernamentales a las asociaciones cuyos estatutos dispongan el pago de indemnizaciones de desempleo en favor de sus socios.

<sup>17</sup> Geste Berriss y Suzanne Davis. op. cit. pág. 23-26.

En la 2ª reunión (Ginebra-1920), se aprobó la Recomendación Nº 10 sobre el seguro contra el desempleo de la gente de mar, por la cual se hace extensiva la Recomendación Nº 1 ya citada en cuanto a la concesión de un sistema eficaz de seguro de desempleo a favor de la gente de mar desocupada por razones de naufragio o de cualquier otra causa.

En la 3ª reunión (Ginebra-1921), se aprobó la Recomendación Nº 11 sobre la prevención del desempleo en la agricultura, considerando que el Convenio Nº 2 y Recomendación Nº 1 de Washington son aplicables a los trabajadores agrícolas y reconociendo el carácter particular del desempleo en la agricultura, a cuyo efecto se recomienda que cada país estudie, conforme con las condiciones económicas y agrícolas del país, para prevenir o disminuir el desempleo, la oportunidad de adoptar procedimientos técnicos modernos para el cultivo de las tierras; adopción de mejores sistemas de cultivo para una explotación intensiva; el desarrollo de la colonización interior; facilitar, por transporte adecuado, el acceso de los trabajadores agrícolas desempleados, a trabajos que tengan carácter temporal; desarrollo industrial y trabajos suplementarios; formación de cooperativas obreras agrícolas para el trabajo de la tierra y para la compra o arrendamiento de terrenos, adoptando medidas para aumentar el crédito agrícola.

En la 17ª reunión (Ginebra-1933), se aprobó el Convenio Nº 34 sobre supresión de las agencias retribuidas de colocaciones, que fuera ratificado por nuestro país, por ley Nº 13.560, dispuso que las agencias que obtuvieran un beneficio material directo o indirecto, deberán ser suprimidas en un plazo de 3 años y no establecerse nuevas durante ese período, así como sometidas al control de la autoridad competente. En cambio las agencias sin fines de lucro deberán poseer un permiso de la autoridad competente y someterse a su control, percibiendo la tarifa autorizada en función de los gastos.

En la misma reunión se aprobó la Recomendación Nº 42 sobre agencias de colocaciones por la cual deberían tomarse medidas para adaptar las oficinas públicas y gratuitas de colocaciones a las necesidades de aquellas profesiones en las que haya que concurrir con frecuencia a los servicios de agencias retribuidas. La recomendación fue adaptada teniendo en cuenta que la supresión de las agencias retribuidas de colocaciones daba lugar a dificultades en los países donde las oficinas públicas gratuitas no estuvieran en condiciones de sustituir por completo a las agencias suprimidas.

Convenio Nº 44. En la 18ª reunión (Ginebra-1934) se adoptó el importante Convenio Nº 44, por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios.

- a) Derecho al beneficio: El derecho al beneficio puede estar sujeto a las siguientes condiciones: ser apto para el trabajo y estar disponible para el mismo; estar inscripto en una oficina pública de colocaciones o en otra oficina aprobada por la autoridad competente y frecuentar dicha oficina; puede estar sujeto a un período de prueba

mediante un cierto número de cotizaciones dentro de un lapso determinado o haber desempeñado un empleo durante un período prefijado o una combinación de los dos métodos, ambos precedentes a la solicitud de indemnización o comienzo del desempleo. El derecho puede estar supeditado a un plazo de espera cuya duración fijará la legislación y/o a la asistencia a un curso de enseñanza profesional o de otra índole.

- b) Duración del beneficio: Podrá limitarse al período de percepción del beneficio que normalmente no debe ser inferior a 156 días laborales por año y en ningún caso inferior a 78.
- c) Prueba de recursos del interesado: El pago de la indemnización no deberá depender del estado de necesidad del solicitante (es decir, no será necesaria la prueba de sus recursos), en cambio, cuando se reciba un subsidio, sí podrá exigirse comprobación del estado de necesidad.
- d) Beneficios: Los miembros se obligan a mantener un sistema que garantice a los desocupados forzados una indemnización consistente en el pago de una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones o aportes abonados en virtud de su afiliación a un sistema obligatorio o voluntario, o un subsidio consistente en una prestación que no constituya ni una indemnización, ni un acorro, concedido en virtud de medidas generales de asistencia a los indigentes, sino que pueda constituir la remuneración de un empleo en trabajos de asistencia organizados por una autoridad nacional o una combinación de indemnización y subsidios. Las indemnizaciones deberán pagarse en efectivo y los subsidios podrán pagarse en especie.
- e) Sistemas: El sistema pueda ser de seguro obligatorio o voluntario o una combinación de ambos, o cualquiera de ellos completado con un sistema de asistencia.
- f) Personas comprendidas: Las personas comprendidas son las habitualmente empleadas que perciben un salario o sueldo, es decir, que trabajen en relación de dependencia, aunque pueden exceptuarse a los trabajadores domésticos, a domicilio, empleados públicos, trabajadores no manuales que perciban remuneraciones suficientes para protegerse por sí mismos contra el riesgo de desempleo; trabajadores temporales, con menos de 6 meses al año; trabajadores menores de una edad determinada o que excedan de cierta edad y que disfruten de pensión de retiro o de vejez; trabajadores ocasionales o subsidiarios; miembros de la familia del trabajador. El convenio no se aplica a la gente de mar, pescadores, ni trabajadores agrícolas. En caso de desempleo parcial, se concederán indemnizaciones o subsidios a los trabajadores cuyo empleo se encuentre reducido.
- g) Suspensión del beneficio: El beneficio puede suspenderse durante un período adecuado al solicitante que obtiene un empleo conve-

niente", no debiéndose considerar convenientes los empleos que cumpla el art. 10 (residencia en lugar distinto donde no pueda conseguirse alojamiento adecuado, salario inferior o condiciones de trabajo menos favorables, vacaciones por conflicto laboral, etc.).

Puede también suspenderse el beneficio durante un período adecuado cuando el empleo se ha perdido como consecuencia directa de un conflicto de trabajo o por propia culpa o abandonado voluntariamente sin motivo justificado, por tratar de obtener fraudulentamente el beneficio, etc.

Cuando el empleado haya recibido de su empleador, en virtud de su contrato de trabajo, una compensación aproximadamente igual a la pérdida de salario durante un período determinado, podrá perder el derecho al beneficio durante dicho período, "sin embargo, no podrá considerarse compensada, una indemnización por despido prevista por la legislación nacional" (art. 10, punto 5).

En la misma reunión 18ª fue aprobada la Recomendación N° 44 sobre el seguro de desempleo y las diferentes formas de asistencia a los desempleados. Considerando que el Convenio N° 44 establece las condiciones mínimas a que deberá ajustarse el sistema y que conviene determinar algunos principios generales más adecuados para contribuir a una organización satisfactoria del mismo, se recomienda: Implantar el seguro obligatorio en los países donde no exista y en los que ya funcione, establecer un sistema de asistencia complementaria para auxiliar a las personas que hayan agotado su derecho a indemnización; deberá ampararse también a los parcialmente desempleados; las personas comprendidas deberán ser todos los asalariados y aprendices, quienes deberán estar amparados hasta la edad en que tengan derecho a recibir de vejez; siempre que fuera posible deberían tomarse disposiciones especiales para ayudar a los trabajadores independientes con escasos recursos económicos y si se estableciera un tope máximo de remuneración para estar incluido en el sistema, aquél debería ser suficientemente elevado como para excluir solamente a quienes puedan bastarse a sí mismos en caso de desempleo; el período de prueba no debería exceder de 26 semanas de trabajo, ni de 26 cotizaciones semanales durante los 12 meses precedentes o bien 52 semanas de empleo o 52 cotizaciones semanales durante los 24 meses precedentes; el período de espera no debería exceder de 8 días por período de desempleo; para determinar la conveniencia del empleo ofrecido, debería tenerse en cuenta el tiempo de servicio del interesado en la profesión anterior, las posibilidades de encontrar nuevo empleo en la misma profesión, su formación profesional y sus aptitudes para el trabajo propuesto, etcétera.

En la 19ª reunión (Ginebra — 1953), se aprobó la Recomendación N° 45, sobre el desempleo de los menores, incluyendo disposiciones sobre la edad a que termina la enseñanza obligatoria y la edad para la admisión al trabajo, que deberían fijarse ambas, en 15 años como mínimo y los que hayan excedido esa edad y no tengan empleo, deberían seguir concurrendo a la escuela. Se recomiendan disposiciones sobre enseñanza general y profesional,

sobre empleo del tiempo libre y aisonancia social a los menores desempleados, etc.

En la 26ª reunión (Filadelfia — 1944) se aprobó la Recomendación N° 67 sobre la seguridad de los medios de vida, cuya art. 14 se refiere a las prestaciones de desempleo, las cuales, se recomienda, deberían pagarse cuando la pérdida de la ganancia se deba al desempleo de un asegurado que habitualmente está empleado, sea capaz de trabajar regularmente en alguna profesión y busque un trabajo conveniente, o cuando lo cause un desempleo parcial. En los principios normativos y sugerencias para su aplicación, anexo a la Recomendación, se incluyen normas coincidentes con las especificadas en la Recomendación N° 44.

En la 31ª reunión (San Francisco — 1948), se aprobó el Convenio N° 88 relativo a la organización del servicio de empleo, que fuera ratificado por nuestro país por decreto-ley N° 11.594/56). En el mismo se establece la obligación de mantener o garantizar un servicio público y gratuito de empleo, cuya función esencial será la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el pleno empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción. El sistema deberá ser nacional y las oficinas de empleo deberán estar sujetas al control de la autoridad nacional. Se deberá celebrar acuerdos para obtener la cooperación de representantes de empleadores y trabajadores en la organización y funcionamiento del servicio así como en el desarrollo de su programa. La política general del servicio para dirigir a los trabajadores hacia los empleos disponibles, deberá fijarse previa consulta a los representantes indicados. Debe garantizarse la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, ayudando a encontrar un empleo conveniente, llevar un registro de las personas que solicitan empleo, con los datos fundamentales de sus aptitudes, etc., etc.

En la 32ª reunión (Ginebra — 1949), se aprobó el Convenio N° 96 relativo a las agencias retribuidas de colocaciones que revisa el Convenio 34 (Ginebra — 1933), que había sido ratificado por nuestro país, por ley 13.560. Este convenio es complementario del Convenio N° 88 relativo a la organización del servicio de empleo, y por él no se considera agencia de colocación con fines lucrativos a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tengan por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores. Las agencias retribuidas deberán suprimirse en un plazo limitado, aunque debe establecerse previamente un servicio público de empleo. Mientras eso no ocurra, aquellas estarán sujetas a la vigilancia de la sociedad y a percibir retribuciones fijadas en tarifas aprobadas por la autoridad o fijadas por ésta.

En la reunión 35ª (Ginebra — 1952) se aprobó el Convenio N° 102 sobre norma mínima de la seguridad social cuya parte IV (arts. 19 a 24) se refiere a prestaciones de desempleo y no existen mayores variaciones sobre lo dispuesto en el Convenio 44, salvo en cuanto a la limitación de la dura-

ción de la prestación que puede ser de 15 semanas en el período de 12 meses, cuando el régimen comprende algunas categorías de asalariados, pero que puede alcanzar a 26 personas en un período de 12 meses cuando la prestación alcanza a todos los incidentes. El período de espera podrá ser fijado en los 7 primeros días en cada caso de suspensión de ganancias, contando como parte del mismo caso de suspensión, los días de desempleo antes y después de un empleo temporal.

Por último, en la 47ª reunión (Ginebra — 1963), se aprobó por primera vez en la historia de la O. I. T., una recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (despido), a la cual podrá darse efecto mediante la legislación nacional, convenios colectivos, reglamentos de empresas, laudos arbitrales o fallos judiciales.

Se recomienda que no debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

Si se llegase a la conclusión de que el despido es injustificado, el trabajador que no es reintegrado en su empleo pagándole los salarios no percibidos, debería recibir una indemnización adecuada.

El trabajador cuya relación de trabajo se hubiera dado por terminada por razones justificadas de las cuales no es responsable el propio trabajador, debería tener asegurada cierta provisión de sus ingresos; esta provisión podría comprender un seguro de desempleo u otras formas de seguridad social o una compensación por fin de servicios u otras prestaciones análogas pagaderas por el empleador, o también una combinación de prestaciones.

En caso de despido por falta grave, el preaviso o su indemnización sustitutiva, pudieran no ser necesarias y podría derogarse la compensación por fin de servicios u otras prestaciones pagaderas por el empleador al término del empleo.

### Legislación argentina

Nuestro país no tiene organizado un sistema de amparo para los desocupados forzados en la medida que signifique el otorgamiento de prestaciones en efectivo que compense la pérdida económica del salario.

Como dice Kroszchin (18): "Si bien la Constitución Nacional en su art. 14 consagra el derecho de trabajar, de allí no surge un derecho subjetivo del individuo que obligue al Estado para que se realice la ocupación adecuada de todos los que quieren y necesitan trabajar, aunque el pleno empleo de la mano de obra disponible es una de las principales ambiciones y preocupaciones de la política económico-social. Entimamos, sin embargo, no

18 Truado, 2ª ed., pág. 892.

obstante lo razonable de las expresiones precedentes, en cuanto a la no exigibilidad del derecho a trabajar de parte del desocupado, va de suyo que el Estado debe procurar trabajo a quien lo necesite, porque "se trata, en realidad, de un nuevo fin del Estado moderno" (19). La política del pleno empleo y la política de la salud, tienen una vinculación directa con la seguridad social en cuanto sirven como medidas preventivas de las contingencias sociales de desempleo y de enfermedad, así como de las consecuencias de ambos. Cuando, no obstante la prevención, los riesgos ocurren, se trata que desaparezcan lo antes posible.

### **Dirección Nacional del Servicio de Empleo**

En nuestro país se creó por ley 13.191 la Dirección Nacional del Servicio de Empleo, suprimida por decreto 499/62, aunque no sus funciones, la que tendrá por objeto facilitar a los trabajadores las posibilidades de ocupación en todo el territorio del país, a cuyo efecto regula y coordina la oferta y la demanda de la mano de obra; atiende lo relativo a la estabilidad en el empleo; propende a la creación y mantención de fuentes de trabajo y atiende las prestaciones de paro forzoso (esta última función estaba vinculada con la futura implantación de un seguro social que amparara esta contingencia, previsto en el art. 3 de la ley y que debía proyectar la Dirección lo cual hasta la fecha no ha ocurrido).

A tales efectos, la Dirección deberá organizar en todo el territorio de la Nación el servicio de colocación para los trabajadores; proscribir y facilitar el desplazamiento de trabajadores; elaborar planes de inmigración de trabajadores; hacer conocer por los medios de publicidad, sin cargo, las ofertas y demandas de trabajo; organizar y mantener centros permanentes de empleadores y trabajadores; fiscalizar las actividades de las agencias de colocaciones sin fines de lucro, etc., etc.

Administrativamente, la Dirección contaba, además de un director, con un Consejo Profesional integrado por 3 representantes de los empleadores y 3 de los trabajadores, pero el decreto 499/62, lo suprimió al eliminar la Dirección como órgano del servicio.

Por el art. 10 se prohíbe el funcionamiento de las agencias privadas de colocaciones con fines de lucro, entendiéndose comprendida en la prohibición toda actividad lucrativa relacionada con la colocación de trabajadores.

Para la instalación de agencias privadas que no persigan fines de lucro, deberá mediar autorización de la Dirección.

Las funciones de esta última, fueron transferidas a diversos organismos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entre ellas, la Dirección General de Estudios e Investigaciones, la cual se ocupará, entre otras, de las funciones vinculadas con la oferta y la demanda de mano de obra, inclusive

<sup>19</sup> Saffozini y Godí Moreso, *Plan de Seguridad Social*, pág. 43.

su distribución; la Dirección General de Policía del Trabajo, de las funciones de inspección y control y el Consejo Nacional de Protección del Menor, de todas las funciones vinculadas con el empleo de menores y protección de la minoridad. Las razones invocadas para la disolución de la Dirección del servicio de empleo, fueron: que no ha podido dar cumplimiento al objetivo básico de facilitar a los trabajadores las posibilidades de ocupación.

### **Agencias de colocaciones**

Con respecto a las agencias de colocaciones a que se refieren los Convenios de la O. I. T., ratificados por nuestro país, debe tenerse en cuenta que, por ley 9.148 y ley 9.661, modificadas por las leyes 12.101 y 12.102 y reglamentadas por el decreto 2.928/43, además del decreto 35.188/44 que suprimió las agencias privadas de colocaciones de carácter comercial, la legislación argentina ya se había ocupado del problema, consiguendo los antecedentes de la ley 13.591 de creación del servicio de empleo y de la prohibición de las agencias privadas retribuidas de colocaciones.

La ley 9.148 ordenó crear agencias públicas y gratuitas dependientes del Registro de Colocaciones del Departamento Nacional del Trabajo y se acordaba ayuda pecuniaria a las agencias gratuitas de colocaciones de sociedades filantrópicas, mutualistas y gremiales con personalidad legal que se sometían a la fiscalización e inspección del Departamento Nacional del Trabajo (art. 5). Todas las agencias de colocaciones debían inscribirse, con prohibición de actuar por falta de ese requisito, pero, a raíz de la sanción del decreto 35.188/44, fueron suprimidas las agencias privadas de colocaciones, cumpliendo desde entonces ese servicio, las agencias oficiales y las gratuitas autorizadas, para llegar al estado actual con la misma prohibición de instalar agencias con fines de lucro, autorizándose, en cambio, por el servicio de empleo, el funcionamiento de agencias privadas sin fines de lucro, especialmente gremiales o mutualistas, a cuyo efecto, a ciertas organizaciones sindicales con personería gremial se les concede la autorización para atender "la bolsa de trabajo" del gremio, gratuitamente, bajo el control de la dependencia del Estado.

Por aviso en los periódicos también se realiza la colocación de trabajadores, aunque la autoridad podría suprimir ese servicio cuando llegue a existir un sistema oficial adecuado de difusión que resulte más conveniente a los trabajadores (art. 12, ley 13.591), lo cual no ha ocurrido hasta el presente.

### **Otras disposiciones**

Podrían también citarse aquí otras disposiciones vinculadas a la desocupación como la ley 11.896, que creó la Junta Nacional para Combatir la Desocupación, así como la ley 11.868 que ordena el levantamiento bianual



de censos de desocupados en el territorio de la República, reglamentada por decreto 19.013/44; la ley 11.391 que autorizó al Poder Ejecutivo a expedir pasajes gratuitos a los trabajadores desocupados, reglamentada por decreto 12.279/52 y la ley 12.789 sobre régimen de conchabadores en el cual se establece que los obreros que abandonen temporariamente el lugar de su residencia con motivo de la demanda de braceros para los labores agrícolas, ganaderas, minera o forestal o de cualquier otra naturaleza, serán concertados con intervención del Departamento Nacional del Trabajo o de las oficinas que hagan sus veces.

#### **Despido y desempleo. Indemnización por despido y prestaciones por desempleo. Naturaleza y funciones de ambas**

Resulta necesario a nuestro estudio, determinar con la mayor precisión que resulte posible, la vinculación existente entre las indemnizaciones que, de acuerdo a nuestra ley 11.729 o disposiciones análogas, se abonan al empleado u obrero en caso de despido sin causa justificada o justificada por razones económicas del empleador y las prestaciones de los sistemas de amparo a los desocupados establecido por la seguridad social, por cuanto en común en nuestro ambiente, existe la necesidad de reemplazar el sistema de indemnizaciones de la ley 11.729 en caso de denuncia patronal del contrato de trabajo, por un sistema de seguro de desempleo, como si fueran instituciones equivalentes, destinadas a cumplir la misma finalidad y, reemplazables recíprocamente.

Para ello, previamente debe determinarse la naturaleza jurídica de la indemnización por despido en nuestra legislación.

- a) Según el art. 67 del decreto-ley 33.302/45, ratificado por ley 12921 y modificado por ley 13.077, "los empleadores no podrán despedir a los empleados y obreros comprendidos en las disposiciones del art. 2 de ese decreto, salvo el caso de que comprueben fehacientemente la existencia de causas de despido justificado de acuerdo con el art. 159 del Código de Comercio (ley 11.729) o la disminución o falta de trabajo. En este último caso deberán empezar por el personal menos antiguo. Los empleados y obreros comprendidos en el art. 2 de ese decreto-ley, que sean despedidos por causas distintas a las enumeradas en el art. 159 del Código de Comercio tendrán derecho a percibir una indemnización cuyo monto será el doble de la prevista en la ley 11.729. En caso de que el despido sea por disminución o falta de trabajo fehacientemente justificada, todo empleado y obrero comprendido en las disposiciones del art. 2 de ese decreto-ley, tendrá derecho al monto de las indemnizaciones que establece la ley 11.729".

La indemnización por antigüedad o por despido o por cesantía, prevista por el art. 157, inc. 3 de la ley 11.729, modificada por la ley 13.783, es la

siguiente: "También abonará el principal en todos los casos de despido, haya o no previsto, una indemnización no inferior a la mitad de su retribución mensual por cada año de servicios o fracción de 3 meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos 3 años o de todo el tiempo de servicios cuando sea inferior a ese plazo, sin perjuicio de lo establecido en el decreto-ley 33.302/45. Para fijar el promedio se computarán como formando parte de los sueldos y salarios, las comisiones u otra remuneración y todo pago hecho en especie, en provisión de alimentos o en habitación. En ningún caso esta indemnización será inferior a un mes de sueldo ni mayor de \$ 2.500.— por cada año de servicio".

- b) De acuerdo con las disposiciones legales transcritas, nuestra legislación garantiza en forma relativa la estabilidad en el empleo, mientras el despido no sea arbitrario, es decir, no exista una causa justificada del despido vinculada a la persona o a la conducta del trabajador ni a las necesidades del funcionamiento de la empresa, o a la economía de la misma.

Si existe una causa justificada del despido, vinculada a la economía de la empresa, la legislación respeta esa causal fehacientemente comprobada y permite el despido, pero con indemnización disminuida (simple). Si existe causal justificativa del despido vinculada a la persona o a la conducta del trabajador, el derecho de estabilidad cede y el despido se justifica, sin indemnización. Si no existe causal justificativa del despido, el empleador puede también despedir al empleado u obrero, pero la indemnización será doble de la prevista en la ley 11.729 (decreto-ley 33.302/45), modificada por la ley 15.785.

Por lo tanto, la garantía que la ley ofrece a la estabilidad es relativa, como ya lo hemos expresado, no absoluta y, en consecuencia, la estabilidad no es propia, sino impropia, y el despido sin justa causa o arbitrario trae como única consecuencia el pago doble de indemnización al empleado u obrero, sin que la denuncia unilateral del contrato por parte del patrono, pueda ser dejada sin efecto. No ocurre lo mismo en el caso de empleados bancarios privados o de seguros, regidos por disposiciones que establecen la estabilidad propia, es decir, haga que el interesado esté en condiciones de obtener la jubilación ordinaria íntegra (ley 12.637 y modificatorias y decreto 12.356/45 y modificaciones).

La indemnización por despido está vinculada con la defensa de la estabilidad en el empleo, cuando no existan causales justificativas del despido o sólo se justifique en razones económicas de la empresa.

En este aspecto ha dicho De la Cueva (20): "La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, es el problema presente del Derecho del Trabajo,

<sup>20</sup> De la Cueva, Mario "Derecho Mexicano del Trabajo", 4ª ed., pág. 755, t. I.

porque es un supuesto necesario para la realización de la Seguridad Social. Si el hombre tiene el deber, pero también el derecho de trabajar, si la sociedad tiene el deber de proporcionar a cada trabajador una ocupación que le permita conducir una existencia en armonía con la dignidad de la persona humana, y si, finalmente, la medida en que la sociedad no satisfaga a sus obligaciones, tiene el deber de facilitar al trabajador los recursos necesarios para su subsistencia, nos parece indudable que la estabilidad en los empleos tiene que ser uno de los pilares de la seguridad social". "En consecuencia, continúa dicho autor, la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución, son modalidades absolutamente necesarias de la estabilidad de los trabajadores en sus empleos".

- c) La O. I. T. en la Recomendación aprobada en su 47ª reunión (Ginebra 1963), resolvió que "no debería procederse a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del patrón (despido) a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio" (art. 2).

En el art. 6 se dice: "Si el despido es injustificado y el trabajador no es reintegrado a sus ocupaciones pagándole los salarios no percibidos, debiera percibir una indemnización adecuada o bien una reparación de otro género". (En este aspecto, el organismo internacional coincide con nuestra legislación). "Si el despido es justificado por falta grave del trabajador, no solamente no procede indemnización alguna, sino que tampoco el reverso, ni una compensación por fin de servicios u otras prestaciones pagaderas por el patrón resultarían procedentes" (art. 11, inc. 1). También coincide la solución con nuestro sistema legal.

En cambio el art. 9 de la Recomendación, ya no se refiere a la indemnización por despido, sino por amparo del trabajador con posibilidad a su cese, disponiendo: "El trabajador cuya relación de trabajo se hubiera dado por terminada, debería tener asegurada cierta protección de sus ingresos: esta protección podría comprender: un seguro de desempleo u otras formas de seguridad social o una compensación por fin de servicios u otras prestaciones análogas pagaderas por el empleador o también una combinación de prestaciones según la legislación nacional, los contratos colectivos o la política de personal adecuada por el empleador".

Si bien el art. 6 reconoce que debe otorgarse una indemnización adecuada en caso de despido injustificado si no se reintegra al trabajador al empleo, esta indemnización es totalmente ajena al seguro de desempleo que pueda amparar al trabajador luego de su cese y transcurrido el plazo de cuarenta y siempre que acredite una antigüedad mínima en el empleo o un mínimo de cotizaciones, etc.

Así ya lo había resuelto claramente la propia O. I. T. como lo expresamos supra al referirnos al Convenio N° 44, cuyo art. 10 punto 3, dispone: "Cuando al empleado haya recibido de su empleador en virtud de un contrato de trabajo, una compensación aproximadamente igual a la pérdida de salario durante un período determinado, podrá perder el derecho al beneficio durante dicho período (beneficio del seguro de desempleo). Sin embargo, no podrá considerarse como compensación una indemnización por despido prevista por la legislación nacional". Por lo tanto, así también debe entenderse el art. 9 de la Recomendación de 1963, el cual en ningún momento menciona las indemnizaciones, sino compensaciones por fin de servicio además del seguro de desempleo.

Ello es así, porque la indemnización por despido injustificado "implica un resarcimiento tarifado de los daños que produce el empleado" el cambio de ocupación originado por voluntad unilateral del empleador. Esto explica la existencia de la indemnización, aún en el caso de que el empleado encuentre nueva ocupación inmediatamente al despido, con lo que carecería de fundamento la idea de la cobertura del riesgo de la desocupación" (21).

Coincidimos totalmente con Pozzo en esta conclusión tan clara y simple, aunque hayamos partido de diferentes puntos de vista, lo que da a la solución mayor solidez. En efecto, Pozzo parte de la constatación entre hombres libres que no pueden estar sujetos *ad-vitam* a una vinculación que han dejado de aceptar, aunque reconoce que la actual organización de la empresa, la despersonalización del empleador, la falta de vinculación efectiva entre el empresario y sus trabajadores, dan lugar a fundamentar en parte limitaciones al derecho al despido basadas en el derecho a la estabilidad en el empleo y hasta en un derecho de propiedad sobre éste, pero esas restricciones no pueden ser absolutas, porque aún dentro de la actual organización de la empresa, no puede negarse el poder del empresario para prescindir del trabajo de sus empleados aún cuando no exista una justa causa para ello.

En cambio nosotros partimos del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, aunque sin llegar a la estabilidad propia, sino a la impropia o relativa, tal como lo legisla nuestro decreto-ley 33.302/45, lo recomienda la O. I. T. en su Recomendación de 1963 en su 47ª reunión, el art. 123 de la Constitución mexicana, la legislación alemana, etc., sistemas en los cuales, no obstante reconocer la estabilidad en el empleo y el no reconocimiento de despidos arbitrarios o sin causa justificada o socialmente injustificada, no llegan a la reincorporación obligatoria del empleado despedido en esas condiciones, sino que se llega por imposición de la ley u opción de las partes, a reemplazar la reincorporación por una indemnización generalmente tarifada, establecida en función del sueldo y de la antigüedad.

En Francia, la indemnización por despido derivado de un abuso de de-

21 Pozzo, Juan D. "Mensual" T. I, pág. 444. "Derecho del Trabajo" t. II, pág. 308.

recho patronal, implica la fijación judicial de la real indemnización en función de los daños y perjuicios al trabajador (22).

- d) En resumen, la indemnización por despido injustificado, por su naturaleza, no tiene razón para desaparecer en caso de organizarse un seguro social de desempleo, por cuanto, si ello ocurriera, implicaría desconocer el derecho a la estabilidad en el empleo, fundamento de la indemnización por despido, para confundirla con el derecho a la subsistencia de un desocupado forzoso que no puede conseguir empleo. El patrón no debe despedir sin causa a un trabajador cuando éste no es incapaz, ni su comportamiento es objetable, ni las necesidades de la empresa lo justifican. Y si lo hace, es de su responsabilidad el pago de la indemnización por despido, sin que resulte aceptable que derive al seguro social de desempleo el pago de los daños causados por su acto socialmente injustificado.

Este mismo principio justificaría las disposiciones de los regímenes jubilatorios que eximen al patrón del pago de indemnizaciones por antigüedad, cuando el trabajador llegue a estar en condiciones de obtener jubilación ordinaria íntegra, por cuanto la estabilidad en el empleo habría cumplido su término natural.

<sup>22</sup> Sobre la naturaleza de la indemnización por despido, ver: De la Cueva, op. cit. pág. 796 y sigs.; Dervati, "Naturaleza de la indemnización por despido" en *Derecho del Trabajo*, T. 41, pág. 305 y "la indemnización por despido" en *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, pág. 217, respectivamente; Kostochin, op. cit. pág. 321 y sigs.; Pozzo, op. cit. pág. 412 y *Derecho del Trabajo*, pág. 498, respectiva. *loc. cit.*; Barasi, T. III, pág. 327; Kaslén y Demch, *Derecho del Trabajo*, pág. 377; Pérez Borja, pág. 283; H. Ferro, "El derecho a la estabilidad", en *Traité de Derecho de Trabajo: Hommage a Utrías*, pág. 143; River, J. M., *México*, pág. 31.



## ENSAYOS

100



## SINTESIS DOCTRINARIA SOBRE OBLIGACIONES REALES Y EL PROBLEMA DE SU EXISTENCIA EN NUESTRA LEGISLACION

POR DANIEL J. DIVINSKY Y OSCAR G. FINKELBERG

El presente trabajo no pretende aportar una contribución original al complejo problema de las obligaciones "propter rem", sino sólo plantear un panorama del estado de la doctrina respecto del tema, a fin de facilitar su estudio por los alumnos del segundo y cuarto curso de Derecho Civil.

### I) Caracteres de las obligaciones reales o "propter rem".

Un esquema tradicional divide los derechos patrimoniales en reales y creditorios. Ese dualismo, intensamente combatido por teorías que intentaron negar las distinciones existentes entre ambos, tiende a imponerse con renovada pujanza en el Derecho moderno.

Frente a estas dos categorías bien determinadas, una serie de autores pretenden colocar a las llamadas "obligaciones reales", que formarían una tercera categoría en la que se encontrarían caracteres no sólo accidentales sino los más esenciales de una y otra de las anteriores.

Como acertadamente las define BUISSO, obligaciones reales "son aquellas que incumben al propietario o poseedor de una cosa en cuanto tal, por lo que basta la creación de tales vínculos para ser liberado del débito". Esta obligación se transmite sin necesidad de convención alguna o una asunción por parte del sucesor particular. La obligación sigue a la cosa como una carga real y grava en tal carácter a los sucesivos adquirentes al respecto. *Verosop. que. Accrincula. al. enaigante.*

Según la doctrina más autorizada, estas obligaciones presentarían las siguientes características:

a) en común con los derechos creditorios:

- 1) un sujeto pasivo individual y no universal,
- 2) obligado in faciendo,

b) en común con los derechos reales:

- 1) la existencia en primer plano de una cosa, en razón de la cual el sujeto está obligado, por cuyo motivo el abandono, la enajenación o la pérdida no culpable de la cosa lo liberan de su obligación.

Se discute si es además característico a las obligaciones reales el que la responsabilidad se extienda a todo el patrimonio del actual propietario o poseedor de la cosa, o el que se limite en todos los casos a la cosa misma. La primera opinión es sustentada por BUSSO, ALSINA, ATIENZA, etc.; la segunda por AUBREY y RAU, DEMOLOMBE, RAPIERT y BOULANGER, y tendría en nuestro Código Civil un sólido apoyo en lo preceptuado por la segunda parte del art. 3266.

## II) Cuestión acerca de su admisión en nuestro Derecho.

Caracterizadas ya las obligaciones reales (también llamadas "ambulatorias") vamos a abordar el examen de la discusión acerca de si esa particular categoría ha sido o no incorporada a la legislación argentina.

Dentro del Cód. Civil, el art. 497 y su nota es el eje del problema. Este artículo dice: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales". En la primera parte de la nota, Vélez se refiere en primer lugar a la doctrina francesa (y no al "Código" francés como por error dice) que divide las obligaciones, al igual que los derechos, en personales reales, caracterizando a éstas como lo hemos hecho "ut supra". En la segunda parte de dicha nota, el codificador se ocupa de la supuesta "obligación" del tercer poseedor de un inmueble hipotecado de pagar la deuda garantizada con esa hipoteca o en su defecto hacer entrega del inmueble, el que según dichos doctrinarios (Zacharias, Aubry y Rau, Toullier), sería un caso típico de obligación real. Vélez critica esta posición, haciendo notar que en ese caso sólo se aplican las reglas de los derechos reales que permiten perseguir la cosa en poder de los adquirentes sucesivos.

De lo que antecede surge que el codificador ha acogido terminantemente la doctrina que separa, sin admitir categorías intermedias, los

derechos personales de los reales, rechazando por tanto la existencia de las obligaciones "propter rem". No obstante, la doctrina opuesta dejó rastros en el articulado, siendo tales rastros los que dan pie a los que sostienen la existencia de obligaciones de ese tipo en el Código, si bien LAFAILLE dice que el argumento derivado de esos artículos no conduce al reconocimiento de un sistema que el legislador ha repudiado en forma positiva.

La contradicción aparente más evidente con el rotando 497, la encontramos en el art. 3266, ubicado en el Título Preliminar al Libro IV ("De la transmisión de los derechos en general"), que dice: "Las obligaciones que comprenden al que ha transmitido una cosa, respecto de la misma cosa, pasan al sucesor universal y al sucesor particular; pero el sucesor particular no está obligado con su persona o bienes por las obligaciones de su autor por las cuales lo representa sino con la cosa transmitida". Este artículo y el 3268 utilizan evidentemente una terminología tomada de los juristas adictos al sistema de las obligaciones "propter rem". En la nota se cita a Zachariae en pasajes en que, dicho autor, desmenuza, en tesis favorable, a los romanos, y, además, confunde (confusión que se trasladó a nuestro Código) las obligaciones que surgen "de la misma cosa" con las que surgen "del mismo título".

Otro de los artículos que se prestan a confusión es el 2416, en el Título "De los derechos y obligaciones inherentes a la posesión", que dice: "Son obligaciones inherentes a la posesión, las concernientes a los bienes, y que no gravan a una o más personas determinadas sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada". Vemos así reaparecer, luego de haber sido repudiado en la nota al art. 497, el concepto de la obligación real. LAFAILLE afirma que es incierto que este artículo y los que lo siguen hagan renacer las obligaciones reales, ya que la fuente de estos artículos es el "Esbozo" de FREITAS (igualmente fuente del 497), y en el "Esbozo" se enumeran taxativamente las obligaciones (deberes) inherentes a la posesión. ALSINA ATIENZA sostiene en cambio, que el 2416 no deja dudas sobre la existencia de las obligaciones "propter rem" en nuestro Derecho.

Este último autor encuentra además en el capítulo "De las restricciones y límites al dominio" que el propietario de un inmueble, por el sólo hecho de serlo, tiene una serie de deberes, que él llama "obligaciones" (cercamiento, deslinde, etc.) que pasan a todos los que llegan a ser titulares del dominio. Al respecto otros autores opinan que ésos son deberes del "estatuto jurídico del propietario". En realidad todo depende del sentido, lato o estricto que se dé a la palabra obligación. Ya el mismo FREITAS decía que la clasificación de las obligaciones en personales y reales sería exacta si no se debiese tomar la palabra "obligación" en el sentido riguroso de los romanos.

Descartadas en principio estas hipótesis, algunos sostienen con BUSSO, que la única obligación "propter rem" típica consagrada en nuestro Código sería la del art. 1498, en cuanto obliga al nuevo adquirente de un inmueble arrendado a respetar los derechos del locatario. ALSINA ATIENZA, además de la tesis que sostiene la existencia de estas obligaciones en el Código, dice que esa no sería de ninguna manera una obligación "propter rem", pues si lo fuera, el nuevo adquirente podría liberarse de su obligación por el abandono; reconocerle esa facultad —afirma— sería exorbitante.

Otro interrogante de la doctrina se plantea alrededor del art. 17 de la ley 13.512, de Propiedad Horizontal, que dice: "La obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del artículo 3266 del Cód. Civil, aún con respecto a las devengadas antes de su adquisición". ¿No sería esta una obligación "propter rem"? Si sería en primer lugar por el hecho de "seguir al dominio" de los respectivos pisos o departamentos, y también en cuanto la ley hace responder al nuevo propietario en la medida del art. 3266, o sea, limitando su responsabilidad a la cosa (para la posición, generalmente aceptada que sostiene que esa es una característica de la obligación real); pero NO LO ES, ya que el art. 8 "in fine" de la ley, prohíbe expresamente la renuncia al uso y goce de os bienes o servicios comunes o el abandono del piso o departamento para liberarse de contribuir en las expensas, negando así lo que es sin discusión característica de las obligaciones reales. Asimismo, como dice LAQUIS, de la ley no surge la desobligación del enajenante, que sigue ligado mientras no haya sido exonerado de la deuda.

### III) Conclusión.

En principio no es posible hacer la división de las obligaciones en personales y reales en nuestra ley. No hay obligaciones personales y obligaciones reales. Las obligaciones reales no son una categoría, sino que hay ciertas obligaciones que por motivos de interés social (que aparecen evidentes en el caso de la obligación por el pago del impuesto de contribución inmobiliaria que asume esas características) u otras, pueden ir como "cabalgando" sobre la cosa. En los casos en que esto sucede, la ley lo dice expresamente.

## CONSIDERACIONES SOBRE EL PROBLEMA DE LA IMPUTABILIDAD PENAL

Por PEDRO PEREYRA CERNADAS Y BEATRIZ AREAN

### Sumario

Nociones previas; a) Enfoque filosófico; b) enfoque jurídico; c) enfoque médico.

Imposibilidad: concepto. Inimposibilidad: criterios; derecho comparado. Legislación argentina: Antecedentes; Legislación actual; Conclusiones.

### Nociones previas.

Es indudable, que el actuar humano es producto de la interacción del "yo" y su medio ambiente. Esta posición tan bien definida por Ortega y Gasset al formular su doctrina del "perspectivismo", nos permite comprender por qué los hombres con los mismos elementos objetivos y con las mismas técnicas racionales, llegan en muchas ocasiones, ya sea en el campo de la ciencia o del actuar, a resultados diferentes.

Bernheim en "Metodología de la Historia" nos trae una interesante anécdota. Según ella, Napoleón en vísperas de la batalla de Austerlitz, reúne a sus mariscales para explicarles una maniobra táctica, que le permitirá al día siguiente dividir el ejército adversario y derrotarlo, pese a ser tres veces superior en número.

Se produce el encuentro armado y transcurridas algunas horas; hay una reunión para recibir los informes de la lucha; en ella se ve que el hecho histórico transcurrido igual en sí y en su esencia, tenía tantas versiones como mariscales Napoleón.

Ello ocurre porque en el campo del conocimiento difícilmente se llega a poseer la verdad absoluta, ya que toda adquisición es producto del "yo y su perspectiva", según la original fórmula de Ortega y Gasset.

Esta posición, diferente del empirismo que sólo lleva a la duda y por lo tanto, al desconocer, nos enseña, que así los hombres, llegan en muchas oportunidades a elaborar diferentes concepciones.

El problema de la impasibilidad y, por ende, el de la imposibilidad no escapa a esta ley; en esencia, consiste fundamentalmente en saber cuándo un hombre que ha nacido en sociedad en virtud de esa "sociable insociabilidad" (1) que lo lleva a reunirse y luchar con sus semejantes, es responsable de su actuar, al tener ése, repercusiones de carácter legal.

Es entonces cuando se nos presentan distintos planteos e interpretaciones, según el ángulo de observación en que nos coloquemos, o mejor dicho, según la escuela penal que lo haya observado.

Cualquiera de ellas, ha debido observar la impasibilidad desde un triple enfoque: un enfoque médico, un enfoque jurídico y un enfoque filosófico; pero cada una de ellas le ha dado según su perspectiva interpretaciones y modalidades diferentes.

#### a) Enfoque filosófico

El planteo filosófico llega por arastre a las puertas de la ciencia jurídica, al intentar ésa, establecer la paternidad de un hecho juzgado como ilícito.

En efecto, el tener concepto distinto sobre una palabra "libertad" da el primer escalón de divergencia entre las dos grandes escuelas de la ciencia penal: la clásica y la positiva. (2).

Ahora bien, libertad es un concepto difícil de asir y si precedáramos preclaro recorreremos las diferentes escuelas filosóficas, para terminar diciendo como Jules Lequier en una nota transcrita por Ferrater Mora que "libertad no puede ser objeto de demostración racional alguna ya que la afirmación de libertad o determinismo, es primordialmente un acto de creencia anterior y previo a todo conocimiento, es decir, un acto de decisión que constituye la esencia del conocimiento mismo. Sería, pues, un concepto de los que Kant denomina metafísicos.

Es por ello que si no podemos encontrarla en una concepción clara y distinta, debemos contentarnos, al menos, con señalar el camino para lograrla.

El método más práctico y de mejores resultados es el que nos enseña Hegel (3), es decir el sistema de las anomalías. Consiste en esencia, en colocar frente al concepto "tesis" el opuesto "antítesis" para lograr luego, su amalgama en otro que es la "síntesis".

Así, en el caso de "naturalidad" como tesis se le opone "espíritu" como antítesis para llegar a la síntesis "idea" en el plano trascendente.

1 Kant: "Idea para una historia desde un punto de vista cosmopolita".

2 Esta divergencia se hace aun mayor al comparar la interpretación dada por estas escuelas a otros conceptos: ej. ciencia. Dios, hombre, moral etc.

3 "Lógica" - "Prolegomena de la filosofía".

De acuerdo a esto, a "libertad" debemos oponerle "determinismo" como antónimo para arribar a "acción" como síntesis.

En entonces que para explicar una acción del individuo solo tendremos dos caminos: o ponemos el acento en libertad y tendremos que ésta es lo fundamental, definiéndola como la posibilidad absoluta siendo el determinismo lo accesorio, lo marginal, lo inexistente; o si ponemos el acento en determinismo, éste será lo principal y libertad, lo accesorio o inexistente.

En el primer caso, el accionar del hombre es absolutamente libre y será, por lo tanto, dueño de su albedrío. En el segundo, caso, la acción estará sujeta a la ley de la causalidad (\*).

## b) Entoque jurídico

Como escuela de esta primera posición filosófica, el análisis jurídico enfrenta a quienes sostienen que el hombre es un ser inteligente y libre que responde por ello de sus actos (libertad como principal) con los que consideran, que éste no escapa a las leyes de la naturaleza donde impera la ley de la causalidad (determinismo como principal).

La primera interpretación comprende la posición de la escuela clásica encabezada por Beccaria, Carrara y Passina. La segunda, encarnada por la escuela positiva, encuentra a Lombroso, Ferri y Garófalo en primera línea.

Carrara no dudó en afirmar que el libre albedrío no necesitaba demostración y luego de tomarlo como conocimiento apriorístico, formuló en su Programa una construcción hermosa y racional, pero su base, lo no demostrado ha resultado sumamente sensible al ataque de quienes no lo consideraron realidad, sino ficción.

Beccaria no es tan absoluto y su libre albedrío es, más que una real convicción filosófica, un elemento de conciencia al absolutismo de su época.

Tal vez esquematizado un poco arbitrariamente, podemos constar que estos autores de la escuela clásica tienen dentro de sus formulaciones tres postulados: a) libre albedrío; b) responsabilidad moral; c) pena en proporción al delito.

Lombroso parte del determinismo para su concepción e intenta demostrarlo, pero por ser éste indemostrable al igual que libertad, no logra hacerlo, cayendo en fallas estadísticas, generalizaciones no exactas y errores de apreciación.

No consigue su cometido pero sí abre un camino que con el correr de los años dará excelente resultado en la práctica penal y social.

\* Esta ley de causalidad debemos entenderla no en la forma mecánica de Aristóteles, sino en la forma dinámica de Dewey y Von Bertalanffy: "todo acontecimiento es ritmo de algo y nace de una cosa, ya que toda particular existencia es a la vez condicionada y condicionada".

Por otra parte, en el terreno científico, muchas de sus ideas al ir avanzando los conocimientos médicos, se han depurado hasta llegar a ocupar el lugar que les correspondía, tal como ha ocurrido con las constituciones, manerismos andrógenos, tendencias psíquicas, etc. (\*).

Sintetizando, tal como lo hicimos respecto de la escuela clásica, diremos que la escuela positiva tiene una elementos básicos: a) determinismo; b) no responsabilidad moral, pero sí social por el delito; c) pena en relación con el grado de peligrosidad del delincuente y con la idea de defensa social y readaptabilidad al mismo.

### c) Enfoque médico

Es indudable que el hombre en la plenitud de su capacidad presenta un componente psíquico y un componente físico. En la realidad de sus aptitudes tendrá una adecuada receptividad para su medio ambiente, con una lógica y racional respuesta volitiva al mismo.

Ahora bien, esta respuesta volitiva es valorada de diferente manera por la escuela clásica y la escuela positiva.

Para esta última, la respuesta dependerá esencialmente de factores orgánicos más o menos fáciles de valorar médicamente, siendo así lo espiritual producto de lo orgánico y si se nos permite exagerar la nota, lo sería tanto como una hormona con respecto a su glándula de secreción.

Para la escuela clásica esta posición es insostenible, y la misma respuesta volitiva dependerá exclusivamente del libre albedrío, que no tendrá en ninguna manera una relación tan íntima con lo orgánico como lo pretenden los positivistas (\*\*).

### Impugnación concepto

De acuerdo con lo expresado anteriormente, podemos decir que dada su posición filosófica, para el positivismo no existen dudas sobre la imputabilidad moral y todo se reduce a un simple planteo de responsabilidad social, ya que todo hombre es responsable de su actuar únicamente por el hecho de vivir en sociedad.

El problema de la imputabilidad y los respectivos criterios de imputabilidad llama la atención fundamentalmente de la escuela clásica.

Como primer concepto tomaremos el de Carrara, quien requiere tres elementos, cuya unión implica la responsabilidad y la condena: a) imputación

\* A esta conclusión llega el Dr. Jiménez de Asúa en su obra "Lombroso" desde su respuesta a la pregunta "¿Qué queda de la obra de Lombroso?", formulada por el Dr. Soler.

\*\* Frente a estas posiciones extremas, se han elaborado otras intermedias que permiten ubicar más precisamente el problema: cf: escuela positiva de Utrecht.



física consistente en la realización personal de un hecho: b) imputación moral derivada de la voluntad de su ejecución y c) imputación legal debida a que el acto está previsto en la ley penal (7).

Auntes posteriores, milímetros ya en nuevas escuelas penales, aunque sin ignorar cierto parentesco con la ya tratada escuela clásica, como Belling han definido a la imputabilidad como "la capacidad de ser culpable" o como "el conjunto de condiciones que un sujeto debe reunir para que deba responder penalmente de su acción". (Soler).

### **Inimputabilidad: criterios; derecho comparado**

Pero, ¿cuando un acto ilícito no deberá ser imputado a su autor?

El derecho penal positivo ha tardado en consagrar los diferentes casos de inimputabilidad y la justificación de los actos realizados por alienados.

En efecto, si para atribuir la paternidad de un acto ilícito es necesario reunir un conjunto de condiciones, es evidente que al faltar alguna de ellas nos hallaremos en presencia de casos de inimputabilidad.

Sin embargo, en épocas pasadas, ya sea por obra de la ignorancia médica, la superstición popular o la deficiencia de las leyes, los enfermos y los autores de hechos hoy justificados, eran condenados.

Lo recién con el código penal francés de 1810 en su artículo 64 cuando aparece consagrado el principio de la inimputabilidad en el derecho positivo, si bien la redacción del mismo usaba el término demencia, de poca precisión médico-jurídica (8).

Esa formulación evidentemente necesaria fue motivo de rápida revisión ante los peligros sociales que implicaba la simple absolución de delincuentes calificados equivocadamente de dementes, con el apoyo de un texto legal demasiado amplio e impreciso.

La inquietud halló eco entre los eruditos del Derecho Penal y así en 1808, Carlos Socas al redactar el código penal suizo propone el texto del artículo 14 de la siguiente manera:

"El que en el momento de obrar estaba afectado de una enfermedad mental, idiotex o grave alteración de la conciencia, no es punible".

El proyecto se discutió y aprobó el 1º de abril de 1812, pero al realizarse el debate parlamentario, se aceptó una modificación propuesta por Thöfermann. Así, el artículo quedó redactado de la manera que sigue:

7 Cuando falta el elemento b), para Carrara estamos en presencia de casos de inimputabilidad.

8 "No hay crimen si delito cuando el acusado estaba en estado de demencia en el momento de la acción".

"No es posible quien, en el momento del hecho a causa de una enfermedad mental, idósea y una grave alteración de la conciencia no podía comprender lo injusto o el carácter delictuoso de su acción, y obrar de acuerdo a esa apreciación".

Como vemos, la primera parte es igual a la del proyecto, pero el final adiciona un criterio de carácter subjetivo como es la compensación o no de un acto.

Quedaron así embocadas dos posiciones definidas, una llamada desde ese momento biológica, que requería solamente la valoración objetiva de un estado patológico y una segunda llamada psicológica que agregaba a esa valoración, una falta de apreciación del hecho por parte del protagonista.

Durante la discusión del proyecto, fueron partidarios del criterio psicológico: Lang, Deschamps, Müller, mientras que Zúcher, Gautier y otros votaron en contra, por considerar que se agregaba un factor de duda e imprecisión.

La semilla sembrada en Suiza se diseminó en todas direcciones y pronto reñicos del derecho penal de todo el mundo se afiliaron a una u otra tendencia.

La legislación no permanece ajena a ese estado de cosas y así en los distintos códigos aparecen artículos que evidencian una u otra presencia según el extremo en que se colocaron sus autores.

Pero, como siempre acontece en el amplísimo y a menudo intrincado campo del derecho, no tarda en surgir el que, al no poder adaptar sus ideas a una de las dos posiciones existentes, no trepida en enarbolar la bandera de una nueva escuela bautizada con el nombre de psiquiátrica-psicológica-jurídica.

¿En qué consistió la adaptación? Basó la imposibilidad en la apreciación hecha por el juez de la influencia que la enfermedad podría haber ejercido sobre el sujeto (\*).

#### **Legislación argentina. Antecedentes**

Este estado de cosas no podía dejar de penetrar en el ámbito jurídico argentino.

Así vemos que inicialmente, en el proyecto Tejedor y en el código de 1887, redactados con anterioridad al código suizo, sólo existe una enumeración de las diferentes causas de imposibilidad.

En el proyecto de 1906 se siguió la orientación dada por el doctor Ramos Mejía, incluyéndose el siguiente artículo:

\* Jiménez de Asúa.

"Estará exento de responsabilidad el que ha cometido y ejecutado el hecho en un estado de enajenación mental".

Es evidente la afinidad al criterio biológico y su gran parecido con el artículo 64 del código francés de 1810, lo que lo hace posible de las mismas críticas que se le formularon a aquél en su oportunidad. En efecto, reemplazar la expresión "dementia" por "enajenación mental" no ocasiona ventaja. El término es similar y presenta la misma imprecisión.

Con posterioridad a este proyecto que no llegó a tener sanción legislativa y, tal vez, como producto del triunfo obtenido por el criterio psicológico en la redacción del código suizo, el doctor Rodolfo Moreno, se orientó por esa senda al redactar el artículo 34:

"No son posibles:

1º) El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de incrimencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación..."

En 1908, Nerio Rojas planeó una reforma radical al redactar su proyecto sobre el estado peligroso. En esa oportunidad propuso un artículo para los alienados (art. 34) y otro para los semialienados (art. 35) (14).

En el primero, adopta el criterio biológico y en el segundo se refiere exclusivamente a lo que él denomina "estado peligroso".

En 1937, en el código presentado por Coll y Gómez se suprime la causa de imperabilidad siguiendo un criterio netamente positivista, pero dejando en pie las de justificación; se declara la responsabilidad de los locos, inconcientes y semialienados para poder aplicarles sanciones adecuadas de seguridad social.

Soler, efectuando un análisis del proyecto, opina que se ha seguido un doble criterio psiquiátrico y psicológico, ya que admite la intención para los delitos dolosos y aplica las escalas penales a los sujetos mentalmente sanos y capaces de proceder intencionalmente. Afirma, en conclusión, que existe un criterio biológico para los delitos culposos y postintencionales y, uno psicológico, para los dolosos.

En 1941, Peco sólo acepta como causa de imperabilidad, la coacción y el trastorno mental transitorio y no patológico. Se suma, pues, a la corriente biológica o positivista, eliminando por completo la comprensión o no del acto.

14 Art. 33: "No son posibles:

El anteproyecto del doctor Soler, en su artículo 24, sostiene el enfoque psiquiátrico-psicológico-jurídico y reemplaza la expresión "estado de inconciencia" contenida en el código, por "estado de grave perturbación de la conciencia". Así es que, cuando el psiquismo se halla gravemente afectado como para comprender la criminalidad del acto, la pena se atenúa de acuerdo a la escala del artículo 74.

En el artículo 26, legisla la situación de quienes han llegado voluntariamente al "estado de grave perturbación de conciencia que le impida comprender la criminalidad del acto". En esos casos aplica, si el agente se colocó en ese estado con el fin de cometer el hecho o procurarse una excusa, la pena correspondiente a los delitos dolosos. En las demás circunstancias, sanciona con la pena de los delitos culposos.

### **Legislación actual**

Hemos visto ya renglones arriba, el texto del artículo 34. Adopta una orientación psicológica que se pone de manifiesto al realizar un paralelo entre el código penal suizo y el argentino:

<i>Argentina</i>	<i>Suizo</i>
a) Insuficiencia de sus facultades;	a') Idiotez;
b') Alteraciones morbosas de las mismas;	b') Enfermedad mental;
c) Estado de inconciencia;	c') Grave alteración de la conciencia;
d) No haber comprendido la criminalidad del acto;	d') No poseer la facultad de apreciar el carácter delictuoso del acto;
e) No haber podido dirigir sus acciones.	e') No poder determinarse.

### **a) Insuficiencia de sus facultades:**

Quiere decir insuficiencia mental congénita o de la primera época de la vida. Es decir, incluye los diferentes tipos de alienación mental por detención del desarrollo cerebral.

### **a') Idiotez:**

Estado patológico caracterizado por falta de entendimiento o, lo que es lo mismo, disminución de la esfera racional. Es de carácter congénito y obedece a una detención o alteración del desarrollo biológico.

**b) Alteraciones morbosas de las mismas:**

Entendemos por ello todas las formas de alienación mental adquirida.

**b') Enfermedad mental:**

Lo consideramos como un proceso patológico de etiología variable que lleva a la disfunción o alienación mental.

**c) Estado de inconsciencia:**

Proceso transitorio de disgregación con automatismo psíquico y motor, pérdida de la personalidad psíquica superior con amnesia consecutiva que abarca el tiempo de duración del proceso.

**c') Grave alteración de la conciencia:**

Dentro de las diferentes acepciones de este término, adoptamos para este caso: "el conocimiento que el ser tiene de sus actos, de sí mismo y del medio ambiente".

Reconocemos diferentes grados que llevan desde la pérdida de la conciencia con conservación de las funciones motoras y vegetativas, a la pérdida de la conciencia con conservación únicamente de las funciones vegetativas. En todas ellas existe "pérdida de la personalidad psíquica con amnesia consecutiva".

**d) No haber comprendido la criminalidad del acto; d') No poseer la facultad de apreciar el carácter delictuoso del acto:**

Estas, al igual que las dos frases siguientes son de significado similar y plantean un diagnóstico retrospectivo de dificultades enormes, que en ocasiones impiden dar una conclusión categórica. En la práctica, este criterio es desechado, por lo general, ya que tomarlo en su letra, significaría condenar a algunos alienados lúcidos que delinquen a veces con plena conciencia<sup>(11)</sup>.

**Conclusiones:**

1 De la concepción, libertad-determinismo salen las dos grandes escuelas del Derecho Penal: la Clásica y la Positivista.

2 La idea de impunidad es netamente clásica; para los positivistas, no existe ese problema.

<sup>11</sup> Neri Rojas: "Medicina legal".

3 La imposibilidad como réplica de la imposibilidad, es tema también de la escuela clásica. Para los positivistas no puede haber imposibilidad desde el momento que todos los seres humanos son responsables por vivir en sociedad.

4 La imposibilidad puede legislarse con un criterio biológico (sólo es necesario la comprobación de la enfermedad mental); con un criterio psicológico (es imprescindible constatar enfermedad más inconciencia); con un criterio mixto (que implica una apreciación valorativa de la influencia ejercida por la enfermedad en la psiquis del sujeto).

5 Entre nuestros antecedentes legislativos han predominado proyectos que responden a la corriente biológica, pese a lo cual el código adopta en su primera parte del artículo 34 el criterio psicológico.

6 Para los fines pétricos, el agregado de "no haber podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones", sólo sirve como elemento de confusión e imprecisión y tan es así que la mayoría de los peritajes médico-legales, dejan de lado en su consideración, esta parte del artículo.

7 Es por ello, que dada las dificultades que presentan en su aplicación, nace el enfoque biológico como psicológico, se ha abierto paso con gran vigor la variante psiquiátrica-psicológica-jurídica. Esta formulación es la que adoptan la mayoría de las escuelas modernas de Derecho Penal, como la de Utrecht, y es la que sigue el doctor Soler en su anteproyecto de reformas al código que nos rige.

---

1º) el que haya cometido el hecho en estado de alienación mental, o de inconciencia completa.

a) En caso de absolución por alienación mental, el tribunal ordenará la internación del agente en un manicomio, del que no podrá salir sino por resolución judicial con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos oficiales que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

b) En caso de absolución por inconciencia completa, el tribunal ordenará su internación en un establecimiento adecuado, del que no podrá salir sino en las condiciones establecidas en el apartado a).

Atr. 35: "a) El autor de un delito que viva en estado de vagancia o mendicidad habitual o en la pobreza o beneficio de la prestación, del juego y, en general, de la mala vida, será condenado a reducción o pérdida o devalúo en un establecimiento por tiempo indeterminado no menor del máximo de la pena correspondiente al delito cometido. En caso de penas perpetuas el tribunal decidirá después de variatísimo años, si debe aplicarse o no el inciso c) de este artículo.

b) El que no siendo alienado hubiere cometido un delito o falta de grave anomalía psíquica, o en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o el uso de drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento adecuado, por tiempo indeterminado, no menor de la mitad del máximo de pena establecido para el delito o 20 años en el caso de prisión o exclusión perpetua, salvo que la autoridad judicial en la sentencia, o posteriormente, en caso de no ser conveniente o necesaria su permanencia en el establecimiento especial resuelva su internación en un establecimiento penal.

c) El que hubiere sido objeto de las sanciones de los apartados a) y b) de este artículo, sólo podrá ser liberado condicionalmente al vencimiento del término mínimo fijado en cada una de ellas, por resolución judicial previa informe de la dirección del establecimiento, que funde la presunción de que ha adquirido hábitos de trabajo y, separadamente, de peritos oficiales que determinen la cesación de su estado peligroso.

El auto de rebuena será dictado bajo las condiciones señaladas en los incisos 1 al 5 del artículo 13, las que regirán por un término de 3 años a contar del día de la liberación. Ésta podrá ser revocada por la violación de cualquiera de ellas, en cuyo caso será necesario el transcurso de otros dos para que pueda ser concedida de nuevo en las mismas condiciones de aplicación y revocación".





## ESQUEMA GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA EN Kelsen

Por EDUARDO A. ZANNOVI

### I

La relativa dificultad del tema que incluye Kelsen como capítulo final a su Teoría General del Derecho, nos impulsa a verter los breves párrafos que siguen, en forma esquemática, una ligera exposición del contenido de aquel tema.

No es obvio aclarar que esta exposición, con sus modestos alicios, tiene como único destinatario al estudiante que, enfrentado con la obra del Maestro Viena debe interpretar el sentido de la llamada jurisprudencia sociológica cuya enunciación de principios se hacen en la Teoría.

El fin del presente es pues, simple y concreto. No aspira más que a servir de fax introductora al capítulo en cuestión, mostrando en líneas generales las ideas fundamentales que más tarde, en una u otra forma, los diversos autores de la escuela sociológica desarrollan desde su propio miraje. No es, por tanto, el que sigue, un trabajo original. Pero sí, sacrificando la originalidad lográndose claridad en quienes lo lean, la meta aunque humilde, habérselo alcanzado crecidamente.

### II

Cuando Kelsen desarrolla los principales aspectos de la jurisprudencia sociológica, ha agotado ya, la exposición de su concepto normativo del Derecho, tanto en la fax estática (la norma en sí misma cual juicio del deber ser), como en la fax dinámica (el orden jurídico en su plenitud). Intenta, pues, nuestro autor, contraponer a su concepción, la llamada teoría realista, la que es objeto de estudio de numerosos autores algunos de los cuales son citados en la Teoría General. Para lograr una comprensión cabal de dicha contraposición es menester previo mostrar las bases generales de la teoría jurídica normativa.

El Derecho —define Kelsen—, es un orden de la conducta humana. Orden, como elemento de esa definición significa precisamente, conjunto de

normas del deber ser coercitivo, ello es, normas jurídicas. Estas normas, a su vez, lo serán efectivamente respecto del orden, en cuanto sean válidas; concepto que implica su obligatoriedad al haber sido creadas por el órgano que el propio orden encarga. La diversa gradación normativa —que va desde la norma fundamental hasta la sanción individual—, comporta en su conjunto el ordenamiento llamado Derecho.

Contemplado desde este ángulo, el fenómeno jurídico se presenta en un plano puramente lógico y no causal; el del "deber ser" y no el del "ser"; pues la eficacia de dicho fenómeno se desarrolla —salvo el caso de referirse a la totalidad del orden—, en un plano diverso y no implicante a su validez que trasciende en la existencia específica de las normas.

La jurisprudencia sociológica intenta mostrar lo jurídico, sacándolo de este plano y transponiéndolo sus elementos, el propio de la conducta humana como quehacer efectivo, el que, en tanto referido al Derecho construído, quehacer jurídico. La Sociología no niega la existencia de las normas generales e individuales objeto de la sistematización kolésiana, pero discrepa en considerarlas como el Derecho mismo. Las leyes dadas por la Sociología se explican no en la existencia específica de las normas, sino en la conducta frente a ellas. La enunciación de estas leyes no difiere de tal modo, de la enunciación acerca de los juicios de la naturaleza: "Dado A, es B".

¿Cómo se desarrolla y fundamenta esta teoría que se ha dado en llamar jurisprudencia realista?

Debemos señalar que presupone dos fenómenos propios y que son de vital importancia: validez y eficacia.

A) La conducta que ha de ser contenido de la ley jurídica sociológica, necesita en esencia estar referida a una norma válida, o en otras palabras, a una norma obligatoria existente en lo que se podría llamar el complejo legal.

B) Presupuestar la validez de la norma es menester que lo que ella enuncia, en el plano real de los hechos efectivamente se produzca. Como dice MAX WEBER, citado por KELSIN: "La sociología investiga lo que realmente acontece en una sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros crean en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden".

Si la norma es válida y eficaz —en terminología kolésiana—, surge recién la ley jurídica que nos brinda la escuela sociológica. Dicha ley expresará que, en presencia de determinado hecho o conducta contenido en una norma válida, como presupuesto de determinadas consecuencias, se han de producir en los casos concretos las mismas consecuencias que efectivamente se dan en el terreno fíctico cuando tal hecho o circunstancia se produce.

He ahí enunciada la regla sociológica. Es claro que en su lenguaje no aparecen los conceptos de validez y eficacia con el mismo sentido dado por

**KELSEN** a ambos vocablos. Cuando los autores de la teoría sociológica se refieren a la validez de la norma general no hacen sino referirse a su eficacia. El fenómeno de validez como concepto intrínsecamente normativo es ignorado —aunque no implícitamente considerado—, por los autores de la jurisprudencia realista. Una norma es válida —para éstos—, cuando es eficaz, o sea cuando es aplicada ante la producción de los hechos condicionantes que tienen una imputación específica dada por la norma.

Es perfectamente claro que si las leyes jurídicas sociológicas se refieren a la conducta que efectivamente provoca una determina norma o un conjunto de ellas, su contenido es idéntico —por involucrarse en idéntica categoría ontológica—, a un juicio acerca de los fenómenos de la naturaleza. Las "profecías" a que alude **HOLMES** construyendo al Derecho, relacionan una causa a un efecto.

En tanto que al normativismo le incumbe hacer objeto de su estudio un conjunto de normas existentes en el terreno lógico, susceptibles de aplicación efectiva, el sociologismo configura sus normas ante la aplicación real de los preceptos jurídicos, y dichas normas no son sino la enunciación de la referida aplicación, y ante ella, del causalismo que engendra el condicionante respecto de sus consecuencias.



## TEXTOS



## CONVENCIÓN DE REGLAMENTACION DE LA NAVEGACION AEREA (\*) (\*\*)

(París, 13 de octubre de 1919)

Por MANUEL T. RÍO

TRADUCCIÓN POR MANUEL TOMÁS RÍO

### Capítulo I — Principios generales

*Artículo 1º* — Las Altas Partes Contratantes reconocen que cada Potencia tiene plena y exclusiva soberanía sobre el espacio atmosférico encima de su territorio.

En la presente Convención, se entenderá por territorio de un Estado el territorio nacional metropolitano y colonial, juntamente con las aguas territoriales adyacentes a dicho Territorio.

*Art. 2º* — Cada Estado contratante se obliga a conceder a las aeronaves de los otros estados contratantes, en tiempo de paz, libertad de paso inocente por sobre su propio territorio, si se cumplen las condiciones establecidas en la presente Convención.

<sup>1</sup> Texto modificado por los Protocolos de 27 de octubre de 1923 y 30 de junio de 1925, que sustituyen los artículos 3 y 34, entrados en vigor el 14 de diciembre de 1926. En el texto, las modificaciones respectivas figuran en baja medida.

Las modificaciones y enmiendas que agregado posteriormente la Conferencia Internacional de 1929 a los artículos 1, 3, 7, 13, 14, 41 y 42, aparecen en notas a dichos artículos.

<sup>2</sup> La traducción ha sido hecha sobre el texto oficial francés puesto al día hasta el año 1926, publicado por la Comisión Internacional de Navegación Aérea (C.I.N.A.) y reproducido en la Tesis doctoral de Albert Espes, Secretario General de dicha Comisión: "La Convención Internacional de 13 octubre 1919, portant réglementation de la Navigation Aérienne. Son origine. Ses applications. Son avenir." (L'école de l'Émile Lévy, Paris, 1930). Esta obra por ha sido posteriormente facilitada por la Dirección Nacional de Aviación Civil.

Se ha escrito a la vista la valiosa traducción de R. Gay de Moëtta, en su obra: "Las Leyes de la Aeronáutica" (Llibreria Bosch, Barcelona, 1927).

Los reglamentos que dicte un Estado contratante para la admisión de aeronaves de los otros Estados contratantes sobre su territorio deben ser aplicados sin distinción de nacionalidad.

Art. 39 — Cada Estado contratante tiene el derecho de prohibir el sobrevuelo de ciertas zonas de su territorio a las aeronaves de los otros Estados contratantes por razones de orden militar o de seguridad pública, bajo las penas previstas en su propia legislación y con la reserva de que no hará distinción en esta materia entre sus propias aeronaves privadas y las de otros Estados contratantes.

Dado el caso, deberá aplicarse y notificarse a los Estados contratantes la posición y la extensión de las zonas prohibidas (\*).

Art. 40 — Toda aeronave que entre sobre una zona prohibida inmediatamente que se dé cuenta de ello, deberá dar la señal de alarma prevista en el párrafo 17 del Anexo D y estará obligada a aterrizar fuera de la zona prohibida, lo más pronto y lo más cerca posible, en un aeródromo del Estado indebidamente sobrevolado.

## Capítulo II — Nacionalidad de las aeronaves

Art. 50 — (\*) Salvo autorización especial y temporaria ningún Estado contratante admitirá la circulación sobre su Territorio de

\* El Protocolo firmado el 15 de junio de 1929 modificó este párrafo en los siguientes términos: "Cada Estado contratante puede restringir excepcionalmente el sobrevuelo de dichas zonas por sus aeronaves nacionales, en interés de la seguridad pública.

"Se publicará y se notificará previamente a todos los Estados contratantes y a la Comisión Internacional de Navegación Aérea la posición y la extensión de las zonas prohibidas. Se publicará y se notificará también las autorizaciones excepcionales acordadas en virtud del párrafo precedente.

"Cada Estado contratante se reserva, además, el derecho de restringir o de prohibir, provisionalmente, en tiempo de paz, en circunstancias excepcionales y con efecto inmediato, el sobrevuelo de su territorio o de una parte del mismo, bajo la condición de que tal restricción o prohibición sea aplicable a las aeronaves de todos los otros Estados, sin distinción de nacionalidad.

"La decisión será publicada, notificada a todos los Estados contratantes y comunicada a la Comisión Internacional de Navegación Aérea."

\* El Protocolo de 1929 cambia este artículo al final del Capítulo I y lo sustituye como sigue:

"Cada Estado contratante tiene derecho de firmar convenciones particulares con Estados no contratantes.

"Las estipulaciones de tales convenciones particulares no deben menoscabar los derechos de las partes contratantes de la presente Convención.



una aeronave que no posea la nacionalidad de alguno de los Estados contratantes, a menos que haya concluido un convenio particular con el Estado en el cual la aeronave está matriculada. Las estipulaciones de tal convenio particular no deberán menoscabar los derechos de las partes contratantes de la presente Convención a cuyas normas y las de sus anexos deberán conformarse. El Convenio particular será comunicado a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, que lo notificará a los otros Estados Contratantes.

*Art. 69* — Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en cuyo registro están matriculadas, según las disposiciones de la sección I c) del anexo A.

*Art. 70* — (1) La aeronaves no serán matriculadas en un de los Estados contratantes si no pertenecen por entero a súbditos de dicho Estado.

Ninguna sociedad podrá ser registrada como propietaria de una aeronave si no posee la nacionalidad del Estado en el cual la aeronave está matriculada, si el Presidente de la Sociedad y por lo menos los dos Tercios de sus administradores no tienen esa misma nacionalidad, y si la sociedad no cumple otros requisitos que fueran impuestos por las leyes de dicho Estado.

*Art. 80* — Una aeronave no puede ser matriculada válidamente en más de un Estado.

*Art. 90* — Cada mes los Estados contratantes intercambiarán y transmitirán a la Comisión Internacional de Navegación Aérea prevista en el artículo 34, copias de las inscripciones y de las cancelaciones de inscripciones efectuadas en su registro de matrícula durante el mes anterior.

*Art. 10* — En la navegación internacional, toda aeronave deberá llevar un distintivo de nacionalidad y un distintivo de matriculación de conformidad a las disposiciones del Anexo A, así como también el nombre y el domicilio de su propietario.

Las mismas Convenciones particulares, en la medida en que no objeten lo por sí, no deben estar en contradicción con los principios generales de la presente Convención.

"Deben ser comunicadas a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, la cual las notificará a los otros Estados contratantes."

El Protocolo de 1929 sustituye este artículo por el siguiente:

"Artículo 7: Las aeronaves a que se refiere el artículo precedente, serán matriculadas de conformidad a las leyes y a las disposiciones especiales de cada Estado contratante."

### Capítulo III — Certificados de navegabilidad y de aptitud

*Art. 11* — En la navegación internacional, toda aeronave deberá estar provista de un certificado de navegabilidad, otorgado o habilitado por el Estado cuya nacionalidad posea, en las condiciones previstas en el Anexo B.

*Art. 12* — El comandante, los pilotos, los mecánicos y los demás miembros del personal de conducción de una aeronave deben estar provistos de certificados de aptitud y de licencias otorgados en las condiciones previstas en el Anexo E o habilitados por el Estado cuya nacionalidad posea la aeronave.

*Art. 13* — El certificado de navegabilidad, los certificados de aptitud y las licencias otorgados o habilitados por el Estado cuya nacionalidad posea la aeronave y establecidos de conformidad a las reglas fijadas por los Anexos B y E y, posteriormente, por la Comisión Internacional de Navegación Aérea, serán reconocidos como válidos por los otros Estados.

Cada Estado tiene el derecho de no reconocer como válidos para la circulación dentro de los límites y por encima de su propio territorio, los certificados y las licencias otorgadas a sus súbditos por otro Estado contratante.

*Art. 14* — Ninguna aeronave podrá llevar aparatos radiotelegráficos sin una licencia especial expedida por el Estado cuya nacionalidad posea. Dichos aparatos no podrán ser manipulados sino por miembros de la tripulación provistos de una licencia especial al efecto.

Toda aeronave afectada a un transporte público y capaz de llevar diez personas por lo menos, deberá estar provista de aparatos radiotelegráficos (emisores y receptores), una vez que la Comisión Internacional de Navegación Aérea haya determinado las modalidades de su utilización.

Dicha Comisión podrá extender ulteriormente la obligación de llevar aparatos de radiotelegrafía a todas las otras categorías de aeronaves, en las condiciones y según las modalidades que determine.

### Capítulo IV — Admisión a la navegación aérea sobre un territorio extranjero

*Art. 15* — Toda aeronave de un Estado contratante tiene derecho de atravesar la atmósfera de otro Estado sin aterrizar, debiendo en tal caso seguir el itinerario fijado por el Estado sobrevolado. Sin

embargo, por razones de seguridad general, estará obligada a aterrizar si recibe orden por medio de las señales previstas en el Anexo D, (6).

Toda aeronave que pasa de un Estado a otro, debe aterrizar en el aeródromo designado por este último si así lo exige el reglamento vigente en él. Los Estados contratantes notificarán tales aeródromos a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, la cual transmitirá dicha notificación a todos los Estados contratantes.

El establecimiento de vías internacionales de navegación aérea está subordinado al consentimiento de los Estados sobrevolados (7).

*Art. 16* — Cada Estado contratante tiene derecho de imponer en favor de sus aeronaves nacionales reservas y restricciones sobre transporte comercial de personas y de mercaderías entre dos puntos de su territorio.

Tales reservas y restricciones deberán ser inmediatamente publicadas y comunicadas a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, que las notificará a los demás Estados contratantes.

*Art. 17* — Las aeronaves de un Estado contratante que haya establecido restricciones y reservas de conformidad al artículo 16, podrán ser sometidas a las mismas restricciones y reserva en cualquier otro Estado contratante, aun cuando éste no las imponga a las otras aeronaves extranjeras.

*Art. 18* — Toda aeronave de paso o en tránsito por la atmósfera de un Estado contratante, incluso en los aterrizajes y en las paradas razonablemente necesarias, podrá ser sustraída a un embargo por causa de usurpación de patente, dibujo o modelo, mediante el depósito de una fianza cuyo monto, a falta de acuerdo amistoso, será fijado, en el plazo más breve posible, por la autoridad competente del lugar del embargo.

#### **Capítulo V — Reglas que deben observarse al despegar, durante el viaje, y al aterrizar**

*Art. 19* — Toda aeronave aplicada a la navegación internacional debe estar provista de:

<sup>6</sup> El Protocolo de 1929 agregó:

"Ninguna aeronave de un Estado contratante que para un día sólo sea piloto pueda sobrevolar sin piloto el territorio de otro Estado contratante, salvo autorización especial".

<sup>7</sup> El Protocolo de 1929 modificó ese párrafo así:

"Cada Estado contratante podrá subordinar a su autorización previa el establecimiento de vías internacionales de navegación aérea, así como también la creación y la explotación de líneas internacionales regulares de navegación aérea, con o sin ellas, sobre su territorio."

- a) Un certificado de matrícula, según el anexo A;
- b) Un certificado de navegabilidad, según el anexo B;
- c) Los certificados de habilitación y las licencias del comandante, de los pilotos y de las personas de la tripulación, según según anexo E;
- e) Si transporta mercancías, los conocimientos y el manifiesto;
- d) Si transporta pasajeros, la lista nominal de éstos;
- f) Los libros de a bordo, según el anexo C;
- g) Si lleva a bordo aparatos radiotelegráficos, la licencia prevista en el artículo 14.

*Art. 20.* — Los libros de a bordo deberán ser conservados por dos años, contados a partir de la última inscripción que se haya hecho en ellos.

*Art. 21.* — Al despegue y al aterrizaje de una aeronave, las autoridades del país tendrán, en todos los casos, el derecho de visitarla y de verificar todos los documentos de que debe estar provista.

*Art. 22.* — Las aeronaves de los Estados contratantes tendrán derecho a las mismas medidas de asistencia a que tienen derecho las aeronaves nacionales para el aterrizaje, en particular en los casos de peligro.

*Art. 23.* — El salvamento de las aeronaves perdidas en el mar será regulado por los principios del derecho marítimo, salvo convenciones contrarias.

*Art. 24.* — Todo aeródromo de un Estado contratante que esté abierto al uso público de las aeronaves nacionales con cargo de pago de ciertos derechos, deberá estar abierto a las aeronaves de los otros Estados contratantes, en las mismas condiciones.

Para cada uno de los aeródromos habrá una tarifa única de aterrizaje y de estadía aplicable, indiscriminadamente, a las aeronaves nacionales y a las extranjeras.

*Art. 25.* — Cada Estado contratante se compromete a tomar las medidas adecuadas para garantizar que toda aeronave que navegue por sobre su territorio, así como también toda aeronave que lleva la contraseña de su nacionalidad, cualquiera sea el lugar en que se encuentre, observe las reglas enunciadas en el anexo D.

Cada Estado contratante se compromete a asegurar la captura y la sanción de los contraventores.

#### Capítulo VI — Transportes prohibidos

*Art. 26* — Está prohibido en la navegación internacional el transporte por vía aérea de explosivos, armas y municiones de guerra. Las aeronaves extranjeras tienen prohibido transportar artículos de esa especie de un punto a otro del Territorio de un Estado contratante.

*Art. 27* — En materia de navegación aérea, cada Estado puede prohibir o reglamentar el transporte o el uso de aparatos fotográficos. Toda reglamentación al respecto deberá ser notificada inmediatamente a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, la cual comunicará la información a los otros Estados contratantes.

*Art. 28* — Por razones de orden público, el transporte de objetos diferentes de los mencionados en los artículos 26 y 27, podrá ser sometido a restricciones por todo Estado contratante. La reglamentación deberá ser notificada inmediatamente a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, la cual la comunicará a los demás Estados contratantes.

*Art. 29* — Todas las restricciones indicadas en el artículo 18 deberán ser aplicadas indistintamente a las aeronaves nacionales y extranjeras.

#### Capítulo VII Aeronaves de estado

*Art. 30* — Serán consideradas aeronaves de Estado:

- a) Las aeronaves militares;
- b) Las aeronaves exclusivamente afectadas a un servicio de Estado, como ser: Correo, Aduana, Policía.

Las restantes aeronaves serán consideradas aeronaves privadas.

Todas las aeronaves de Estado, salvo las Militares, de Aduana y de Policía, serán tratadas como aeronaves privadas y, como tales, sometidas a todas las disposiciones de la presente Convención.

*Art. 31* — Toda aeronave comandada por un militar comisionado a tal efecto, será considerada aeronave militar.

*Art. 32* — Ninguna aeronave militar de un Estado contratante deberá sobrevolar el territorio de otro Estado contratante ni aterrizar en él, a menos que haya recibido una autorización especial. En este caso la aeronave militar, salvo estipulación contraria, gozará, en principio, de los privilegios habitualmente acordados a las naves de guerra extranjeras.

Una aeronave que haya aterrizado por necesidad o por requerimiento u orden de que lo haga, no adquirirá, por esa causa privilegio alguno de los enumerados en el inciso 1º.

*Art. 33* — Mediante acuerdos particulares concluidos por separado, los Estados determinarán los casos en los cuales las aeronaves de policía y de aduana podrán ser autorizadas a pasar la frontera. Dichas aeronaves no gozarán de los privilegios previstos en el artículo 32.

### Capítulo VIII — Comisión Internacional de Navegación Aérea

*Art. 34* — Se instituirá una comisión internacional permanente, colocada bajo la autoridad de la Sociedad de las Naciones con el nombre de Comisión Internacional de Navegación Aérea, compuesta por:

Dos representantes por cada uno de los Estados siguientes: Estados Unidos de América, Francia, Italia y Japón.

Un representante por Gran Bretaña y uno por cada uno de los Dominios Británicos y por la India.

Un representante por cada uno de los demás Estados contratantes (\*).

*Cada Estado representado en la Comisión (Gran Bretaña con sus Dominios y la India cuentan a ese efecto como un solo Estado), tendrá cada uno un sólo voto.*

La Comisión Internacional de Navegación Aérea determinará las reglas de su propio procedimiento y el lugar de su sede permanente, pero estará facultada para reunirse en donde lo estime conveniente. Su primera reunión se efectuará en París; la convocación será hecha por el gobierno francés en seguida que la mayoría de los Estados firmantes le hayan notificado su ratificación a la presente Convención.

Esta Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Recibir las propuestas de cualquier Estado contratante o hacer propuestas a cualquier Estado contratante, a fin de modificar

- e enmendar las disposiciones de la presente Convención, y notificar las enmiendas adoptadas;
- b) Ejercer las funciones que se le atribuyen en el presente artículo y en los artículos 9, 13, 14, 15, 16, 27, 28, 36 y 37 de la presente Convención;
- c) Hacer cualquier enmienda a los anexos A a G;
- d) Centralizar las informaciones de cualquier índole referentes a la navegación aérea internacional y comunicarlas a los Estados contratantes;
- e) Centralizar todas las informaciones concernientes a la radio-telegrafía, a la meteorología y a la medicina, que sean de interés para la navegación aérea, y comunicarlas a los Estados contratantes;
- f) Asegurar la publicación de planes para la navegación aérea de conformidad con las disposiciones del anexo F;
- g) Emitir opiniones sobre las cuestiones que los Estados puedan someter a su examen.

Toda modificación a las disposiciones de cualquiera de los anexos podrá ser adoptada por la Comisión Internacional de Navegación Aérea, cuando esta modificación sea aprobada por los tres cuartos (\*) del total posible de los votos que podrían ser emitidos si todos los Estados estuvieran presentes: *Dicha mayoría debe, además, comprender por lo menos a tres Estados de los cinco siguientes: Estados Unidos de Nortea América, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón.* La modificación tendrá efecto cuando haya sido notificada a todos los Estados contratantes por la Comisión Internacional de Navegación Aérea.

Toda propuesta de modificación a los artículos de la presente Convención será discutida por la Comisión Internacional de Navegación Aérea, sea que provenga de uno de los Estados contratantes, sea que provenga de la misma Comisión. No podrá proponerse a la aceptación de los Estados contratantes modificación alguna de esta naturaleza, excepto si ha sido aprobada previamente por los dos tercios, al menos, del total posible de votos de la Comisión.

Las modificaciones a los artículos de la Convención, no a los anexos, deberán ser adoptadas expresamente por los Estados contratantes.

\* El Protocolo de 1929 dice:

(por los tres cuartos por lo menos) "del total posible de votos representados en la sesión y por las dos terceras partes del total posible de los votos que podrían ser emitidos si todos los Estados estuvieran representados."

Los gastos de organización, y de funcionamiento de la Comisión Internacional de Navegación Aérea serán costeados por los Estados contratantes: los Estados Unidos de América, el Imperio Británico, Francia, Italia y Japón, comparendo dos partes afianzadas cada uno, y los demás Estados contratantes una parte cada uno <sup>(10)</sup>.

Los gastos ocasionados por el envío de delegaciones técnicas serán sufragados por sus respectivos Estados.

#### Capítulo IX — Disposiciones Finales

*Art. 35* — La Alta Parte contratantes, cada una en cuanto a ella concierne, se comprometen a cooperar en lo posible en las medidas internacionales sobre:

- a) Centralización y Distribución de las informaciones meteorológicas, sean estadísticas, corrientes o especiales, de conformidad a las disposiciones del anexo G;
- b) Publicación de planos aeronáuticos, así como implantación de un sistema de señales aeronáuticas, de conformidad a las "impresiones" de la "Asociación";
- c) Uso de la radiotelegrafía en la navegación aérea, instalación de las estaciones radiotelegráficas necesarias, y observancia de los reglamentos radiotelegráficos internacionales.

*Art. 36* — Son materia de un acuerdo particular, en el Anexo H de la presente Convención, las disposiciones generales sobre aduanas, en la referente a la navegación aérea internacional.

Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada como opuesta a la estipulación por los Estados contratantes, de conformidad a los principios establecidos por la misma Convención, de protocolos especiales entre Estado y Estado, sobre Aduanas, Policía, Correos o cualquier otro objeto de interés común relacionado con la navegación aérea. Tales protocolos deberán ser inmediatamente notificados a la Comisión Internacional de Navegación Aérea, la cual los comunicará a los otros Estados contratantes.

*Art. 37* — En caso de discrepancia entre dos o más Estados sobre la interpretación de la presente Convención, el litigio será resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional <sup>(11)</sup> que establecerá la

<sup>10</sup> El Protocolo sustituye este párrafo por el siguiente:

... "Los gastos de la Comisión Internacional de Navegación Aérea serán sufragados por los Estados contratantes, en la proporción que fija dicha Comisión."

<sup>11</sup> El Protocolo de 1929 dice:

"(...) por la Corte de Justicia Internacional.) Sin embargo, si alguno de los Estados interesados no hubiere aceptado los protocolos, referidos a la Corte, el litigio será resuelto, a su pedido, por vía de arbitraje."



Sociedad de las Naciones y, hasta la organización de dicha Corte, por vía de arbitraje.

Las partes, si no se pusieran de acuerdo directamente sobre la elección de los árbitros, procederán de la siguiente manera: Cada parte designará un árbitro y los árbitros se reunirán para designar el árbitro tercero. Si los árbitros no se pusieran de acuerdo, las partes designarán, cada una, un tercer Estado, y los Estados terceros así elegidos procederán al nombramiento del árbitro tercero, o bien de común acuerdo, o bien proponiendo cada uno un nombre, y librando la elección a la suerte.

Los desacuerdos sobre los reglamentos técnicos anexas a la presente Convención serán definidos por la Comisión Internacional de Navegación aérea, por mayoría de votos.

En caso de que el desacuerdo recaiga sobre la cuestión de saber si se trata de la interpretación de la Convención o de un Reglamento, el Tribunal Arbitral previsto en el primer párrafo del presente artículo tendrá facultades soberanas para decidir.

*Art. 38* — En caso de guerra, las estipulaciones de la presente Convención no menoscabarán la libertad de acción de los Estados contratantes, como beligerantes o como neutrales.

*Art. 39* — Las disposiciones de la presente Convención se completan por los anexos A a H, los cuales, salvo lo dispuesto en el artículo 34, inciso c), tienen igual valor que la Convención y entrarán a regir simultáneamente con ella.

*Art. 40* — Los Dominios Británicos y la India serán considerados como Estados a los efectos de la presente Convención.

Los territorios y los súbditos de los territorios protegidos o administrados en nombre de la Sociedad de las Naciones serán asimilados, a los efectos de la presente Convención, a los territorios y a los súbditos del Estado Protector o mandatario.

*Art. 41* — Los Estados que no han tomado parte en la guerra de 1914-1919 serán admitidos a adherir a la presente Convención <sup>(12)</sup>.

La adhesión será notificada por vía diplomática al gobierno francés, y, por su intermedio, a todos los Estados firmantes o adherentes.

*Art. 42* — <sup>(13)</sup> Todo Estado que haya tomado parte en la guerra de 1914-1919 y no sea firmante de la presente Convención no podrá ser admitido a adherir a ella si no es miembro de la Sociedad de las

<sup>12</sup> El Protocolo de 1929 sustituyó este párrafo por el siguiente: "Cualquier Estado será admitido a adherir a la presente Convención."

<sup>13</sup> El Protocolo de 1929 suprimió este artículo.

Naciones, o bien, hasta el 1º de enero de 1923, si su adhesión no tiene el consentimiento de las Potencias aliadas o asociadas firmantes del Tratado de Paz concluido con dicho Estado. Después del 1º de noviembre de 1923, se podrá admitir su adhesión si es aceptada por las tres cuartas partes, por lo menos, de los Estados firmantes y adherentes. La votación se hará en las condiciones establecidas en el artículo 34 de la presente Convención.

Los pedidos de adhesión serán dirigidos al Gobierno de la República francesa, el cual los comunicará a las otras Potencias contratantes. A menos que el Estado peticionante sea admitido de pleno derecho, por ser miembro de la Sociedad de las Naciones, el gobierno francés recibirá los sufragios de aquellas Potencias y les hará conocer el resultado de la votación.

*Art. 43* — La presente convención no podrá ser denunciada antes del 1º de enero de 1922. La denuncia deberá ser notificada al Gobierno de la República Francesa el cual la comunicará a las otras partes contratantes; no tendrá efecto si no un año después de su notificación y valdrá sólo en lo referente a la Potencia que la haya hecho.

La presente Convención será ratificada.

Cada Potencia enviará su ratificación al Gobierno francés, el cual se encargará de hacerla saber a los otros Estados contratantes.

Las ratificaciones quedarán depositadas en los archivos del gobierno francés.

Para cada Potencia firmante, en relación a las otras Potencias que hubieran ratificado anteriormente esta Convención, la misma entrará en vigor cuarenta días después de la presentación de su ratificación.

Inmediatamente de que haya entrado en vigor la presente Convención, el Gobierno francés enviará una copia certificada a las Potencias que se hayan comprometido por los tratados de Paz a aplicar reglas de navegación aérea conforme a las de esta Convención.

Hecho en París, el trece de octubre de mil novecientos diecinueve, en un solo ejemplar, que quedará depositado en los archivos del Gobierno de la República Francesa, y de cuyas copias auténticas se hará entrega a los Estados contratantes. Dicho ejemplar, fechado como lo está más arriba, podrá ser firmado hasta el diez de abril de mil novecientos veinte, inclusive.

En fé de lo cual los plenipotenciarios firman la presente Convención, cuyo texto francés, inglés e italiano todos tienen igual valor <sup>(14)</sup>.

<sup>14</sup> El Protocolo de 1929 agrega:

"La presente Convención ha sido redactada en francés, en inglés y en italiano. En caso de discrepancia se estará a lo que diga el texto francés."

## **ESCRITOS JUDICIALES**



## CONTRATOS AGRARIOS (\*)

Por MARIO R. DE MARCO NAÓN

### 1) Contrato de Arrendamiento (1)

En la localidad de ....., Provincia de .....  
a ..... días del mes de ..... de mil novecientos .....,  
comparecieron ante este ....., por  
una parte (2) ..... llamado en lo sucesivo "el arrendador"  
y por la otra (3) ..... llamado en lo sucesivo "el arrendatario"  
y manifestaron que, en virtud de lo dispuesto por los arts. 4) de  
la ley 13.246 y 50 de su decreto reglamentario 7786/49, convienen en formalizar el presente contrato bajo las siguientes cláusulas:

ARTICULO PRIMERO: El arrendador cede en arrendamiento al arrendatario una fracción de campo de su propiedad ubicada en .....  
provincia de ..... <sup>departamento</sup> de .....  
..... <sup>partido</sup> que dista .....  
..... <sup>avellaneda, pedernales</sup> kilómetros de la estación o puerto de embarque ....., cuya

(\*) En la realidad jurídico-económica y social de nuestro agro los contratos agrarios representan una importante institución que se emplea muy frecuentemente, dadas las condiciones de trabajo que rigen en el campo.

La legislación es copiosa y la dificultad de comprender las modificaciones y actualizaciones del régimen contractual agrario, hace que sea en ciertos casos muy confuso, en su aplicación.

Puede ser de utilidad preservar los modelos de los contratos más comunes en la actividad agropecuaria, pues los libros de textos no tienen ejemplos y son pocas las obras especializadas que hacen mención a ellas con criterio político más que doctrinario o político.

Es necesario señalar que en todos los contratos que a continuación se desarrollan, voluntariamente las partes podrán establecer en una cláusula del convenio que toda cuestión que se suscite como consecuencia del contrato y de las leyes que lo rigen, será sometida a las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales, en su carácter de organismos de conciliación y arbitraje.

Debemos agradecer a la Dirección de Arrendamientos y Aparcerías Rurales dependiente de la Secretaría de Agricultura y Ganadería de la Nación el material facilitado que posibilitó este trabajo.

1 Según la ley 13.246 y sus modificaciones.

2 Indicar nombres, apellidos, nombres, estado civil y domicilio.



## 2) Contrato de Aparcería (\*)

En la localidad de ..... provincia de .....  
a ..... días del mes de ..... de mil  
novecientos ..... comparecieron ante mí .....  
por una parte ..... llamado en lo sucesivo "el apar-  
cero dador" y por la otra ..... llamado en lo sucesivo  
"el aparcerero" y manifestaron que en virtud de lo dispuesto por los artículos  
40 de la ley 13.246 y 50 de su decreto reglamentario 7786/49, convienen en  
formalizar el presente contrato bajo las siguientes cláusulas:

ARTÍCULO PRIMERO: El señor ..... cede en  
aparcería al señor ..... una fracción de campo  
de su propiedad ubicada en ..... provincia de .....

.....  
..... departamento ..... de .....  
..... partido .....  
..... distrito, cuartel .....

....., que mide .....  
..... hectáreas,  
..... kilómetros de la estación o puerto de embarque;  
cuya superficie es de ..... hectáreas,  
líneas, ..... centímetros y que tiene por linderos los que a continuación  
se especifican: .....

ARTÍCULO SEGUNDO: El aparcerero aporta (\*) .....  
El aparcerero aporta (\*) .....

ARTÍCULO TERCERO: A los efectos del art. 18 incisos b) y c) de  
la ley 13.246, se deja constancia que el predio se halla afectado por plagas  
o malezas que se especifican a continuación: (12): .....

ARTÍCULO CUARTO: El porcentaje de distribución de frutos que el  
aparcerero entregará al aparcerero dador se establece en (13) .....

ARTÍCULO QUINTO: Se hace constar que el aparcerero se encuentra  
en la tenencia del predio desde el .....

ARTÍCULO SEXTO: El domicilio real del aparcerero dador es .....  
..... y el del aparcerero .....

\* Según la ley 13.324.

8 Debe indicarse detalle y estado de todos los aperos (mejores, implementos,  
animales, etc.).

10 Ver nota 3.

11 Especificar porcentaje, forma y tiempo lugar de entrega.

ARTICULO SEPTIMO: El aparcerero destinará el campo a la explotación (13) .....

ARTICULO OCTAVO: El plazo de esta aparcería es de ..... años a contar desde el ..... de ..... de mil novecientos ..... venciendo, por consiguientes, el ..... de ..... de mil novecientos (14) .....

ARTICULO NOVENO: El aparcerero podrá dedicar sin cargo para vivienda, pastoreo y huerta .....

ARTICULO DECIMO: Si el aparcerero hiciera uso de la facultad que le acuerda el art. 9 de la ley 13.246, deberá notificar su decisión fehacientemente y con la anticipación necesaria al aparcerero dador. En tal caso abonará la suma de ..... Con lo que terminó el acto, firmando las partes por ante mí que doy fe, en ..... ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto en el lugar y fecha arriba expresados.

### 3) Contrato Accidental (14)

En ..... a los ..... días del mes de ..... de 196 ..... comparecen por una parte don ..... llamado en lo sucesivo "el propietario" y por la otra don ..... llamado en adelante "el contratista" y acuerdan celebrar el siguiente contrato de conformidad con las prescripciones del Decreto-Ley 1639/63, sujeto a las siguientes cláusulas:

ARTICULO PRIMERO: El propietario cede al contratista para destinar a agricultura, una fracción de campo, ubicada en ..... cuareil ..... sección o pedanía ..... partido o departamento ..... de la provincia de ..... que dista ..... kilómetros de la estación o puerto de embarque ..... cuya superficie es de ..... hectáreas, ..... área, ..... conciliar, y que tiene como linderos los que a continuación se especifican: .....

ARTICULO SEGUNDO: A los efectos del art. 18 (incluidos b) y c) de la ley 13.246, se deja constancia que el predio se halla afectado por las plagas y/o males que se indican a continuación (15) .....

13 Ver nota 6.

14 Ver nota 7.

15 Realización de hasta 2 cosechas como máximo ya sea a riego de una por año o dentro de un mismo año agrícola (art. 3º decreto-ley 1639/63).

16 Ver nota 3.



**ARTICULO TERCERO:** Se hace constar que el predio será destinado para una o dos cosechas y para los cultivos de (2<sup>o</sup>) .....

**ARTICULO CUARTO:** (Si es a dinero) el precio del contrato se fija en la suma de ..... pesos moneda nacional por hectárea o sea un total de ..... pesos moneda nacional que deberán abonarse (1<sup>o</sup>) ..... en el domicilio del locador o donde éste lo indique en forma fehaciente. (Si es en especie) el contratista abonará al propietario el ..... por ciento (25) del producido ..... (molido, embolsado, en galpón, etc.).

**ARTICULO QUINTO:** El contratista deberá dejar totalmente desocupado el predio retirando todas las maquinarias, implementos y cosecha, el ..... de ..... de 196 ..... como término máximo.

**ARTICULO SEXTO:** Forman parte del predio a la fecha de la celebración del presente contrato, las siguientes mejoras, cuyo estado de conservación se especifica .....

**ARTICULO SEPTIMO:** Las partes constituyen domicilio a los efectos de este contrato en el lugar denunciado más arriba. Se firman ..... ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto, en el lugar y fecha "ut supra" mencionados.

#### 4) Contrato Exclusivo para Pastoreo (1<sup>o</sup>)

En ..... a los ..... días del mes de ..... de mil novecientos sesenta y ..... comparecen por una parte don ..... llamado en lo sucesivo "el propietario" y por la otra don ..... llamado en adelante "el arrendatario" y acuerdan celebrar el siguiente contrato, de conformidad con las prescripciones del Decreto-Ley 1639/63, sujeto a las siguientes cláusulas:

**ARTICULO PRIMERO:** El propietario cede al contratista para pastoreo una fracción de campo ubicada en ..... cuartel, sección o pedanía ..... partido o departamento de ..... de la provincia de ..... que dista ..... kilómetros de la estación o puerto de embarque ..... cuya superficie es de ..... hectáreas ..... áreas ..... centiáreas, que tiene como linderos los que a continuación se especifican .....

<sup>16</sup> Indicar si es por dos cosechas como máximo ya sea a modo de una por año o dentro de un mismo año agrícola.

<sup>17</sup> Forma y oportunidad de pago.

<sup>18</sup> Art. 3<sup>o</sup> inc. b) del Decreto-Ley 1639/63.

ARTICULO SEGUNDO: A los efectos del art. 18 incisos b) y c) de la ley 13.246 se deja constancia que el predio se halla afectado por plagas y matanzas que se indican a continuación (18) .....

ARTICULO TERCERO: Se hace notar que el pastoreo se efectuará sobre campo natural o sembrado de ....., no pudiendo el arrendatario cargar el predio con más de ....., cabesas de ganado mayor (y/o mayor o menor) por hectárea.

ARTICULO CUARTO: El precio se fija en la suma de ..... pesos moneda nacional por (19) ..... que deberá abonarse (20) ..... en el domicilio del locador o donde éste lo indique en forma fehaciente.

ARTICULO QUINTO: El presente contrato comenzará a regir el día ..... de ..... de 196 ..... y concluirá el día ..... de ..... de 196 ..... debiendo el arrendatario a esta última fecha como máximo desocupar el campo sin derecho a plazo suplementario alguno.

ARTICULO SEXTO: Forman parte del predio a la fecha de celebración del presente convenio, las siguientes mejoras, cuyo estado de conservación se especifican seguidamente: .....

ARTICULO SEPTIMO: Las partes constituyen domicilio a los efectos de este contrato en el lugar denunciado al comienzo. Se firman ..... ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto, en el lugar y fecha "ut supra" indicado.

18 Ver nota 3.

20 Hectárea, o por cabesa o por todo el tiempo del contrato.

21 Ver nota 17.

**UNIVERSITARIAS**



## LA ABOGACIA EN GRAN BRETAÑA

Por DR. JUAN CARLOS MALAGARRIGA

Tal como ocurre con muchas otras instituciones británicas, la abogacía en el Reino Unido posee características propias que la distinguen esencialmente de sus equivalentes continentales o americanas. Bástenos con destacar, como prueba de ello, que no existen los "abogados" como categoría única, sino que el ejercicio de la profesión se encuentra perfecta y absolutamente diferenciado en dos profesionales, no por complementarias menos inconfundibles, la de los *solicitors* y la de los *barristers*.

Por ello este trabajo deberá considerar, en forma separada, tal como en la práctica ocurre en Gran Bretaña, cada una de las dos ramas en las que allí se divide la abogacía.

Y, al igual que lo que acontece con otras instituciones inglesas, la distinción carece de fundamentación dogmática y se origina, simplemente, en la circunstancia de que, como así han sido las cosas durante siglos, y han funcionado bien, no se encuentra, estrictos, razón alguna para cambiarlas.

Tan típicamente británica es esta separación entre ambos tipos de profesionales de la abogacía que no se la encuentra en ninguna otra parte del mundo, con excepción de Sudáfrica y Nueva Gales del Sur, Australia, ANTHONY SAMPSON, "Anatomy of Britain", 1963) y tan neta su exclusión que mientras los "*solicitors*" no pueden comer en los "*bars of Court*", donde se reúnen los "*barristers*", éstos no pueden ser vistos en la "*Law Society*" que los agrupa a aquéllos.

### Los Solicitors

Imposible sería pretender buscar bibliografía británica de la que surgiera una definición del "*solicitor*". Enemigos como son los ingleses de toda construcción doctrinaria y de toda generalización dogmática, las explicaciones que sobre él se dan son simplemente descriptivas, esto es, enunciativas de cuales son los requisitos que debe cumplir para poder ser admitido al ejercicio de la profesión, y cuales son la funciones que en dicho ejercicio cumple.

Podemos, sin embargo, caracterizarlos por exclusión, es decir, distinguirlo como aquel abogado que cumple todas las funciones de tal, con exclusión de las que corresponden al "barrister". Podrá sostenerse, sin duda, que con el mismo criterio podría caracterizarse a este último como aquel que cumple todas las funciones que no están reservadas al "solicitor", pero considero más acertada la primera afirmación por las razones que pasamos a considerar.

En primer lugar, el "solicitor" es el único que tiene trato directo con el cliente. Como veremos más adelante, al "barrister" le está vedado todo contacto con el litigante, y toda su relación con éste debe hacerse a través del "solicitor".

En segundo término, y en parte por la circunstancia apuntada el "solicitor" es aquel a quien se le confían todos los problemas que pueden encontrar solución extrajudicial, así como la redacción de contratos, evacuación de consultas, designación como albacea en los testamentos, y todas las demás funciones que la profesión acuerda con carácter extrajudicial. El "barrister", en cambio, sólo "pleitea", es decir, sólo actúa ante las Cortes.

Y, finalmente, aunque más no sea que por la fuerza de su número, se impone como rama más difundida de la profesión la de los "solicitors", como lo demuestra el hecho de que existen unos 17.000 de éstos en Gran Bretaña, contra sólo unos 1.900 "barristers".

Los "solicitors" son considerados Oficiales de la Suprema Corte (The Supreme Court of Judicature) y las reglas que gobiernan la profesión son en gran medida dictadas en leyes (Acts) por el Parlamento, y en las reglamentaciones establecidas de acuerdo con aquéllas.

Estas leyes han dado amplios poderes para la regulación de la disciplina profesional a dos instituciones, "The Law Society" para Inglaterra y Gales y "The Law Society of Scotland", con sede en Edimburgo.

Ambas asociaciones otorgan certificados anuales autorizando a los "solicitors" para el ejercicio de su profesión y pueden, en caso de mala conducta profesional, promover acción para removerlos de la matrícula ("Roll of solicitors"), sanción ésta que aplica un funcionario judicial, el "Master of the Rolls".

Todo candidato a ingresar en la profesión como "solicitor" tiene que trabajar, durante un período determinado, con un "solicitor" practicante, durante el cual toma parte en las tareas de la oficina de éste quien le instruye y guía, al mismo tiempo que se prepara para los exámenes exigidos, concurriendo a una escuela de derecho o a una universidad.

En el estudio del "solicitor" el candidato aprenderá, igualmente, normas de contabilidad, materias cuyo conocimiento se considera fun-

damental no sólo para el manejo de sus propios fondos sino para el del dinero adelantado o entregado por los clientes.

En la actualidad rige, como plan educativo para los candidatos a "solicitor", el aprobado por la "Law Society" con vigencia a partir del 1º de enero de 1963.

El ingreso a los estudios profesionales se exige la presentación de certificado alguno de estudios previos sino que se producirá luego de un examen de calificación, en el que se considerará el grado de educación alcanzado, y de una entrevista personal que deberá tener con los órganos de la "Law Society" (interview), quienes considerarán si les satisface su carácter y sus condiciones para la profesión elegida, institución, ésta de la entrevista, que sin duda suspenderá a quienes se han educado en nuestras universidades.

Matriculado como estudiante en la "Law Society", y para ingresar al servicio de un "solicitor" practicante, requisito fundamental e indispensable para poder ejercer luego la profesión, el candidato deberá aprobar un examen de la Primera Parte de los estudios, que comprende los siguientes temas:

- 1) Lineamientos de Derecho Constitucional y Administrativo; 2) Lineamientos del Sistema Legal Inglés; 3) Contratos; 4) Daños y Perjuicios (Torts); 5) Derecho Penal; 6) Derechos Reales (Land Law).

El plazo normal de servicio como dependiente de un "solicitor" es de cinco años, pero puede sufrir reducciones según la preparación o los estudios previos realizados por el candidato.

Así, si el examen de la Primera Parte fue dado después de cumplir un curso, reconocido oficialmente, de educación en materia jurídica, el plazo se reduce a cuatro años. Si el grado académico obtenido lo fue en una universidad reconocida del Reino Unido, el plazo se reduce a dos años y medio. Y si se ha obtenido exención de rendir la Primera Parte del Examen de Clasificación, por la "Law Society", y se ha aprobado el examen de la Segunda Parte, el plazo se reduce a dos años.

También se reduce a dos años y medio para los "barristers" (quienes, como se observa, deben cursar igualmente la carrera de "solicitor" si desean actuar como tales, abandonando su anterior profesión), para los "solicitors" y "advocates" ("barristers" escoceses), para los "solicitors" y "barristers" del Norte de Irlanda, para los ex-oficiales de las fuerzas armadas (en determinadas circunstancias) y ayudantes (clerks) de "solicitors" que han actuado con éste por más de diez años.

La Parte Segunda de los exámenes comprende seis temas obligatorios y uno opcional, a seleccionar por el candidato. Los obligatorios son:

1 1 1 1 1 1

1) Transporte; 2) Contabilidad; 3) Derecho Fiscal; 4) Equidad (Equity) y Derecho Sucesorio; 5) Derecho Comercial; 6) Derecho Societario (Company Law Partnership). Y, entre los opcionales tenemos 1) Derecho de Familia; 2) Derecho Gubernamental Local; 3) "Magisterial Law".

Completado el servicio como ayudante de un "solicitor" (Servicio under articles) y aprobados los exámenes, si se es súbdito británico y se tiene más de 21 años de edad, se puede ser admitido como "solicitor" y ver su nombre incluido en la matrícula ("Roll"); pero para ejercer deberá obtener un "certificado de práctica" que debe ser anualmente renovado por la "Law Society". Y, como se ha visto, así como el "solicitor" escocés debe cumplir con los cursos, aunque en algo reducidos, si quiere practicar en Inglaterra o en Gales, lo mismo ocurre con el "solicitor" que, enrolado en éstos, quiera ejercer su profesión en Escocia.

Cabe observar que, si bien el ingreso como practicante en el estudio de algún "solicitor" suele producirse por amistades familiares, existe para aquellos que no poseen esa ventaja, el recurso de recurrir a una oficina especializada que se ocupa de buscarles colocación, así como un Registro especial, llevado por la "Law Society" de los "solicitors" que desean admitir estudiantes inscriptos.

Cada día es más común encontrar en Inglaterra sociedades (partnership) de "solicitors", es decir, agrupaciones de éstos para actuar colectivamente, y es así que se señala que en la actualidad la City londinense se encuentra dominada, en lo que al asesoramiento jurídico se refiere, por cuatro grandes "firmas" de "solicitors" Slaughter & May, Lushington & Paine, Freshfields, y Allen & (very). ANTHONY SAMPSON, op. cit.).

Se observa, igualmente, en la actualidad, una mayor tendencia a la realización de estudios universitarios previos por parte de los candidatos a "solicitor", destacándose que mientras en 1922 se anotaba sólo un 12 % de candidatos diplomados, en 1960 dicho promedio se había elevado al 60 %.

Lo que subsiste, entre otras normas tradicionales, es la de que los "solicitors" no pueden publicar avisos en busca de clientes.

En cuanto a la posibilidad de defender a sus clientes en juicio, hemos visto que, cuando, agotadas las tentativas extrajudiciales, debe concurrir a las Cortes, necesita recurrir a los servicios de un "barrister", que será quien pleiteará en defensa de los derechos de su cliente. Puede, sin embargo, el "solicitor" actuar en juicio cuando éste es de la competencia de las llamadas Cortes bajas, las que en Inglaterra y Gales son los Tribunales de Condado (Country Courts).



## Los Barristers

Los "barristers", por su parte, son los abogados que actúan ante las Cortes altas, esto es, Inglaterra y Gales, ante la Chancery Division, "Queen's Bench Division" y "Probate, Divorce and Admiralty Division", divisiones de la "High Court of Judicature", y la "Court of Appeal", en lo civil, y la "Court of Criminal Appeal" y la "Central Criminal Court and Assizes" para los asuntos criminales.

Son, en suma, los que alegan ante los tribunales de mayor jerarquía y los que, como consecuencia de ello, y de su desempeño ante Cortes y jurados, en presencia del público, adquieren más notoriedad popular. Ello no los faculta, sin embargo, como ya hemos destacado, para tratar directamente con clientes, y es siempre un "solicitor" el que proveerá de asuntos al "barrister", intervención de aquél que no sólo se limita a la presentación del cliente, sino que contempla la redacción del llamado "brief", relato de los antecedentes del caso, enumeración de las pruebas que pueden ser aportadas e, inclusive, fijación del monto de los honorarios que percibirá el "barrister" quien, a su vez, no podrá reclamar judicialmente el pago de éstos, limitación que se encuentra contrabalanceada, en parte, por la circunstancia de que los clientes tampoco pueden reclamar del "barrister" las cantidades que le hubieran adelantado, para el caso de que luego se desistiera del juicio.

Y, a diferencia de los "solicitors" quienes, como se ha visto, suelen constituir "partnerships", a los "barristers" les está prohibido constituir sociedades para el ejercicio de su profesión.

También difieren de los "solicitors" en cuanto a los órganos que gobiernan la profesión y establecen las condiciones para su ejercicio.

En efecto, la estructura gremial de los "barristers" se apoya en cuatro instituciones fundamentales, los "Inns", Lincoln's Inn, Middle Temple, Inner Temple y Gray's Inn, el primero de los cuales lleva el nombre del conde que legó su palacio, al morir, a los abogados que ejercían en las Cortes de Justicia de Londres y los dos siguientes así llamados porque ocuparon los edificios que pertenecieron a la Orden de los Caballeros Templarios (Horacio Becar Varela, (hijo), "Grandes Abogados Ingleses", 1950).

Los "Inns" fueron originalmente colegios de derecho, organizados de manera bastante parecida a la de los colegios de las viejas universidades de Oxford y Cambridge y han conservado en gran parte estas características, así como su independencia, sin perjuicio de la existencia de un órgano común con determinadas funciones reglamentarias, el Consejo General del "Bar" (Foro). Los grandes poderes que aún hoy poseen los "Inns" han hecho decir a un autor que "son sobrevivientes de la oligarquía republicana medieval, la última que se encuentra en Europa" (Sir Frederick Pollock, "Essays in the Law", 1922).

Cada Inn está gobernado por los "benchers", quienes tienen amplias facultades en lo que a la conducta de sus miembros se refiere, pudiendo inclusive decretar la suspensión y la exclusión de la profesión a un "barrister" por mala conducta profesional. Porque, y oportuno es destacar, una vez ingresado a un Inn como estudiante, éste queda unido a él de por vida, y como "barrister" seguirá perteneciendo a un determinado Inn, es decir, a aquél en el cual ingresó a la carrera.

El Consejo General del "Bar", por su parte, formado por representantes de los cuatro Inns, limita sus funciones a los problemas que afectan la etiqueta y adopta resoluciones en materias referentes al ejercicio de la profesión.

Existe, además, el Consejo de Educación Legal, constituido por 20 miembros, a razón de 5 por cada Inn, que organiza los cursos para estudiantes, dicta los programas de estudios y constituye los tribunales examinadores.

Los estudios están organizados de manera tal que el candidato puede diplomarse en derecho antes de empezar su entrenamiento profesional, o puede ser admitido como estudiante en cualquier Inn mientras estudia para diplomarse, o, en cambio, puede empezar a estudiar para diplomarse en derecho (law degree), después de su admisión al Inn.

Para ser admitido como estudiante en cualquiera de los cuatro Inns debe rendir un examen de calificación, de acuerdo con las "Reglas Unificadas de los Inns".

Las obligaciones del candidato consisten, en primer término, en concurrir a almorzar tres días en cada término (term) legal, con un total de 12 términos a lo largo de tres años.

Estos almuerzos se consideran esenciales por cuanto el Inn, es, fundamentalmente, un lugar donde se reúnen los "barristers" que lo componen, para almorzar, en los grandes comedores con mesas, bancos y techos de madera, reunidos con los estudiantes los "junior barristers", los Consejeros de la Reina y los Jueces que, antiguos "barristers", siguen perteneciendo al Inn. Es, pues, en estos almuerzos donde el alumno entra en contacto con el ambiente profesional y se mezcla, desde el principio, con las principales figuras del foro.

No son éstas, por descontado, sus únicas obligaciones. Debe rendir exámenes de las materias programadas por el Consejo de Educación Legal, las que son dictadas en cada una de las Escuelas de Derecho de cada Inn por distinguidos "barristers" en clases y conferencias, la concurrencia a las mismas no es obligatoria.

Los cursos tienen dos partes, la primera de ella dividida en cinco materias, las que pueden ser rendidas en conjunto, o separadamente: 1) Derecho Romano; 2) Derecho Constitucional e Historia del Derecho; 3) El Derecho de los Contratos y de los Daños y Perjuicios (tort); 4) Derechos Reales, o Derecho Hindú y Mahometano, o Derecho Mahometano, o Derecho Romano-Holandés, o Derecho Africano y Derecho Mahometano; y 5) Derecho Penal.

Los estudiantes que han obtenido un diploma universitario en Derecho pueden pedir al Consejo ser eximidos de toda esta primera parte y en un solo examen, de las siguientes materias: 1) Derecho común: a) pueden, entonces, rendir directamente la segunda, lo que deberán hacer General y b) Temas especiales; 2) Equidad (Equity): a) General y b) Temas especiales; 3) Procedimientos: a) Civil y b) Criminal; 4) a) Prueba y b) Derecho societario (Company Law); y 5) Uno cualquiera de los siguientes temas: 1) Transporte público; 2) Divorcio (Derecho y Procedimiento); 3) Derecho Internacional Privado (Conflict of Law); o 4) Derecho Internacional Público.

El alumno que ha cumplido los 21 años, ha pasado los exámenes y ha cumplido con los 12 "términos" (los que pueden, en algunos casos, reducir a 10), se halla en condiciones de ser incorporado al "Bar", pero no puede ejercer hasta que no haya actuado en las Cortes durante las oficinas que le facilitará algún "senior barrister", de las que éste de "Entrenamiento Práctico Post-Final", a cargo del Consejo de Educación Legal.

Una vez cumplidos los requisitos antedichos, el nuevo "barrister" puede actuar en la profesión y se instalará, presumiblemente, en alguna de las oficinas que le facilitará algún "senior barrister", de las que éste estará ocupando en el Inn del que forma parte. Seguirá concurrendo a almorzar a éste y podrá llegar, si para ello es señalado por el Lord Canciller, a "Comodoro de la Reina", distinción que antes implicaba el derecho a intervenir con carácter exclusivo en asuntos oficiales y que hoy se limitaba permitir el uso de la toga de seda ("to take silk" tomar la seda, le llaman en Inglaterra a aceptar la designación) y el de peluca más voluminosa, así como a ocupar la primera fila de bancos en las salas de audiencias.

Muchos de los "barristers" destacados son luego designados jueces, nombramiento que suele ser bienvenido por aquéllos por el evidente prestigio de que goza la judicatura en Gran Bretaña, y, por no suponerlo, por lo remunerativo del cargo, retribuido a un promedio de £ 8.000 anuales, cifra evidentemente superior a las £ 1.000 anuales que puede esperar un "barrister" que no sea de la docena que alcanza a superar las £ 20.000.

Concluiré esta breve reseña informativa con la observación de un fenómeno actual británico que se da, con singular paralelismo, en

nuestro ambiente, y que es el de que en la actualidad hay allí tres veces más contadores que abogados, crecimiento debido, en gran medida, a que estos últimos poco saben de contribuciones e impuestos, materia que dominan aquellos, situación que ha hecho decir a un reciente presidente de la "Law Society", Sir Leslie Peppier, que los abogados "debemos retener, en un mundo de costumbres cambiantes y de cambiantes valores, nuestra posición de hombres de negocios, hombres hacia quienes nuestros clientes se vuelvan por ayuda en sus problemas. No los obliguemos a buscar ayuda en sus contadores y banqueros". (Citado por Anthony Sampson, op. cit.).

## NOTAS Y COMENTARIOS



## EL DERECHO DE MINERÍA EN LA LEGISLACION INDIANA.

POR DR. WALTER JAROS

Profesor Titular (1) de Derecho Agrario y Minas

El caballero y doctor don Juan de Solórzano Pereira, en su *Política Indiana*, nos trae (2) una exposición historiográfica y filosófica sobre el trabajo en las minas del Nuevo Mundo y nos ilustra sobre los pormenores del derecho de minas en general y sobre la propiedad minera en particular, a través de las distintas normas legales que se fueron sucediendo, y sobre la discusión filantrópico-doctrinaria atinente al trabajo de los indios en las minas.

Tratando, antes de llegar al derecho indiano, de echar una hojita al derecho español anterior al año 1500, dejando de lado el derecho romano aplicado en la Península en forma supletoria —dado el silencio en la legislación visigótica en materia de minas—, y comenzando por lo tanto con la legislación foral, posterior al Fuero Juzgo, o sea prácticamente al naciente régimen y derecho municipal, local, señorial y territorial, tan típico en la España Medioeval, debemos confesar, que a pesar de una minuciosa consulta de los principales fueros, como ser los de Burgos, Nájera, Sahagún, Toledo, Logroño, Escalona, Yanguas, Valencia, Cuenca, Madrid, Alcalá y otros, nada importante hemos encontrado que se refiera al régimen legal que estamos estudiando.

No obstante, y fundados en tradiciones y conceptos ulteriormente expuestos y recordados, puede creerse que el derecho de señorío ya distinguió la concesión especial minera, del derecho de propiedad sobre la superficie; que en el periodo posterior, el concepto de regalía feudal señorial pasó a ser foral o comunal, y que esta legislación estatutaria consagró el derecho del primer ocupante a la explotación del subsuelo mediante la contraprestación o tributo regalista; y finalmente con el acrecentamiento del poder real, ya en el Siglo XI, se pasó a la regalía real, con la sanción del Fuero Viejo de Castilla.

Este conglomerado legal, cuyo origen se atribuye al Conde de Castilla, don Sancho García, y redactado originariamente entre el año 955 y el año 1000, fue aumentando sus disposiciones y reformando su

<sup>1</sup> Op. cit. Libro II, cap. XV y XVI.

concedido, no solamente hasta el año 1055 en cuya fecha se presume murió el Conde don Sancho, sino que evolucionó hasta convertir sus 173 leyes originarias que rigieron casi tres siglos y medio (hasta la sanción del Ordenamiento de Alcalá en 1348) en las 235 de su redacción final.

En Las Partidas, de mediados del Siglo XIII, encontramos los primeros textos legales que por obra del propio monarca apeyan el derecho invocado posteriormente por la Corona, y que se tradujo en regalía. Y así, en la organización política de la Reyescía, detalladamente regulada en lo patrimonial y territorial, confundiendo el dominio eminente con el privado, en la ley V, Título XV, de la Partida II, encontramos el principio, de que (entre otras cosas) "las minas, que Rey no las puede dar en derecho, y que si las hubiera dado, y no hubiere reservado expresamente sus derechos sobre ellas, no debe por ello entenderse, que aquel a quien las dio tenga o haya adquirido derecho alguno sobre ellas".

Y dentro de la estructuración de estos principios, nos encontramos más adelante con la Ley XI del Título XXVIII de la Partida III, donde se habla ya de las rentas de las salinas y de los otros metales, se establece que pertenecen al Rey, y en una profunda confusión del patrimonio privado de la corona y del patrimonio del estado, se justifica su existencia y se las destina al mantenimiento del Rey, al presupuesto militar de la Nación y a la desgravación de otros tributos y cargas que pesaban sobre el pueblo.

En el derecho indiano primario, el Rey se reservaba la propiedad de las minas y el derecho de percibir una parte de su producido. Esa parte era variable, y así en algunos casos se concedía al descubridor la totalidad del producido durante los primeros 10 años, en otros la décima parte durante un número de años arbitrario; y hasta se conocen casos en los cuales la regalía se elevaba hasta el 50 %. Pero la fórmula más frecuente, era la estipulada en la llamada Capitulación con Nicuesa, del año 1508, donde se fijó el siguiente régimen por un plazo limitado de 10 años: el primer año el 10 %, el segundo la novena parte, el tercer año la octava parte, el cuarto la séptima, el quinto la sexta y los cinco años restantes el quinto, o sea el 20 % (\*).

En otra Capitulación otorgada con Mesa en 1545, se encuentra una fórmula rara y poco usual, y en ella se estableció, que de los metales oro y plata se pagará el quinto o sea el 20 %, y de cualquier otro metal el 100 x 100, y se agrega "y nada más" (sic) (\*\*).

\* On Caplequi, Historia del Derecho Español en las Indias, Tomo I, págs. 222-223.

\*\* Id. Tomo II, páginas 34-35.



De cualquier manera, y siempre, la corona española defendió y recaló su derecho al dominio eminente de toda las minas, y hasta en Cartas de Merced, como la hecha a Cortés en 1529, el emperador recaló que "retenga los mineros, enterramientos de oro y plata y de cualquier otro metal y hasta salinas que hubiere en esas tierras".

Todo este régimen imperó a través de las Ordenanzas de 1573 y de las Leyes de Indias de 1680, graduando la regalía desde el 20 hasta el 10 por ciento, en el primer caso libre de gastos y en el segundo del producido en bruto, y se aplicó para los llamados territorios de nuevo descubrimiento o nueva población y siempre con carácter excepcional.

Pero en las regiones donde tales particularidades no eran de aplicación, la corona imponía las reglas más arbitrarias, cambiando a cada momento, hasta llegar a la sistematización de 1680.

Y así, siguiendo los distintos y largos capítulos que Solórzano dedica a este tema, comentando y transcribiendo numerosas Cédulas Reales desde 1504 en adelante y aceptando como exactas las conclusiones sintéticas de Ots Capdequí, podemos pintar el cuadro general en los siguientes términos:

En un principio el Rey se reserva el aprovechamiento de todas las minas, salvo de aquellas para las que daba concesión especial; desde 1504 en adelante se otorgaba el derecho de explotación mediante el pago de un tributo que varió entre el 20 y el 5 por ciento; en cierta época no determinable se ordenó que serán del Fisco todas las minas no individualizadas; después de ello se empezó a distinguir entre minas ordinarias y ricas, ordenándose que las primeras continuaran explotándose por los particulares mediante el pago de regalías del quinto y que las segundas se reservaban para la corona; y finalmente, a partir de las Ordenanzas para los Oficiales Reales del Virrey de Toledo de Perú, se presupone como estado de derecho vigente el que todo descubridor de minas de cualquier clase que sea estaba obligado a consentir que en el terreno denunciado, se destinase la mejor porción de mina de Su Majestad.

Esta última posición la confirma Solórzano, fundado en Real Cédula del año 1619, si bien sólo aplicable en Indias, pero no en el derecho metropolitano.

Además de estos principios, que hacen a la propiedad minera en sí, a su origen y a su naturaleza, encontramos aun en Solórzano algunos aspectos del derecho de minas en sí, que es interesante enumerar, a saber:

- a) ¿Puede el minero realizar cateos en tierras de propiedad privada en contra de la voluntad del superficiario? Solórzano se inclina por la afirmativa.
- b) ¿En caso de litigios sobre la propiedad de un yacimiento, podrían suspenderse las labores a los results del pleito? El comentado historiador contesta negativamente, afirma el principio de la no interrupción de las labores, sin perjuicio de la apelación del agraviado para ante la Real Audiencia, pero debiendo mantenerse al minero ocupante en la posesión de la mina, hasta que el pleito se fallase en definitiva.

Y así llegamos a la Recopilación de las Leyes de Indias que cristaliza el conglomerado jurídico anterior, siguiendo en grandes líneas la doctrina de las Cédulas Reales, reforzando algunos principios, y reglamentando el ejercicio de los derechos, y de cuyo contenido son dignos de anotarse como principios fundamentales, los siguientes:

- a) El derecho de cateo y la explotación de las minas, corresponde a todos los españoles e indios vasallos del Rey.
- b) Los funcionarios en general y en especial los que intervienen en asuntos de minas quedan incapacitados para los derechos consagrados en el punto anterior.
- c) Todo nuevo descubrimiento debe manifestarse y debe pedirse el correspondiente permiso de explotación.
- d) Toda manifestación de persona en estado de dependencia, se consideraba hecha por y para el patrón.
- e) Si se suspendieran las labores de una mina por más de 4 meses, cualquiera podría denunciarlas y el denunciante quedaba como propietario de la misma.
- f) La comercialización de metales era facultad exclusiva de los mineros.
- g) Finalmente, y en términos generales, se permitía la venta y el arriendo de las minas.

Dentro de esta estructuración, quedaban consolidados los derechos del minero y excluida la vieja práctica de reservar la mejor parte de la mina para el Rey, aun cuando la derogación virtual de esta prerrogativa real ya parece haber regido desde antes de 1562, como puede deducirse de un pasaje de las Ordenanzas de la Mina de Guamanga sancionada en ese año.

Las doctrinas de la Recopilación de Indias subsistieron virtualmente hasta el final del período colonial, ya que la última manifestación legal de ese período o sean las Ordenanzas de Gamboa de 1783, redactadas para Nueva España o México, no registra ninguna innovación al respecto.

Fuera de los principios más arriba sintetizados del derecho de minería, y contenidas en la Recopilación de Indias, encontramos en la misma una minuciosa regulación jurisdiccional y procedimental y una especial para el trabajo de los indios en las minas (Libro IX tít. 36, Libro IV tít. 21, Libro VI tít. 15 etc.), poco después volcada en las Ordenanzas del Perú de 1683, mereciendo citarse especialmente la creación de tribunales especiales de minería, las incompatibilidades, las aptitudes y condiciones para el ejercicio de tales funciones, etc. Los alcaldes de minas quedaban equiparados a los corregidores, faltando en primera instancia con apelación para ante los alcaldes mayores.

Hemos visto que no obstante la vigencia de la Recopilación de Indias, tres años después, el Virrey de Toledo, dicta las Ordenanzas del Perú, y casi cien años después el Virrey de Gamboa dicta las Ordenanzas de Méjico, y ello resulta precisamente de la especial facultad acordada a los virreyes para dictar ordenanzas en materia de minas <sup>(4)</sup>. Y así, y como ampliaciones reglamentarias de nuestro derecho, aparecieron en esas Ordenanzas principios como los siguientes:

- a) Reglas de higiene y seguridad para los obreros.
- b) Libertad de cauce.
- c) Fianza por posibles daños del minero a favor del superficiario.
- d) Obligación de denunciar los descubrimientos en plazo perentorio ante la autoridad minera (judicial).
- e) Limitación controlada del máximo del número de concesiones en una mano.
- f) Reglas técnicas y de seguridad.
- g) Acceso del extranjero a la totalidad de los derechos mineros.
- h) Inspecciones en las minas.

<sup>4</sup> V. G. Real Cédula del 11-1-1570, en favor del Capitán Zárate.

- i) Régimen del amparo de las minas por el pueblo, mediante determinado número de operarios y determinados días de trabajo en el año.
- j) Sistema del denuncia para el despueble y para la adquisición del dominio de las minas des pobladas.

Y bien, estos principios, estructurados en la Recopilación de Indias en 1680, coordinados y ampliados en las Ordenanzas del Per- de 1683 y modernizados en los de Nueva España o Méjico de 1761- son lo que han continuado rigiendo en nuestra patria hasta la sanción del Código de Minería que nos rige desde 1887 con la sola modificación intercalada a fines de 1853 (y que rigió hasta 1887) por el Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación, que transformó al amparo mediante el pueblo, por el del sistema del canon.

## EL PROBLEMA INTERNACIONAL DE JERUSALEN

POR DR. ISIDORO RUÍZ MORENO

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

### I. Antecedentes históricos.

Para comprender el problema de Jerusalén, es necesario recordar, aunque sea en forma sumera, la historia de esta famosa ciudad, meta de tantas religiones.

Hace tres mil años fue tomada por David, jefe de los israelitas que la hizo capital del reino que estableció con la unión de las diversas tribus y la conquista de los territorios vecinos. Su hijo Salomón hizo construir el Templo que desde hace siglos es el símbolo nacional y religioso de los judíos.

El reino duró hasta 586, a. c., época en que cayó al tomar Jerusalén Nabucodonosor, rey de Babilonia. Sus habitantes fueron espulados pero retornaron cuando los persas se apoderaron de la ciudad.

Después de Alejandro Jerusalén pasó a poder de los egipcios, y luego a los seléucidas contra los que se rebelaron los macabeos.

Con el triunfo de Roma, Jerusalén pasó a su dominio pero sus soldados la destruyeron a raíz de una rebelión que tuvo lugar en el 70 a. C. Una ciudad nueva, Aelia Capitolina, fue edificada sobre sus ruinas.

Por más de seis siglos Palestina gozó de paz bajo la dominación romana, pero en el 614 los persas capturaron la ciudad masacrando la población cristiana. Recobrada en 638 por Bizancio, el califa Omar con las fuerzas de Islam, ocupó Jerusalén pero respetó los ritos cristianos.

Con la desintegración del imperio abásida se produjo una seria confusión política, hasta que Palestina nuevamente cayó en manos de Egipto. Las iglesias cristianas sufrieron el yugo del nuevo dueño y los peregrinos pagaban con sus vidas al final del viaje. En 1099 el califa

Fatimid-al-Hakim ordenó la destrucción de todas las iglesias y sinagogas con la sola excepción de la iglesia de la Navidad de Belén. La dominación de los turcos fue cruel; y las persecuciones y masacres dieron origen a las cruzadas, que partieron a la reconquista del Santo Sepulcro.

En 1099 Jerusalén fue tomada por los cruzados que establecieron en ella el reino latino. Durante dos centurias lucharon cristianos y mahometanos hasta que estos últimos triunfaron en 1187 con Saladino.

A fines del siglo XIII llegaron los mamelucos de Egipto. En 1517 la ciudad fue tomada por los otomanos que se quedaron durante 400 años, dando a Jerusalén un largo período de paz. Con la entrada de las tropas británicas en 1917 volvió a poder de los cristianos y fue la sede del Mandato británico de Palestina.

## 2. El problema jurídico.

Existen en el mundo otras ciudades reverenciadas por sus fieles como, lugares religiosos, pero ninguno como Jerusalén, que es sagrada para los cristianos, los hebreos y el Islam. Son lugares sagrados para los primeros: la ciudad Vieja, el Monte de los Olivos, el jardín del Getsemani, Belén y Betania. Para los judíos la ciudad Vieja, las tumbas de Simón el Justo; de Abaolón y de Zacarías y el baño de Rabbi Ishaemael; asimismo el Monte de los Olivos y Belén. Para los mahometanos "Haram-ess Sheref" en la ciudad Vieja y la mezquita Aksa; la tumba de Raquel, la gruta Milk y la tumba de Lázaro.

Los Santos Lugares constituyeron un problema internacional a raíz de los movimientos cismáticos que dividieron la iglesia cristiana. Los Abisinios, los Coptos y los Sirios, entre otros, sostuvieron un dogma especial y se establecieron en distintos lugares de Palestina. Los católicos romanos y los griegos ortodoxos reclamaron el derecho de proteger aquellas regiones para hacer posible las peregrinaciones. En 1847 el incidente de la desaparición de la estrella de plata de la iglesia de la Navidad, que se atribuyó a los griegos, causó gran indignación en el mundo católico, y dio oportunidad a Francia para presionar a Turquía en favor de la iglesia de Roma. El zar de Rusia intervino en favor de los ortodoxos y logró ventajas en favor de ellos, que luego perdió con motivo de la guerra de Crimea.

Desde 1757 puede decirse que existió una situación de "statu quo", relativo a los derechos, privilegios y prácticas entre los distintos intereses religiosos, que fue confirmado por el "firman" del sultán Abdul Mejid en 1852. Durante el mandato inglés esa situación de "statu-quo" tuvo varias aplicaciones con motivo de tenerse que efectuar, por ejemplo, obras de reparación en un techo o en un piso, que implicaba el derecho a una posesión exclusiva por parte de los restauradores. O también cuando se trataba de colgar una lámpara o un cuadro que significaba la posesión de un pilar o de una pared del mismo lugar. En

caso de que no mediaba acuerdo, las obras urgentes eran hechas por los británicos.

3. — La complejidad que presenta el problema de Jerusalén se demuestra con la lista siguiente de dignatarios de las diversas religiones que existen en la ciudad:

Patriarca Latino	Patriarca Ortodoxo
Obispo anglicano	Patriarca armenio
Padre custodio de Tierra Santa	Moderador de la iglesia de Escocia
Obispo sirio ortodoxo	Obispo copto
Patriarca católico armenio	Abbot abisinio
Patriarca católico griego	Patriarca maronita
Vicario católico sirio	

La complejidad del problema se infiere de la situación siguiente: Los ortodoxos limpian la cara Este del pilar rectangular de la Basílica en el que está construido el púlpito ortodoxo; la del Norte lo hacen los armenios hasta la cornisa; más arriba por los ortodoxos. Al marco de la ventana sobre la puerta y el lado Este de la verja de hierro la limpian los armenios; los ortodoxos tienen a su cargo el lado Este.

En forma análoga está dividido el cuidado de los restantes lugares, ventanas, pilares y cornisas.

Durante los últimos años del mandato británico, Jerusalén fue administrada por una comisión municipal compuesta por miembros británicos a pesar de las protestas de los árabes.

#### 4. La acción de las Naciones Unidas.

En 1947 la Organización de las Naciones Unidas enfrentó la solución del problema de la ciudad Santa. La Asamblea General creó un Comité Especial de las Naciones para Palestina (UNSCOP), cuya mayoría de miembros se inclinó por recomendar la creación de un estado judío y un estado árabe con la internacionalización de Jerusalén.

Como el sistema instituido por Gran Bretaña funcionó satisfactoriamente para todas las partes interesadas, el Comité Especial de las Naciones Unidas recomendó a la Asamblea General que lo mantuviera dentro de "framework" de un régimen internacional para la ciudad de Jerusalem.

Así lo hizo la Asamblea en su resolución del 29 de Noviembre de 1947, el "testamento" del cual fue introducido en el Estatuto de Jerusalén completado por el Consejo de Tutela el 21 de Abril de 1948.

Dicho estatuto nunca entró en vigor, pero sus prescripciones con respecto a los Lugares Santos fueron considerados como que ofrecían una excelente salvaguardia para el mantenimiento del régimen existente.

En 1948 la Asamblea de la U. N. requirió a la Comisión de Conciliación para Palestina que presentara nuevas propuestas para el régimen internacional del área de Jerusalén. La Comisión sólo introdujo algunas modificaciones en las disposiciones del proyecto del Estatuto del Consejo de Administración Fiduciaria, siendo tal vez el más importante la designación de un tribunal internacional para la solución de todas las disputas.

En Abril de 1950 el Consejo de Administración Fiduciaria restableció el estatuto original con la modificación de que el Gobernador, en caso de una disputa entre las comunidades, a pedido de cualquiera de las partes debería solicitar una opinión consultiva de la Corte Suprema de la ciudad en materia de derecho, antes de dictar su fallo.

En la resolución del 29 de Noviembre de 1947 la Asamblea General adoptó las principales conclusiones del Comité Especial de Palestina y recomendó que "la ciudad de Jerusalén fuera organizada como un cuerpo separado bajo un régimen especial de internacionalización y administrada por las Naciones Unidas". Los árabes rechazaron el plan adhiriendo a la idea de un estado unitario con Jerusalén como capital. Entre los judíos había disidencias sobre la internacionalización, pero se aceptó finalmente el régimen especial como precio a pagar para llegar a ser un Estado uniforme.

El Consejo de Administración Fiduciaria fue encargado de desempeñar las funciones de autoridad administrativa en nombre de las Naciones Unidas y de preparar en un plazo de cinco meses un estatuto para la ciudad.

El Consejo redactó el estatuto, que quedó terminado en 1948, e invitó a la Agencia judía y al Comité Árabe para que dieran su opinión. Este último se negó a comparecer.

El 10 de marzo de 1948 el estatuto estaba listo, pero debido a los sucesos de Palestina se resolvió enviarlo a la Asamblea General para que diera nuevas instrucciones.

Los árabes resistieron por la fuerza el plan de partición de Palestina y el establecimiento de un régimen internacional para Jerusalén.



La situación se complicó por la lucha entre ambos bandos y la proximidad de la terminación del mandato con el retiro de las tropas inglesas.

El Consejo de Seguridad, el de Fideicomisos y la Asamblea General en una sesión especial trataron de establecer la paz en Palestina, ya que las Grandes Potencias no deseaban imponer por la fuerza las decisiones de la UN. El Consejo designó una comisión de tregua formada por representantes consulares de Bélgica, Francia y Estados Unidos que obtuvieron luego sucesivas propuestas que no tuvieron aceptación, hasta que la Asamblea, en base a lo dispuesto en el capítulo XII de la Carta, decidió el 14 de Mayo de 1948 designar un mediador en Palestina recayendo el nombramiento en el conde Folke Bernadotte de Suecia.

Al retirarse en esa fecha las últimas tropas británicas, la ciudad quedó librada a sí misma y los judíos y árabes frente a frente. Los primeros ocuparon inmediatamente la ciudad Nueva evacuada por los ingleses y algunos barrios árabes cuyos moradores habían huido. Poco después, la Legión Árabe de Jordania ocupó a su vez la Ciudad Vieja. Las hostilidades comenzaron y el presidente de la comisión de tregua fue muerto.

El 22 de Mayo el Consejo intimó a las partes que cesaran sus hostilidades lo que fue acatado por las fuerzas israelíes. El 29 el Consejo ordenó una tregua de cuatro semanas que fue respetada, pero a su terminación la lucha comenzó otra vez, a pesar de los esfuerzos del mediador y de una comisión de observadores militares que lo secundaba. Se logró una segunda tregua y finalmente se llegó a un armisticio entre los Estados Árabes e Israel. Con respecto a Jerusalem se firmó un armisticio el 3 de Abril de 1949 entre Israel y Jordania. En esta convención se estableció un comité especial que debía preparar planes relativos al libre tránsito de las vías importantes, libre acceso a los Lugares Santos, el uso del cementerio judío, provisión de electricidad a la ciudad Vieja, etc.

Poco a poco, el Mediador logró ir concertando arreglos locales para disminuir la tensión. Fue así como se logró coincidencia para los transportes de alimentos, una zona de neutralidad, inmunidad de una área en la que estaban el hospital Hadassah, la universidad hebrea y otras instituciones culturales.

Como no era posible la total solución de los conflictos entre judíos y árabes, el mediador concentró sus esfuerzos para encontrar posibilidades de discusiones más amplias entre las partes. Teniendo presente experiencias de otras ciudades internacionalizadas; Bernadotte, en su plan de 1948 sugirió que Jerusalem quedase en el territorio árabe, pero

con autonomía municipal para la comunidad israelí y convenios especiales para los Lugares Santos. En su opinión, la separación de Jerusalén como una entidad económica y política de los alrededores árabes tropezaría con grandes dificultades; y la integración de la ciudad con sus contornos naturales le parecía justificable y lógica.

La sugerencia de Bernadotte produjo una enérgica respuesta negativa del Gobierno de Israel, cuyo ministro de relaciones exteriores expresó que estimaba desastroso el plan propuesto. Agregó que un plan-tamiento semejante sólo se concebía en un total desprecio de la historia y de los hechos fundamentales del problema como era la histórica relación del judaísmo con la ciudad Santa; el especial significado que tiene Jerusalem en la historia de Israel y en su porvenir; el hecho de que los dos tercios de su población era judía antes de que comenzaran las agresiones de los árabes; el hecho de que casi toda la ciudad estaba en manos de los judíos y, finalmente, que después de un concienzudo estudio la Asamblea de las Naciones Unidas había resuelto que Jerusalem debía de estar bajo un régimen internacional.

Bernadotte modificó su opinión. Tan es así, que poco tiempo antes de su muerte a manos de un fanático, expresaba que el problema de Jerusalem debía ser tratado por separado y colocado bajo el efectivo control de las Naciones Unidas con el máximo posible de autonomía local para árabes y judíos, con plena salvaguardia para la protección de los Lugares Santos y libertad de acceso a los mismos.

El problema de la desmilitarización fue también abordado por el mediador, quien sometió a ambas partes una propuesta. Mientras el Gobierno provisional de Israel manifestó que estaba dispuesto a considerar el asunto, los estados árabes lo encontraron inaceptable.

Después de varios esfuerzos para encontrar una solución, en Agosto de 1948 Bernadotte informó al Consejo de Seguridad que la desmilitarización no podía ser efectiva sin una adecuada y fuerte fuerza armada de las Naciones Unidas que debía enviarse inmediatamente. La Asamblea General pidió al Consejo de Seguridad que tomara nuevas medidas para asegurar la desmilitarización de Jerusalem lo antes posible.

Mientras las Naciones Unidas trabajaban en vano para obtenerla, los israelíes y jordanos obtenían cierto éxito en negociaciones directas mediante la reducción de sus fuerzas a dos batallones de 800 hombres y armamento ligero por cada parte.

Posteriores declaraciones demostraron que ambas partes coincidían en quedarse quietas. El viejo estatuto proyectado por el Consejo de Administración Fiduciaria fue descartado y la Comisión de Concilia-

ción, que había tomado las funciones del mediador, fue encargada de preparar un nuevo plan de internacionalización de Jerusalem. Este plan fue presentado a la Asamblea en 1949 sin que tuviera aceptación por ninguna de las partes.

Israel puso en claro que no aceptaría otra cosa que el hecho consumado de su dominio en Jerusalem. Los estados árabes insistieron en la internacionalización, con la sola excepción de Jordania.

Sucesivos planes del Gobierno israelí, de Holanda y Suecia se presentaron y fueron desechados. El Papa con su encíclica "Redemptoris nostri" y hasta el gobierno de los soviets, expresaron sus puntos de vista. Finalmente en la reunión de la Asamblea del 9 de Diciembre de 1949 se declaró que Jerusalem debía ser colocada bajo un régimen permanente internacional y se envió el problema al Consejo de Administración Fiduciaria para que preparara el estatuto respectivo.

En Diciembre de 1949, poco después de la resolución de la Asamblea, Jordania se incorporó parte de Palestina que ocupaba. Israel, por su parte, decidió establecer su capital en Jerusalem, rechazando un llamado del Consejo de Administración Fiduciaria para que se absteniera de hacerlo. En la actualidad la sagrada ciudad milenaria es la sede de su gobierno.

## 5. El futuro.

La síntesis de la situación política y jurídica de Jerusalem que se acaba de exponer, muestra que es uno de los más intrincados problemas que debe afrontar la comunidad internacional. Razones y hechos de carácter histórico, de política y de derecho, agravados por el factor religioso hacen aparecer la situación prácticamente insoluble.

Tiene este carácter porque ninguna de las partes cede en sus posiciones extremas; y las Naciones Unidas en el momento actual no puede imponer una solución. El problema del Medio Oriente es el telón de fondo del drama que se desarrolla en aquella zona, que es cuna de religiones. La República Árabe Unida tiene hoy el respaldo de Rusia; y frente a Israel se terminan las disensiones entre los descendientes del Profeta. El problema internacional de Jerusalem es uno más que sólo el tiempo y la paciencia logrará resolver. Lo que ocurrió con la campaña del Sinaí es bien aleccionador y elocuente.



## APUNTES DE UN VIAJE DE UN TURISTA

POR DR. IGNACIO WINICKY

Profesor Titular (i) de Derecho Comercial II

### I. — Chile en la problemática de sus reformas legislativas. Lima, 1963.

Sobrevisto los Andes. Las nevadas altas de roca van creciendo con intensidad al inclinarse. Crecen con asidero sobrecogedora. Valles como recorridos violentamente a burlil. Lacerosidad oscuras. Una vez más vuela la fantasía con la aventura de cruzarla a pie, de caminar la cordillera lentamente, de mirar y ver las cumbres desde abajo, de detenerse en los recodos de sus quebradas y quizá, comunicarse con quienes viven en esas soledades domesticando el brevísimo aislamiento de la tierra convulsionada.

Desde el aire, en viaje tantas veces soñado por los hombres, la aventura de andar por tierra que es doble aventura...

Enseguide Santiago, recreada en un abrupto detrasmo de aquel oleaje pétreo.

Como quien llega a casa. A casa solariega. Fresca y lluviosa a pesar de la época. Y el encanto de la conchita en el hablar, sensual y anidado a la vez y la gracia criolla y amablemente pícaras del dicho del roto, que cubre así su injusta pobreza.

La Universidad Técnica del Estado. Creación chilena que agrega a la moderna belleza de sus edificios y el marco florido de sus rosales, la fresca y densa juventud que la puebla, brindando una existencia técnica a la cual no se ha olvidado de integrar con las otras disciplinas que hace a la formación cabal del hombre.

Psicología social. Sociología. Pedagogía. Derecho, están presentes en el quehacer didáctico. Más completo en cuanto a formación humana que más de un Instituto técnico de extraordinaria significación.

Por un momento nos abruma el tan pregonado subdesarrollo integral de que tanto nos hablan y preguntamos —disimulando— si esta Universidad es ímagenes chilena...

El sector don Horacio A. y el Decano del Departamento de Investigación y Orientación Profesional y Educacional don Germán Sepúlveda Durand,

suavemente en el modo, pero enfáticamente en la mirada, así lo afirma. Agregan, enseguida, el comentario de la sorpresa de los expertos y los técnicos que llegan de afuera a enseñar. No pueden creer a sus ojos ni en la posibilidad de aprender en estas sociedades sumergidas...

La Facultad de Derecho, que conocimos de la mano de quien planeó y construyó con amor su moderno edificio al otro lado del Mapocho, don Arturo Alessandri Rodríguez —uno de los diez juristas más nobles del mundo de su tiempo, según H. Capitant, nos acoge con el afecto de siempre. En su Seminario de Derecho Comercial y Derecho Privado, su Director, don Raúl Varela Varela, nuestro dilecto amigo el Profesor Enrique Testa A. y un grupo de sus profesores y ayudantes, nos esperan. Enseguida el informe y el diálogo sobre las reformas a nuestro Código de Comercio.

Allí comentamos que el Código de Comercio Chileno redactado por nuestro Gabriel Ocampo, excelente para su época, no sufrió reforma integral alguna, aunque en 1965 se cumplirá su centenario. Escasas fueron las enmiendas y pocas las injertas.

Esas reformas fueron siempre sancionadas por leyes del Parlamento.

Un instituto de estudios legislativos que presidiera don Arturo Alessandri R., preparó, previa discusión y largo estudio, reformas legislativas sobre diversas instrucciones y el Parlamento les dio sanción a libro cerrado, otorgándoles así el consentimiento del pueblo por medio de sus representantes.

No se diga que esto es pura forma, sin contenido alguno. Esa peligrosidad, tendencia propia de los totalitarismos a menoscabar la intervención de los representantes del pueblo en el Poder Legislativo, desconoce que la Ley solamente es Ley cuando de alguna manera el pueblo la adopta. O en la orden, la imposición del que manda, o en la ley sancionada por un acuerdo de quien la debe observar.

Ibáñez, en su gobierno dicatorial, se manejó con decretos, naturalmente, pero no se atrevió con los Códigos fundamentales.

También en Chile el ataque a la jurisdicción se hace por el flanco positivo y la estructuración industrial o mercantil —que los economistas desapremiados del Derecho puestas a legalidades imponen la voluntad de los gobernantes con el espejismo— de su autoridad técnica. Hay conciencia de la necesidad de actualizar las normas del Derecho Privado, pero aún no se vislumbra el movimiento de opiniones que urja en Chile el emprender la tarea. Pareciera que le hace falta a este país que sus juristas y hombres de gobierno se propongan seriamente la adecuación de su Derecho Privado a esa época.

Las exigencias de su pueblo que lucha con la ley y a través de ella para superar las injusticias que lo abruman se lo imponen.

## II. — Perú y la problemática de su reforma legislativa mercantil. Lima, 1963.

El aeropuerto del Callao, transitorio.

Lima como sañando para conservar su pasado, mariposa que aja sus alas y pierde colores para volver a ser criollada de otra impenable. Vallesito criollo, tierno, romántico, cantarín, calón y punta de la gracia de la mujer limeña de elegante ruedo o de la chuparra indolente de desmedida pollera. La barriada, en la falda de la sierra, lágrimas de barro o de ladrillo de la miseria abarada, de miseria integral... (¡el sólo fuera económica!). Mercachifles aindiados, mendigos que claman en sus pregones, en sus letanías y sus silencios de secular injusticia; terribles testimonios de nuestra maldad. Perú, de la grandeza legendaria y la trágica conquista.

Perú, de la esperanza. Perú, la del milagro y la veta de oro en el barro humano. El asombro del caillita, vendedor y consumidor de libros. Un poeta, Manuel Scorza, hacedor del milagro. Libro en papel pobre con riqueza de espíritu, de belleza, que el pueblo devora en ediciones de centenares de miles. Millones de libros para paupérrimos alfabetos. La palabra escrita, noblemente escrita, como alimento de un hombre que padeció el flaqueo del hambre, pero que está sediento de amor y belleza, de explicaciones y caminos de mejora.

Formidable lección a los pueblos "privilegiados" que viven a la sombra del millenario quehacer cultural de sus élites o del multidisciplinario y homocéntrico resumen.

La Universidad de San Marcos, en donde la barabanda de hoy no puede con la tradición de ayer. La Sala Magna de su Facultad de Derecho. La voz pasada, cargada de experiencia, de ponderada sapiencia, de su circunstancial decano don Ulises Moncoya Manfredi y Jorge Carlos Fernández Sessarego con la apasionada palabra de un hombre talentoso, brillante, humo y amigo, director del Instituto de Derecho Comparado del Perú que renació de los paja de su tenacidad. El honor de ser designado su primer correspondiente extranjero. La inmensa emoción y la palabra vuelta al estudiantado peruano que escucha atento, serio, jugador. Mesa redonda en el Colegio de Abogados limeños —nuestro dilecto amigo Manuel Zárate Polo con su enérgica y bondadosa presencia— y la discusión a ratos apasionada, la formación concisa, el punto de vista contradictorio y fecundo.

Una minoría poderosa, porfiada, ciega, fanática, mística, violenta en su retirada, presentando una lucha sin cuartel. Una clase media ego-altruista, ansiosa de respetarse, de integrarse con la elevación de la clase derivalada y sin descomas. Guerra en dos frentes. Una extrema izquierda atomizada, fanática, mística, violenta, en lucha sin cuartel.

Dos sistemas legales. El Código Civil de 1936, moderno, de sistematización suya y de inspiración germana a través del alambique latino del Código

brasileño y un derecho indígena, consuetudinario, estático, presente como la montaña y el valle que acoge a sus comunidades. Largo y descuidado problema de integración. Tan difícil como la integración cultural sin aniquilamiento, la integración social sin prejuicio, la integración económica sin revolución sangrienta.

Salvo sobre mejoras de detalle señaladas por Fernández Seoane en obra integral y bien documentada, la agitación se vuelca sobre el ritual de las sesiones que, más austero en su inspiración, no ha salido airoso de la prueba del tiempo. Ya se urge su reforma.

El Código de Comercio de 1902 reproduciendo el español de 1885. Con muy pocas alteraciones: sistema cambiario del Código italiano de 1883; remanedores y martilleros y cuenta corriente en las versiones del Código argentino de 1889 e introducción de las leyes existentes sobre moneda mercantil, cheques. Al mismo tiempo una ley procesal sobre quiebras, sociedades cooperativas, hipoteca naval y diversas reglamentaciones.

Una serie de leyes ratifican sendos decretos leyes -testimonios de agitada e inestable vida política fueron introduciendo nuevas normas (papeles de inversión, seguros, procesos de letras, transferencias de negocios, aduanas, bancos, competencia desleal) y modificando otras (libros y balances de sociedades anónimas, quiebras, cambiales, cheques).

En mil novecientos veinte y nueve una ley autoriza a crear una Comisión reformadora del Código de Comercio, y sólo en 1942 se instala una que hizo un trabajo apreciable.

Reinstalada en 1961, produce al año siguiente según un plan formulado por el representante de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, nuestro profesor de Derecho Comercial que como Decano "ad-invenit" nos dió pública bienvenida, un anteproyecto de "Títulos y Valores" —ley ley— (disposiciones generales, su cancelación en caso de pérdida o sustracción; letras de cambio, vales y pagarés y cheques) conjugando las sistemaciones mejicanas, suiza, italiana, hondureña y la del proyecto de El Salvador con las leyes uniformes de Ginebra sobre cambial y cheque.

El Ministro de Justicia, don Emilio Llona Ricketts, que ganamos como amigo en 1958 en memorable viaje aze lejano, nos informa de su envío al Parlamento y de una actividad febrilífera nos impresiona en particular la labor de inventario y análisis de la administración de justicia, para una vez cesada permitir una realística y fluida adecuación de Juzgados, causas, etcétera.

La Comisión en la que don Ulises Montoya Manfredi trabajó internamente en el primer anteproyecto sobre sociedades anónimas y cuyo libro sobre ese punto sirve a generaciones de abogados y juristas peruanos, está ya redactando una ley sobre sociedades. El recuerdo, el comentario, vuelca al trabajo legislativo de Malagarriga y Amiria.



Para formar el ritmo lento y politizado del Parlamento, el Poder Ejecutivo logró alguna vez una ley autorizándolo a sancionar una legislación determinada en base a proyectos ya existentes. El nuevo dinámico y urgente gobierno de Belaunde Terry ha fijado plazo perentorio a un Parlamento no muy homogéneo ni voluntarista de cooperación.

Difícil tarea la de gobernar a través de la tormenta y en medio de los acrecidos sociales, pero impostergable.

### III. — Panamá y su legislación aeronáutica. Tegucigalpa, 1963.

Moderno, silencioso y pauro, el acródromo de Tocumen nos recibe en la mañana apenas despierta, luminosa, recién lavada.

En la carretera a la ciudad, el trópico resido por el camino asfáltico y las ruinas del Panamá antiguo, enclavado en un parque que le rinde homenaje, documentan el fracaso múltiple de la pretensión angloajena de conquista y dominio.

Foco más y la ciudad de Panamá con tres caras, tres cuerpos y tres almas!

La de las casas de dos pisos, techos de zinc, ropas tendidas al viento, balcones que son trampandas, unas arremolinándose a las otras, con callejas que detienen el sol y permiten, como un diálogo casi íntimo entre los balcones que se miran.

Un pueblo abigarrado y pobre las mantiene grévidas de humanidad.

La de las residencias amplias, de una sola planta, de grandes vitrales, en medio de parques y precedidas de cuidados jardines y de automóviles. Silencio digno y respetuoso, elegante, y niños, señoras y hombres espaciados, muchos de ellos panameños también, aros que demuestran en la blancura de su tez, en el rubio de sus cabellos, en la inmediata estatura y robustez de sus cuerpos al que casi de paso, al "gingo" norteamericano o europeo "aguanando" el calor húmedo que es la constante climática de la región.

Por último, el panameño extraño, el zonilato, ajeno, el de la civilización técnica, del estándar único; la urbanización imprecable de una masa de ciudad que parece siempre terminada ayer, esta mañana, con apariencia de vacía y en la que la figura circunstancial del obrero es como una estampa arbitraria y curiosa. Un género, más para los de afuera que para los de adentro, bordado de anchas verjas y amplio camino, presente y lejano, codiciado y rechazado.

Tres mundos. Tres maneras de ser, de vivir, de sentir. Dos idiomas. A veces se mezclan, como en el hablar o en los acentos, o en el distrito residencial, para parecer un terreno. Nunca se confunden. Nunca dejan de ser.

Movimiento y actividad multicolor en el centro comercial.

Nos desplazamos lentamente por su distrito colonial, en el que se entreveran la colonia y nuestros días, tramitando por una multitud no muy

chilena, en que el hablar español causa una tensa apenas insinuada, que devora consonantes o las ablanda haciéndolas melosa.

Todo empalidece ante la belleza de algunas mujeres panameñas. Más hermosas aún en Cádiz, allí en el Atlántico, donde la cruz china e india alrededor aún más los ojos, dió más encanto a la mirada y redondeó las facciones. Cuerpos admirables de gracia sensual, paños al desnudo por vestidos que los cubren "con dos medidas menos de las que normalmente debían llevar" y un andar ondulante y sobrio en el que se proclaman la conciencia de saberse hermosas. Nos choca la falta de piropo, ausencia que aún resultaría incomprendible en nuestras calles de Buenos Aires ante el paso de tales portentos. Nos asombra y nos alarma una aparente indiferencia de jóvenes y viejos que no se tucan, no vuelcan la mirada. ¿Simulación? Inquirimos este fenómeno sociológico controlando si nuestra observación es justa. Una explicación fría es que se trata de la influencia anglo-najona, de su puritanismo. Otra que, como quien vive entre perfumes pierde la posibilidad de distinguirlos, así una constante presencia de la belleza sensual de la mujer lugareña impide distinguirlos, por lo menos en dicho sentido. O es que se trata de una lucha heroica contra la tentación?...

En una moderna y espaciosa Ciudad Universitaria, la Facultad de Derecho convive con otras escuelas.

El Dr. Duilio Acroyo, decano de tiempo completo, cordial, nos guía a través de sus dependencias y así llegamos a la Biblioteca que, independiente de la Central, sirve al estudiantado. Su Director, Profesor Manuel Cano Llopis, señala los tremendos esfuerzos que exige la mera obtención de la legislación actual de los países latinoamericanos y la ausencia de intercomunicaciones. He aquí una tarea que los Institutos de Derecho podrían realizar, y el Instituto de Derecho Latinoamericano podría instalar una especie de Cámara de Compensación en que se produjera el intercambio de información legislativa, bibliográfica y jurisprudencial, incluyendo además a que las respectivas bibliotecas de las Facultades de Derecho, y de otras instituciones, cambien los ejemplares repetidos que no se utilizan.

Largas pláticas con los profesores, el profesor Renato Osorio, Titular de Derecho Comercial y Lino Rodríguez Arias, Director de la Sección de Investigaciones Jurídicas y Profesor de Filosofía del Derecho, nos imponen de las inquietudes de sus juristas en punto a su legislación de Derecho Privado.

En el esbozo que dibujas se apunta una influencia no del todo positiva de la instrumentación jurídica norteamericana que, respondiendo a otras modalidades económicas, sociales, políticas y jurídicas, resultan desorientadas cuando son trasladadas al mundo latinoamericano.

El Código Civil de 1917 sigue la inspiración española a través de su Código de 1885 y pocas modificaciones no lo han puesto al día. Señálase así el, que país de fuerte influencia católica, tiene incorporado en su legislación civil el divorcio "ad vinculum".

Unas pocas leyes han venido en el curso de estos años a agregar algunas instituciones, como por ejemplo: el fideicomiso, el matrimonio de hecho, la venta con reserva de dominio, la hipoteca de bienes muebles, la prenda agraria, la propiedad horizontal, el patrimonio familiar, etc.

El Código de Comercio de 1917 también inspirase en diversas fuentes contradictorias en la esencia de sus direcciones jurídicas. Tampoco aquí se logró una fusión, por otra parte impracticable, y los juristas se sienten urgidos a reformarlo. Una Comisión Reformadora designada no parece laborar y el entusiasmo de algún jurista lo lleva a formular algunos anteproyectos de leyes como el que preparará el Profesor Renato Orrego sobre sociedades de responsabilidad limitada y empresa individual de responsabilidad limitada, que ha sido enviado a un parlamento dedicado preferentemente a temas políticos.

La ley sobre títulos valores es un ejemplo cabal, pues es una muy deficiente traducción de la *Negotiable Instrument Law* vigente en los Estados Unidos de Norte América, que hace incompromisibles algunas disposiciones, contradictorias además con otras normas de Derecho Privado panameño y cuya inteligencia solo es posible recurriendo a la jurisprudencia de los tribunales del país del Norte.

Así como Panamá debe decidir entre su esencia latinoamericana y la influencia anglosajona, así su legislación debe definirse y buscar una uniformidad, y aún una unificación con la de los demás países latinoamericanos, presumpción o condición de un mercado común, primero centroamericano y luego latinoamericano, con recursos y personalidades que puedan dialogar de igual a igual con los demás mercados comunes que de facto o de jure existen en el mundo de hoy. Esa integración económica es la única esperanza que tienen nuestros países de ayudarse a sí mismos, mantener personalidad integral y desarrollarse rápida y sanamente para felicidad de sus pueblos.

#### IV. — Honduras y su falta de problemática en la legislación mercantil. México, Nov. de 1963.

Tancosín, el aeropuerto que sirve a Tegucigalpa. Apenas si tuvimos tiempo de ver unas tierras salpicadas de techos con tejas rojas. Rechazamos una rápida evocación de algún pueblo monacal de los Pirineos o de los Apeninos, porque tenemos conciencia de estar en Centroamérica, tan cerca aún del México.

Primero nos acoge la ciudad antigua, posicionada del estrecho valle; pero apenas cruzamos un puente vigilado por la casa de Gobierno, con estructura de puente medieval, está la ciudad nueva, en la que algunos edificios de vastos pisos y de estructura moderna no consiguen imponer su tónica a la achaparrada construcción de uno o dos pisos. El edificio de la Universidad alarga su frente y recorta su silueta azul contra la colina verde-tierra y un amplio patio que la enmarca obliga a la perspectiva. Aparece como luchando por mantener vivo el pasado. El Palacio Legislativo y el Banco Central, de concepción moderna, le hacen frente, sin hacerle mella.

La población y las casas revelan extrema pobreza. En alguna oportunidad política, como presencia de sentimiento religioso católico generalizado, se acófan en los humildes cuartos estampas con permanentes llamas votivas que iluminan. Una agobiante cantidad de soldados patrullan las calles y cuando la noche hunde al pueblo en la oscuridad propicia a la conspiración, vigila la queda que va de las 11.30 a las 5 de la mañana.

En escasos dos días, tres conferencias en la Universidad a las que los estudiantes asisten compactamente en el paraninfo. Las preguntas se suceden al terminarla. Comunes preocupaciones en todas las poblaciones estudiantiles. Iguales cuestiones de los profesores, con insólitas reflexiones que enriquecen mi pensamiento. Interés profundo en ver como "despega" en la exposición de Roscoe.

Fuera de ello, Roberto Ramírez, Presidente del Banco Central de Honduras desde 1948, Profesor de Derecho Mercantil, coautor del Código de Comercio dictado en 1950, que no terminó de redactar Joaquín Rodríguez y Rodríguez, sobre los lineamientos del Proyecto del Código de Comercio Mexicano, ya que su muerte en 1948 se lo impidió. De allí que Ramírez terminara sus disposiciones transitorias, redactara su exposición de motivos e impulsara su sanción.

A su elegante físico, sus rasgos faciales que parecen evocar algún Supremo Jefe Maya y el cabello estrechado con ondas, preside una nobleza que se prolonga en su caminar y en su suave y lento conversar. Quienes trabajan con él, quienes se le acercan, sienten el impacto de su personalidad y de su inteligencia singular. No en balde este honderado tiene el respeto de los Organismos Internacionales, y en los medios centro-latino-americanos concita unificaciones de criterio y de procedimientos. Cuáles le deben el Banco Centro-Latino-Americano y la Cámara compensatoria interbancaria que se maneja en toda Centroamérica y hoy también con el vecino poderoso y amigo, la República de México, con el peso centroamericano en sustitución del dólar estadounidense el Instituto Centro-Latino-Americano?

La idea de que el mejor instrumento —sin desecharlo otros— para que nuestro desarrollo latinoamericano sea un hecho, es el mercado común organizado por nuestros países, estructurado en una conjunción en la que el justicia progresista tiene que hacer un aporte fundamental, encuentra en Roberto Ramírez un campeón en plena actividad.

El valiente político de estas agitados tierras, sus penurias económicas y un reconcentrado pesimismo sobre los efectos de la ley, hacen que su Código Civil, sancionado allí por 1907, no haya sufrido modificaciones apreciables, y que una Comisión reformadora solo exista en alguna disposición legal y quizá en algún membrete.

La modernidad del Código Mercantil, maso de lujo que se aplica e interpreta a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia honderada puede ser motor eficaz apenas lo permitan la estabilidad política y una conciencia de las necesidades de reformar pacíficamente estructuras ya transochadas, aunque diles, aún para los egoístas intereses creados, tanto de afuera como de dentro.

## ACLARACIONES SOBRE UN TRABAJO DE JOSE MARIA OTS CAPDEQUI

POR DR. JOSÉ MARÍA ANAYA

Dice en "El Estado Español en las Indias" (ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 72) que hubo en el Real y Supremo Consejo de las Indias "un Cronista Mayor de Indias y un Cosmógrafo Mayor".

Levene en "Introducción a la Historia del Derecho Indiano", propone solamente la integración del Consejo (en lo que se pronuncia con gran audacia), e incluye a estos funcionarios en la estructura del organismo, sin esperar las fuentes consultadas<sup>1</sup>.

No obstante, su origen es claro y expreso. Surge de los Títulos Doce y Trece del Libro Segundo de la Recopilación dispuesta en 18 de mayo de 1680. Estas normas constituyen reiteración de las Ordenanzas del Consejo dictadas por Felipe II en el Pardo, el 24 de setiembre de 1571, reiteradas y en parte complementadas con las Ordenanzas dispuestas por Felipe IV el 1º de agosto de 1636<sup>2</sup>.

Más adelante volveré a analizar estos principios legales. Lo que importa destacar por ahora, es que la existencia de ambos cargos estuvo contemplada en las leyes que organizaron institucionalmente al Consejo. Sobre el origen de esos dos funciones, es interesante recordar como antecedente que el Cronista mayor lo tuvieron los Reyes Castellanos y aparentemente también el Consejo Real de Castilla —organismo de similares características al indiano—, pero se carece de constancias fehacientes en que apoyó la individualización de personas que lo hayan desempeñado en el Real y Supremo Consejo de las Indias.

Sostiene por el contrario mi maestro D. José María de la Peña y Cámara, Director del Archivo General de Indias, con la autoridad que le otorgan cuarenta años de servicio continuado en dicho repositorio, que nunca en las

<sup>1</sup> Levene, E. — "Obras de Ricardo Levene", ed. Academia Nacional de la Historia, Bs. Aires, 1962, Tº III, pág. 76.

<sup>2</sup> "Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II Nuestro Señor. Tomo Iº, quinta edición, con aprobación de la Regencia Provisional del Reino...", ed. Boix, Madrid, 1841, págs. 132, 165-167.

amplias investigaciones por él practicadas encontró nombramiento referido a ese funcionario, aunque incluso realizó especial búsqueda del que debió corresponder a Gonzalo Fernández de Oviedo. En consecuencia afirma que no se designó al funcionario correspondiente, en el curso del siglo XVI. Los tiempos posteriores tampoco registraron a dicho Cronista Mayor en el engrasaje de la administración pública indiana. Con lo cual las mencionadas crónicas Ovetenses, resultan simples aporaciones particulares, aunque alguna vez concuerdan con el apoyo patrimonial de la Corona para su impresión. Eso no obsta al mérito de ellas, ni tampoco a la probable influencia que recibiera el ánimo del monarca para otorgar al autor importantes funciones en la administración de las provincias ultramarinas, a efectos de realizar, proseguir o ampliar su información. Como tampoco es óbice para que, quien sostenga lo contrario, pueda demostrarlo por su mayor fortuna o mejor disposición para la investigación, mediante exhibir la correspondiente Provisión de nombramiento.

Este equívoco pudo surgir, a causa de alguna inferencia infundada de autores de respeto —sobre cuya autoridad y mérito no se abre juicio por ello—, que indudablemente ha ocasionado una errónea conclusión. Cuarenta años atrás, la generación de investigadores que nos precedió, con mayor exacta o quizás ignorancia, o tal vez con un poco de ambas, pero eso sí, con más sentido de sus propias limitaciones, solamente dijo que "Por la portada del libro XX [de la Historia General de las Indias], impreso por el autor, sabemos que Hernández de Oviedo era al morir [1537] *cronista del monarca español*... que fue cronista de las cosas de Indias, y que escribió la Historia General por mandado del rey...". (Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano, W. M. Jackson, Inc., T<sup>o</sup> XI, pág. 227, ¶ columna). Con eso se determinó claramente: a) Que Oviedo trabajó por orden del monarca, innecesaria de haber escrito a causa de un imperativo inherente a su propia función; b) Que fue autor de escritos sobre "las cosas de Indias", lo que no implica el paralelo cumplimiento de un deber administrativo o funcional (en tal sentido, más lo tuvo incluso el Padre Las Casas, en relación a su carácter sacerdotal); c) Que fue cronista del rey, lo que significa un simple caso de índole personal, en virtud del cual no puede involucrarse como miembro de una estructura estatal, y menos en la especialidad de que se trata; y d) Que todas esas informaciones son meras afirmaciones de parte, sin otros corroborantes.

En el mismo sentido se pronunciaron sus coetáneos que en la Enciclopedia Universal Ilustrada España (T<sup>o</sup> 27, pág. 1228) aseveraron sobre las actividades de Hernández de Oviedo y Valdés, que 12 veces cruzó el mar, la primera como veedor de funciones de oro en 1514. Posteriormente registraron su acusación en 1520 ocupando el cargo de Teniente de Gobernador del Ducado, y en 1526 el de Gobernador en Cartagena. Otros tres viajes como funcionario en Sanco Domingo y Panamá realizó a Indias, en 1532, 1536 y 1549. "En los últimos años de su vida (dice el España) desempeñaba el cargo de *Cronista del emperador*...".

Sin embargo, también algunos contemporáneos de los estudios, cayeron en el equívoco criticado. Así por ejemplo, el Instituto Della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, en el Tomo XXV, pág. 831, col. 2.<sup>a</sup>, de la edición de 1933, artículo elaborado por Angela Valente, dice en la asignatura Historia Española de la Universidad de Nápoles, asientó sobre Fernández de Oviedo y Valdés: "Nel 1532 venne nominato cronista generale delle Indie". Este hecho podría considerarse meramente epistólico, de no haberse mencionado como bibliografía corroborando, ante de tanto predicamento como Eduard Fuster. Poco antes que la profesora italiana, el ilustre historiógrafo aseró en su divulgada "Geschichte der neueren Historiographie", que Fernández de Oviedo "a una edad avanzada fue nombrado cronista de Indias. En tal carácter compuso su Historia General y Natural de las Indias" (2).

El mismo error lo cometió José Miranda en su introducción al "Sumario de la Natural historia de las Indias", pero aún va más lejos pues lo señala "primer cronista de Indias" (p. 21), y "cronista general de Indias" (p. 32 (4)).

Como se ha visto, Oviedo murió en 1557, en la ciudad de Valladolid según Fernández de Navarrete y de los Ríos; o en la de Santo Domingo, si se acepta la versión de Antonio Menes de Tejada. Recuérdese que el cargo de "Cronista Mayor del Consejo Real de las Indias" (sic), fue creado por la Ordenanza 119, de las décadas para el Consejo por Felipe II el 24 de setiembre de 1571, 14 años y 59 días después del deceso de Fernández de Oviedo. Advértase además, que el funcionario lo era del consejo, y en orden a ellas sus funciones estaban condicionadas al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

I) Estaba subordinado al Presidente y demás Consejeros, pero especialmente al Consejo "que tuviere el Archivo" que era encargado por la ley primera de actuar como "comisario" de la historia que escribía el Cronista.

II) Tenía que "asistir en nuestra Corte", según la misma ley primera. Lo que significa el deber de servir al cargo, concurrir con frecuencia y estar presente en la Corte, obligación que no pudo cumplir alma andaluza como la de Fernández de Oviedo, quien residió en Santo Domingo según afirmó en la dedicatoria del "Sumario...", dirigida a la Santa, Católica, Católica y Real Magestad del Emperador. Expresó que allí "donde tengo mi casa y asiento, y hijos" conservaba los escritos de sus observaciones sobre "las cosas de Indias", por lo cual en el "Sumario..." sólo exponía "...de lo que en la memoria está y puedo de ella aquí recoger...";

III) Podía recibir toda la documentación del Consejo, que servirla como base de la tarea encomendada. Así tenía deber y potestad, de acuerdo a la

2 FUSTER, EDUARD — "Historia de la Historiografía Moderna", ed. Nova, Bn. Aires, 1933, pág. 326.

4 FERNÁNDEZ DE OVIEDO GONZALO — "Sumario de la Natural Historia de las Indias", con introducción de José Miranda, Bibliografía Americana, Fondo de Cultura Económica, México, 1930.

hay nueva, "...dejando conocimiento y recibo de ellas, y volviéndolas a quien se las entregare cuando los haya visto o se le pidan, las cuales y los que fuere ordenado y escribiendo, venga y guarde con secreto, sin los comunicar ni dejar ver á nadie, sino solo á quien por el Consejo se le mandare ó por razón del oficio, los pueda y deba ver; y si hallare ó supiere que en poder de alguna persona particular hay algunos papeles, relaciones, noticias ó escrituras que sean importantes para lo que fuere escribiendo ó pretendiere escribir, lo advertirá al consejero que fuere comisario de la historia, para que se saquen o copien; y si para ello fuere necesario mandare nuestro á orden del consejo, se dará y despachará lo que convenga para que tenga efecto...". Esto significó claramente, que la obra producida por el Cronista fue, sino secreta, al menos reservada; y

IV) Debía someter a reconocimiento del consejero comisario, anualmente, los escritos realizados; fue dispuesta luego su guarda o imposición según estimaba conveniente, daba noticia al Consejo y ordenaba completar a favor del Cronista, el último tercio del salario correspondiente al período.

El cumplimiento de las obligaciones enunciadas, debió dejar muy claras señales a través de correspondencia, fedatos, instrucciones, e incluso (¿ por qué no?) algunas dispocas administrativas. No obstante, nadie encontró hasta el presente, documentación de esta naturaleza, por la sencilla razón que esta función administrativa jamás se proyectó. Para terminar, reitero la invitación formulada a quien sostenga lo contrario, de presentar las designaciones respectivas.

La misma obra objeada, contiene en la página precluida el aserto que la Casa de la Contratación de Sevilla fue trasladada a Cádiz en 1772. Discrepo con esta afirmación, pues surge de numerosa documentación que mucho antes sus autoridades tenían sede en la capital gaditana (\*). Además, afirmó Cristóbal Bermúdez Plaza (Director del Archivo General de Indias hasta el año 1952) que la Casa de la Contratación estuvo situada en el Alcázar, "instalándose en el departamento de los Almirantes y allí residió hasta su traslado a Cádiz en el año 1717" (\*\*). Dijo que su ubicación en el puerto Hispalense provocó las rivalidades y celos de otras provincias marítimas españolas, especialmente Cádiz "que al fin logró en 1717 que fuese trasladada allí la Casa de la Contratación" (\*\*).

En igual sentido se pronunció D. José María de la Peña y Cámaras (\*\*). quien reiteradamente mencionó en su obra el año 1717 como el del traslado

\* Archivo General de Indias (en lo sucesivo A. G. I.), Sección V<sup>a</sup>, Anticámara de Buenos Aires.

\*\* Bermúdez Plaza, Cristóbal - "La Casa de la Contratación, la Casa Loja y el Archivo General de Indias", ed. Publicaciones del Consejo de la Hispanidad, s./s., pág. 9.

† Bermúdez Plaza, Cristóbal - *idem*, *ibid.*, pág. 12.

§ Peña y Cámaras, José María de la - *Gala del Archivo General de Indias de Sevilla*, ed. Dirección General de Archivos y Bibliotecas, Madrid, 1958.



de la Casa de la Contratación a Cádiz en las páginas 31, 36 y 135 (en que asigna al propio tiempo<sup>2</sup>, pérdida de atribuciones de la Casa para la misma fecha). En la página 90 anota Peña otra fecha diferente de traslado (1722), pero creo que esto poco modifica la conclusión, porque resulta también muy anterior a la referida por Ota Capdequí; e igualmente queda probado por la documentación que relacioné, que dicho traslado fue muy anterior a la oportunidad que le asignó el traslado cuestionado.

Como interesante anotación marginal, es de recordar que el traslado de la corporación, causó la dispersión de sus documentos, parte de los cuales permancecieron en Sevilla, y se integran con los fondos del Archivo General de Indias desde la instalación de éste en la capital andaluza (año 1785). El resto pasó a poder del Consulado de Cádiz, de donde a fines del siglo XIX se trasladó a la Biblioteca Provincial de esa ciudad, donde quedó en una sección inapropiadamente denominada "Archivo de Indias de Cádiz" hasta 1903 en que se llevó al repositorio sevillano. Por esta razón, el Archivo General de Indias, habitualmente se designa con el aditamento "de Sevilla" para diferenciarlo del anterior, que en la actualidad se encuentra integrado en la Archivalia del renombrado Centro Hispalense. Estos fondos documentales no se sirven al público hasta la fecha, porque no se encuentran todavía inventariados.

A renglón seguido sostiene Ota Capdequí que el Consejo pasó a ser mero organismo consultivo desde la creación de la Secretaría del Despacho Universal de las Indias. Aunque ciertamente la institución perdió durante la administración borbónica mucho de su anterior poderío, resulta excesivo decir que sus funciones se transformaron en las de un mero cuerpo asesor. En verdad dejó de ser una entidad decernipariva, careció de la trascendencia que anteriormente decaerá, más que por facultades legales expresas (que no fueron modificadas en sus rasgos fundamentales), merced a la calidad personal de sus integrantes. Basta hojear el paciente trabajo de Schäfer<sup>(\*)</sup> para advenir la notoria diferencia individual que separa a Solórzano Pereira de Murquiz. La capacidad intelectual se suscitó en los altos cargos administrativos, por una burocracia macilenta, medrosa, irresponsativa. Este proceso es sólo un tramo de la mutación sufrida por el Reino en todos sus órdenes. En el siglo XVI por ejemplo, que Corré quisiera sus naveas sólo fue uno de tantos episodios notables. En el siglo XVIII por el contrario, que Cevallos tomara la iniciativa para resolver una situación emergente del Tratado de Límites de 1750, constituyó una novedad que asombró al monarca, por lo cual ganó posteriormente el nombrado su cargo de Virrey rioplatense exculado de atermo de la obligatoria residencia.

El aspecto ejecutivo de las tramitaciones varió, pero poco modificaron las estructuras. En toden a este nuevo sistema, el Secretario del Despacho

\* Schäfer, Ernesto - "El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la extinción de la Casa de Austria", Tomo I, Sevilla, 1935 y Tomo II, Sevilla, 1947; y "Las sribrias del Consejo... de las Indias", Sevilla, 1934.

o Ministro de Indias, como también se llamó, fue encargado de la correspondencia con las autoridades ultramarinas, en lo ejecutivo de la organización burocrática. Así surge con nitidez meridiana de la Real Cédula de 18 de mayo de 1747 comunicada a las autoridades indianas, por la que se inhibió al Consejo de Indias del conocimiento de los ramos de Hacienda, Guerra, Comercio y Navegación, según lo expresó el Gobernador del Paraguay D. Marcos José de Larrazábal en carta que acusó recibo de dicha orden, dirigida al Marqués de la Ensenada y fechada en Asunción el 9 de mayo de 1748 (19). Al amparo de esta disposición se estudió en julio de 1776, la intervención del Consejo en la espiciosa cuestión de la creación del Virreinato del Río de la Plata. Pero dicha actitud fue arbitraria, como lo señaló exactamente Octavio Gil Manilla: "...Todo fue una maniobra urdida en el Despacho real y cuyo desarrollo también tuvo lugar en él... Si en julio de 1776 se había convenido en crear un Virreinato provisional, ¿qué causa han podido determinar al Monarca y sus Consejeros para que, con tanta prontitud, pudiesen en octubre de 1777 aprobar su permanencia? No ha sido ningún informe del Consejo de Indias, pues ninguno se da, tampoco... Pues bien, este nombramiento de tan relevante importancia se ocultó al Consejo de Indias hasta el 17 de junio de 1777, es decir, casi un año después de haberse concedido...". El nombramiento referido por el Dr. Gil Manilla lleva fecha 1ª de agosto de 1776 (Archivo General de Indias, Secc. Vª, Audiencia de Buenos Aires, Legajo Nº 30, citado por dicho autor) (21).

A pesar de ello, el Consejo siguió emitiendo disposiciones, Reales Provisiones y otras órdenes. Continuó ejerciendo sus funciones judiciales como Tribunal de Alzada, y aconsejó al Rey en las difíciles gestiones administrativo-indianas, como en sus mejores tiempos. Anteriormente, tampoco tuvo otra atribución, pues el monarca fue siempre el poseedor de la final potestad resolutoria.

Por estas razones, la terminante minorvaloración que Ott Capdepont otorga a las funciones del Consejo durante el siglo XVIII me parece excesiva y como prueba de lo afirmado estimo suficientes los testimonios que puedo aportar (22). Aunque desde el advenimiento de los reyes de la Casa de Borbón, la composición fue paulatinamente perdiendo de hecho numerosas facultades que detentó con el mismo carácter, su "Status jurídico" no se modificó sino en lo ejecutivo.

Obsérvese que lo excluido de la intervención del organismo, sólo se refiere a transacciones de rutina, habitualmente señaladas en las cédulas del poder que no implican como necesaria su paralela posesión y ejercicio. Los grandes temas de influencia decisiva para la determinación de la política indiana,

<sup>19</sup> A. G. I., Sección Va., Audiencia de Buenos Aires, Legajo Nº 48.

<sup>21</sup> Gil Manilla, Octavio - "El Río de la Plata en la política internacional - Génesis del Virreinato", ed. Escuela de Estudios Hispánico-Americanos, Sevilla, 1948, nota Nº 63 pág. 376, y págs. 377, 383 y 386.

<sup>22</sup> A. G. I., Sección Va., Audiencia de Buenos Aires;

prosiguieron jurídicamente como hasta entonces fueran. Incluso en los casos objeto de la exclusión, que apartó al Consejo del conocimiento de esas materias en gestiones internas con funcionarios inferiores, no significaron variaciones para sus atribuciones esenciales.

El hito fundamental de la decadencia del Real y Supremo Consejo de las Indias, lo dio a comienzos del siglo siguiente el proceso de independencia de la mayoría de las provincias ultramarinas, que culminó con su supresión por Real Decreto del 24 de mayo de 1834. Se creó en su lugar el Tribunal Supremo de España e Indias para las funciones judiciales, en tanto las gubernativas se transfirieron al Consejo Real de España e Indias, abolido el 28 de setiembre del mismo año, reemplazado en 1845, modificado en 1847 y 1849, aniquilado por la revolución de 1854. En 1856 renació el Consejo Real, y por Real Decreto de 14 de julio de 1858 se modificó su nombre por el de Consejo de Estado, que encendió en lo sucesivo todas las cuestiones relacionadas con las provincias de ultramar que no se separaron de la Metrópoli hasta años más tarde.

Estas anotaciones al trabajo del Dr. Ota Capdequí las formulo, por estimar importante dejar ciertas cosas en claro. Cuando una afirmación errónea resulta expresada por persona de poco relieve, carece de valor. Pero cuando es efectuada por una personalidad de jerarquía intelectual como la reconocida al Dr. Ota Capdequí, cuya prolifera labor en materia de Derecho Indiano le ha proporcionado la merecida fama y prestigio de que goza, entonces el menor detalle adquiere trascendencia, la misma que corresponde a su firmante, y puede inducir a los lectores desprevenidos a conclusiones equivocadas. En su consecuencia, provocan la divulgación de distorsiones y falsedades.

Desde luego, no he advertido estos detalles por acceder con ánimo avieso a la obra del renombrado traductor. En verdad llamó mi atención, hace ya bastante tiempo, un dato proporcionado por el profesor español en su libro "El régimen de la tierra en Hispanoamérica durante el período colonial". Debo confesar ante todo, que carezco ahora del texto para proporcionar el dato con mayor exactitud, pero el asunto, que oportunamente anoté a título de curiosidad personal, se refería a la Instrucción sobre tierras dicitada en tiempos de D. Fernando VI<sup>o</sup> por Real Cédula dada en El Pardo a 15 de octubre de 1754. En orden a su preparación, estudio y elaboración, Ota Capdequí asigna importancia al papel que había desempeñado en esta cuestión D. Gaspar Melchor de Jovellanos. Pero he aquí que el mercedado libertario español nació en Gijón (Asturias) el 5 de enero de 1744...

Jovellanos escribió un famoso informe sobre la ley agraria, redactado en 1795 para la Sociedad Económica Madrileña<sup>14</sup>. Como puede observarse,

<sup>14</sup> Lezana, R. - "Historia económica del Virreinato", en "Obras de Ricardo Lezana", ed. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1962, Tomo II, pág. 291 "...el como también la Comandante que se hizo sobre la ley agraria a Jovellanos, quien escribió en 1795 su vigoroso y trascendental informe..."; y pág. 293 "...De la Sociedad Económica de Madrid salió también el notable informe en el expediente de la ley agraria de Jovellanos...".

una pequeña diferencia, de medio siglo, en punto que se las tras, y meros ser tratado por quienes conocen de la materia.

Buenos Aires, noviembre. de 1964.

- a) *Legajo Nº 42* — 1749, setiembre 23 - Buenos Aires - Indio de lo que escribe el Gobernador de Buenos Aires... Participa haber recibido los inventarios del Navío La Lilia y el Paquetón de la Compañía de Sevilla el 6 p/o de su combargo en plata sencilla, y comendado estar a la decisión del *Presidente de la Compañía de Cádiz*, si la han de pagar en doble...
- b) *Legajo Nº 171* — 1749, setiembre 17 - Buenos Aires - Pablo José Roco y Francisco de la Torre e Barria [oficiales Reales visitadores de las cajas Buenos Aires] al Marqués de la Ensenada [Don Cosme de Sumberrilla y Bengoechea, Ministro de Indias] — Que en la Fragata La Lilia recibíen siete planchales de plata y cinco pilas de plata virgen, con peso total cinco cincuenta y dos marcos, cinco onzas y seis adarmes, consignados al *Presidente de la Casa de la Compañía de Cádiz*.
- c) *Legajo Nº 374* — 1756, marzo 4 - Buenos Aires - Alonso de la Vega [Teniente de Rey, Gobernador interino] al Bailío Fray Don Julián de Arriaga [Ministro de Indias] - Que Don Domingo de Barroilbas en el Navío San Jorge remite catorce mil pesos y seis onzas con veinte y seis arrobas cuatro libras de lana de vicuña a entregar al *Presidente de la Compañía de Cádiz*.
- d) 1756, octubre 3 - Madrid - Bailío Fray Don Julián de Arriaga a Don José de Anduezaqui [Gobernador de Buenos Aires] y Oficiales Reales [Don Alonso de Arce y Arce y Don Antonio de Arce] - Acusa recibir de su carta de 23 de abril de 1753, y que en su conformidad se ha dado orden al *Presidente de la Casa de Compañía de Cádiz* para ser abastada dicha suma [noventa y nueve mil novecientos noventa y siete pesos y un real, recaudados sobre los derechos de registro de la fragata El Justo].
- e) 1756, septiembre 21 - Madrid - Bailío Fray Don Julián de Arriaga al *Presidente de la Casa de la Compañía de Cádiz* Don Eusebio José de Aravia - Que remite a disposición del señor Conde de Valdeparaiso los 28 cajones de piedras minerales remitidos desde Buenos Aires en los navíos San Jorge y Justo.
- f) 1758, marzo 17 - Buenos Aires - Alonso de la Vega al Bailío Fray Don Julián de Arriaga - Que embarcó en los navíos Pasado y San Pascual Berlion ocho mil setecientos veinte onzas, y remitió los conocimientos al *Real deute de la Casa de la Compañía de Cádiz*. Don ejemplares, sin especificar original y duplicado.
- g) 1757, septiembre 6 - Buenos Aires - Alonso de la Vega al Bailío Fray Don Julián de Arriaga - Que en el navío La Emperatriz Reyna, remite tres mil cueros de los que están pertenecientes a la Real Hacienda, y remite conocimiento al *Presidente de la Casa de la Compañía de Cádiz*.
- h) 1758, julio 12 - Cádiz Eusebio José de Aravia al Bailío Fray Don Julián de Arriaga - Que la venta de los cueros recibidos de Buenos Aires en la fragata La Emperatriz Reyna [ver anexo], produjeron derechos reales y tres mil setecientos once pesos y diez maravedí de realdo.
- i) *Legajo Nº 417* - 1756, marzo 18 - Buenos Aires - Alonso de la Vega al Bailío Don Julián de Arriaga - Que hizo embarcar en el San Jorge qu-

mientas noventa y dos arrobas y cinco libras de tabaco recido del Paraguay más veintidós arrobas y dos libras de tabaco del Brasil cocinado. Con orden de entrega en Cádiz al Presidente de la Comandación.

- l) 1757, mayo 26 - Buenos Aires - Alonso de la Vega al Bailío Froy Don Julián de Arriaga - Que en el navío La Begonia hizo embarcar once arrobas de tabaco recido del Paraguay, y dos del de Brasil producto de cenico, con peso de ciento sesenta y tres arrobas y veinte libras. Remite el conocimiento al Presidente de la Comandación de Cádiz.
- k) 1761, agosto 14 - Buenos Aires - Marcos José de Larrañabal (Teniente de Rey, Gobernador interino) al Bailío Froy Don Julián de Arriaga - Que en el avío Santa Teresa embarcó quinientos cincuenta y cuatro arrobas veintiseis y dos libras de peso en bruto, de tabaco negro paraguayo; y remitió su conocimiento al Presidente de la Casa de Comandación de Cádiz.
- l) 1763, febrero 11 - Buenos Aires - Pedro de Cevallos (Gobernador de Buenos Aires), al Bailío Froy Don Julián de Arriaga - Que en el navío Santa Cruz embarcó mil quinientos veinte y cinco arrobas y once libras de tabaco recido del Paraguay, cuyo conocimiento remite al Presidente de la Comandación de Cádiz. El duplicado lleva fecha de 13 de febrero de 1763.
- a) *Lepaja Nº 18* - 1751, abril 4 - Madrid - Minuta de carta a Don José de Andoategui (del Marqués de la Ensenada), haciéndole saber que se solicita de creación de tres escribanías se pasó al Consejo y lo que se resuelve le será informado. Adjunta se halla una petición de José González y Francisco Javier Ferrer, adquirentes en subasta, de dos de las escribanías.
- b) 1753, septiembre 11 - Buen Retiro - Remisión al Consejo de carta del Gobernador de Buenos Aires del 28 de octubre de 1753, con copia de la información practicada por el Procurador General sobre serios que tienen los estancieros de "ranchos de Indios Panzanos y Serriosos congregados a Puerto en la Parage nombrá el Salado".
- c) 1753, agosto 3 - Buen Retiro - El Marqués de la Ensenada a Don José de Carrvajal y Lánzaros (Promociones del Consejo de Indios) Remite los autos elevados en Buenos Aires, por denuncia del Guardia Mayor Don Pedro Lavaga de varios delitos de contrabando que se hallaban en casa del Doctor Don Juan Tomás López de Velasco.
- d) 1754, agosto [sin el día] - Buen Retiro - El Marqués de la Ensenada al Consejo - Remite otros autos elevados de autos elevados en Buenos Aires sobre delitos obrados en aquella jurisdicción (fechados en 3 de agosto de 1753).
- e) 1754, julio 23 - Buenos Aires - El Gobernador y Oficiales Reales - Remiten los autos seguidos por la aprehensión hecha en el Rio de la Plata, por el patrón de la coveita de Montevideo, de un botea cargada de "hierro" (sic). Que desde de las islas de San Gabriel lo expresaron dos embarcaciones paraguayas por orden del general Don Gómez Frías de Andoategui, quien remitió la botea y su carga al Gobernador de Buenos Aires, con la queja de haber sido apurada a vista de la Colonia y sus fortalezas, por cuyo insulto estaban ofendidas estas y la Bandera del Rey su Armo. En 28 de abril de 1753 se remitió a informe del Consejo.
- f) 1755, abril 9 - Buen Retiro - Remisión al Consejo de memorial de Don Luis Just, Capitán del Navío Nuestra Señora de la Concepción, pidiendo montaría por dos años, para pagar varios escrituras por suertes y suertes mil ciento días y nueve pesos seis reales, o si merco hasta que venga

- algún caso de Buenos Aires, donde tiene los efectos que originaron la deuda. No está el memorial.
- a) 1755, marzo - Buen Retiro - Remisión al Consejo. Carta de Don José Joaquín de Viana [Gobernador de Montevideo] informando el 26 de mayo de 1751, que Montevideo tiene muy abandonada su campaña a mantener 30 soldados necesarios para resguardo de la campaña. Adjunta informe sobre los últimos sucesos que los indios, y una noticia sobre las guerras que pueden imponerse a tal efecto.
- b) 1756, octubre 9 - [No se indica lugar] - Remisión al Consejo de carta del Gobernador Aráozmurgui remitiendo las ordenanzas formadas para evitar deducciones en la cobranza de ganados [carta fecha 16/8/1755].
- l) 1756, septiembre 20 - [No se indica lugar] - Remisión al Consejo de carta y testimonio del Gobernador de Buenos Aires, sobre diligencias practicadas a instancia de los vecinos de Luján, que piden el título de Villa para la población. No está la carta.
- j) 1756, julio 19 - Buen Retiro - Remisión al Consejo de actas municipales de autos de comiso hechos en Buenos Aires, surtidos por los oficiales reales de aquellas cajas, con un indio. No están los testimonios ni el indio.
- k) 1756, septiembre 1<sup>a</sup> - Buen Retiro - Remisión al Consejo de los autos enviados por el Gobernador interino de Buenos Aires Don Alonso de la Vega, en 18 de marzo de 1756, sobre los cargos hechos al Ingeniero Don Diego Cardozo, en relación a las obras de la Plaza de Montevideo. Está la carta, no el expediente.
- i) 1756, septiembre 20 - Buen Retiro - Remisión al Consejo de una carta de Aráozmurgui [fecha en 24 de abril de 1755] solicitando la creación de un Presbitero General con seis beneficios para limpiar la campaña de vagabundos.
- m) 1756, junio 28 - Buen Retiro - Remisión al Consejo del memorial presentado por Doña Rosa Ruiz de Bolaños, viuda de Don Bernardo de Casajús [que fuera Regidor Decano de San Juan de Vera de las Sierr Corrientes], pidiendo la adjudicación para su hijo y por una vida, la encomienda de su padre en Real y el cargo de Regidor que desempeñó su progenitor. Agrega carta del Gobernador recomendando su petición. No está la cédula, ni la carta del Gobernador.
- n) 1756, diciembre 18 - Buenos Aires - Cevallos informa que por los muchos disturbios que ocasiona el Diputado de Comercio, interinizado en los pleitos de la justicia ordinaria, solicitó suspenderlo a partir del año siguiente. No está la carta, y hay una respuesta que dice "Esta carta se remitió al Consejo con otra del Virrey del Perú sobre este asunto".
- e) Legajo N<sup>o</sup> 349 - 1759, febrero 10 - Madrid - Tratado de matrimonio signedo por Don Felipe de Almaguillón sobre representación hecha a los Oficiales Reales de Buenos Aires, por Don José Anson, Teniente de Real Hacienda en la ciudad de Concepción. Consulta si hará pregón por el cargo de Regidor Depositario de Real Hacienda vicario por muerte de Don Melchor Valdés Minisola; sobre que en dicha ciudad está ejerciendo como Alcaide Mayor el portagués Don José Amaro Saadita, sin carta de naturalización como lo manda las leyes; y tocante a la que debe hacer si el Alifre Don Miguel Rodríguez no presenta en término la confirmación de la Audiencia de Charcas. Se envía a revisión del Consejo.

## LIBROS Y REVISTAS





El mayor acontecimiento en la historia de Asia en el siglo XIX ha sido, sin duda, el establecimiento que pareció definitivo, de la hegemonía europea. A su vez sucesos y sus implicancias en el posterior desarrollo de la cultura y la política en los tres países más importantes del continente asiático —Japón, India y China— se refiere el A. en un trabajo presentado en la Conferencia, realizada en Bellagio, con la participación de sociólogos, historiadores y políticos nómades de diversos países del mundo, en marzo de 1964, organizada por la American University Field Staff con el patrocinio de la Fundación Rockefeller y bajo el título de "La Nación y los elementos políticos del desarrollo".

El objeto de la Conferencia era, así dice una breve introducción, "realizar un estudio comparativo del nacionalismo y del desarrollo y más particularmente esbozar, si el nacionalismo y la libertad deben considerarse elementos asociados de las naciones en vía de desarrollo". El A. estudia ese problema, examinando las ventajas y dificultades ocasionadas por los contactos entre la civilización occidental y países orientales de antiguísima tradición político-cultural.

Luego de afirmar que "en el siglo XVII y particularmente en el XVIII la influencia general en Occidente era, en conjunto, mayor que la influencia occidental en Oriente" y en recordar la influencia, por ejemplo, ejercida en los filósofos por el pensamiento chino; la

ejercida sobre Voltaire y otros sociopolíticos por el humanismo chino y la tolerancia hindú; que en el desarrollo del arte y la decoración los modelos chinos ayudaron en parte importante a la transición entre el barroco clásico y el estilo rococó; el A. sostiene que "todo esto fue cambiado por la Revolución Industrial y por la expansión imperialista que la siguió".

Señala como el primer cambio decisivo, el comercio entre la India y Gran Bretaña, al ser abolido el monopolio de la East India Company y abolirse el impuesto a todas las mercancías extranjeras. Lo mismo sucedió en otros países, pero los europeos no se contentaron con controlar solamente un reducido número de establecimientos comerciales en la zona e imponieron su dominio sobre estos territorios. Esto derivó en mercados para los productos europeos, fuentes de materia prima, y más tarde, mercados para capitales y elementos equilibrar en el movimiento internacional de pagos. La tesis que desarrolla BORSA es que el imperialismo occidental puso en marcha un proceso, autónomo e irreversible, de transformación en los países de Asia Oriental y que éste tuvo por principal apoyo la necesidad y la aspiración de las clases dirigentes de hacerse dueños de la ciencia y la técnica occidentales, para elevar el nivel de vida de la población y como imprescindible necesidad, abrir nuevas rutas a un mayor desarrollo económico.

El A. analiza, concisamente, en base a esta tesis, lo ocurrido en China, India y Japón durante el siglo XIX y parte del XX. Escorpión al objetivo de este trabajo analista lo dicho sobre cada uno de estos países, pero el poderemos resumir la opinión de BORSIA acerca del modo cómo se consiguió, y se consigue, esa transformación.

A me afía por hacerse dueños de la ciencia y la tecnología occidentales se

llegó a través de un espineso conflicto que, en mayor o menor grado, se dió en los países considerados: el choque entre un nacionalismo tradicionalista, xenófilo, de tendencias reaccionarias y otro, occidentalista, moderno, progresista. El más importante logro de este enfrentamiento ha sido que el pago por el adlante científico y técnico no es dado por la apropiación de los valores culturales occidentales o de formas políticas de la democracia liberal; fmas tienen para los pueblos en vías de desarrollo la función de medio, no de fin, son un instrumento más en la lucha por el progreso. En este sentido, para el A., democracia y comunismo no son, en Oriente, símili-

cos contrapuestos en la cuestión política, pero sí, los dos términos de una alternativa, igualmente estimables y provechosos como medios de transformación "así, en los países en vías de desarrollo, comunismo no es la antítesis de democracia liberal capitalista; es una alternativa igualmente aceptable con una base plenamente pragmática, como medio o como azulo para lograr la independencia nacional, la reforma agraria, el desarrollo económico; difundir la educación; proteger la ciencia y la tecnología, la industrialización, etc."

La tesis del A., si no del todo original, está bien expuesta y logra su intento de demostrar la influencia de Occidente en el desarrollo político-económico de Oriente, pero en cuanto a este proceso histórico es necesario estar en cuenta las propias palabras de BORSIA cuando dice: "Después de todo, la distinción entre pasado y presente es artificial, porque el pasado fluye en el presente y el presente no es más que la concreción del pasado".

*Alberto Carlos D'Almeida*

"Hacia una legislación integral de la minoridad, en reemplazo de las «medidas de seguridad» en el Código Penal". — (En "Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas", de la Provincia de Buenos Aires), Nº 6, La Plata, 1961.

López Lastra entiende que deben integrarse los conocimientos aportados por la Sociología, la Antropología, la Psicología y la Biología en una "Etiología Criminal" que comprenda todas las causas que generan al menor delincuente. Sea que se considere la delincuencia juvenil como un problema de exclusiva índole social o que también pervenga al campo jurídico, lo cierto es que las causas que la determinan constituyen una realidad local en el sentido de que deben ser estudiadas con dimensión argentina.

Al observar esta realidad el autor encuentra la existencia de: 1) Causas biológicas o ambientales; a) en los "Establecimientos carcelarios para Menores" donde no hay personal especializado que así a cargo de los internados es los que no se lleva a cabo la recuperación del menor, al mismo tiempo que conviven menores abandonados, internados por mala conducta, culpables no imputables y aquellos que sufren procesos psicológicos fríos no reciben debida atención médica; b) en "la influencia del mundo de los adultos": el choque con una sociedad materializada porovos en el menor una gran inseguridad que se exterioriza a través de reacciones agresivas contra esa sociedad esto lo demuestra el gran porcentaje de delitos contra esa sociedad (no lo demuestra el gran porcentaje de delitos contra la propiedad frente a otros tipos de delitos. El autor cita una conferencia del Dr. Jiménez de Asúa donde, al referirse al índice mínimo de la delincuencia en Israel, señala que ella se debe a "la habituación al trabajo"; c) la influencia de la "estructura social": el menor, a medida que se

desarrolla, capta y percibe que el medio ambiente no le ofrece apoyo moral; d) la influencia realzada de acceso a métodos culturales y superados que apelan a la memoria y no a la inteligencia, los planes antipedagógicos que no habilitan al menor para la lucha por la vida; e) el factor económico entorpecido en la mala vivienda y promiscuidad tal como existe en el cinturón de miseria que rodea la capital y las grandes ciudades; f) la prensa y la literatura sensacionalista. 2) Causas Genéticas o Hereditarias: Las estadísticas señalan que el 8 % de la población escolar está concentrada por inadaptados mentales, otros casos — no contemplados por la legislación mediante un reconocimiento y aplicación obligatoria— encuentran salida en el vagabundaje y la criminalidad. Estos menores calificados como "psíquicos" (en decir inadaptados socialmente por fallas psíquicas adquiridas o que sufren desequilibrio psíquico social por fallas psíquicas adquiridas o que sufren desequilibrio psíquico por asimilación), son los característicos integrantes de grupos. 3) Causas Psicológicas o de Educación: inoperancia familiar, escolar, mala configuración familiar que tiene mayor influencia sobre las menores mujeres que sobre los menores varones.

De acuerdo a las causas señaladas, el Dr. López Lastra considera que debe trabajarse con los conocimientos ofrecidos por otras ciencias y realistas, en la búsqueda preventiva de soluciones que correspondan en el ámbito familiar, escolar o social, mediante psicoconcepción de grupos, clases para padres, reconocimientos

añado obligación en la carga marítima, modificación de los Embalecimientos para mercaderías, la creación del Puerto de Montevideo.

Considera finalmente que quince años

este problema comprendería esas cosas que es necesario actuar sin demora: es un derecho que el menor tiene ante la comunidad.

Marta Malvar

**RODOLFO A. GONZÁLEZ LIBRERO: Manual de Derecho de La Navegación.**  
Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964.

Los diversos aspectos del Derecho Marítimo son tratados por el autor en este Manual dedicado a los estudiantes y a quienes "quieran por cualquier otro motivo, acercarse a ella y penetrar en su fascinante y variada institución", como señala dicho autor en la Advertencia Preliminar.

Estudia en sus distintos capítulos las diversas instituciones del Derecho de la Navegación por agua, al que considera como sistema de las ciencias jurídicas, perfilándose independiente del Derecho Administrativo.

Los aspectos en que se ejerce la navegación (alta mar, mar territorial, ríos, aguas y mareas interiores, etc.) y la organización de la Marina Mercante son señalados en los capítulos II y III. En los subsecuentes, se aboca a la consideración del instrumento de la navegación, el buque, considerando todos los elementos que reunidos, lo caracterizan, como así también las distintas modalidades de adquisición del dominio del mismo, su publicidad y embargo, y a los aspectos y relaciones jurídicas necesarias para la organización de la actividad marítima. Se detiene en la figura del Capitán, particularmente consagrada en el Derecho de la Navegación, en la del Armador y capitán, agentes marítimos, puertos y buques.

Entre las relaciones jurídicas, se analiza el contrato de flete, especializa-

ción en el Derecho de la Navegación de la locación de servicios, los contratos de utilización de buques, los de transporte de cosas y las responsabilidades del transportador y del cargador; los capítulos siguientes se refieren a los contratos de transporte de personas y de remolque con el análisis consiguiente de las responsabilidades derivadas; específicamente un capítulo estudia la Responsabilidad de los Armadores. Luego se pasa a considerar distintos tipos de ese derecho, tales son los Abordajes, la Asistencia y el Salvamento, la Avería Común, el Seguro Marítimo y el Crédito Marítimo.

El último capítulo se refiere al Régimen Aduanero y un Apéndice trae modelos de pólizas de fletamento y de seguro, de conocimientos de embarque y de pólizas.

En cada uno de los capítulos se estudian las disposiciones del Proyecto de Código de la Navegación elaborado por el Dr. Aníbal Malvarini, relacionados con el tema en desarrollo. Las diversas Convenciones de Bruselas, los Tratados de Montevideo y demás acuerdos internacionales sobre los distintos aspectos de la materia son objeto de comentario en las páginas del libro. Una notable claridad prevalece en todos los capítulos de la obra, que será, sin lugar a dudas de gran valor para los estudiantes de la asignatura.

Ricardo E. Balboa

En forma prolífica y sistemática el Dr. Linares Quentana va dando a luz su magra obra. Desde sus comienzos como publicista ha publicado una gran cantidad de libros, pero indudablemente lesa quedará como su apogeo fundacional, que señala, asimismo, el momento fundacional y fundacional del estudio del derecho constitucional de tendencia científica —como lo advierte el mismo título— en nuestro medio.

Es que, sin apartarse de la tradición argentina más pura y de la exigencia legal, vivifica los textos con una exhaustiva recopilación de antecedentes doctrinarios y una acuciosa verificación de la legislación comparada. Creciente importante el esfuerzo, porque una ciencia más constitucional permite una visión general del movimiento, su justificación en la historia de la humanidad a través de sus momentos más característicos y, por su cuidadosa interrelación con lo social, económico y político, permite discernir con claridad las etapas de la evolución del espíritu en lo que posee de más íntimo y profundo: la desventuración de ordenar su vida en sociedad y con justicia.

Los volúmenes actuales sealan la conclusión autoriosa de la obra (*Primer Premio Nacional de Ciencias en el período 1955-1957*), tratado cada uno de sus materias con una abrumadora erudición. Quizá algunos lectores desearan una simplificación mayor; pero no debe olvidarse que lo simple o expeditivo no siempre es suficiente y real. Y, precisamente, el ensayo una materia compleja (por las relaciones sociológicas y políticas que inheren de todo intento de puesta metodológica) en el derecho público y, de más de sus implicaciones lógicas, el constitucional.

Ello se debe, quizá, a que ningún otro fundamento validatorio de todo el ordenamiento jurídico estatal, a menudo se debe buscar —como lo hace siempre el autor— en las fuentes materiales de la Constitución de un país determinado, para poder mostrar su verdadera vocación primaria: los grupos o factores de presión —suera descomposición de un hecho tan vasto como la sociedad humana— permiten una indagación y, de allí, la importancia de su estudio exhaustivo (que el autor llevó a cabo en el tomo 7 de su *Tratado*).

Los dos tomos aparecidos en 1963 marcan temas fundamentales como son la estructuración dogmática de los órganos de gobierno del estado argentino, sus relaciones y atributos. Comienza acertadamente por el legislativo porque lo condiciona el más importante, siguiendo una tradición que se remonta a Bodin, que caracterizaba al estado por su facultad de emitir leyes para todos sus habitantes. Busca sus remotos orígenes (que encuentra en el *patrimoine* y en la *Welfensystem*), el problema del unionismo y el binacionalismo y todo nuestro sistema positivo. Sigue —en orden de prelación— con la función ejecutiva y la judicial, dedicando particular atención a cierto género de características tipicamente argentinas, como el presidente "suave" y la participación de los partidos en la vida política y gubernamental.

En síntesis, se trata de un libro que va más allá del mero aporte para constituirse en una obra que marca rumbos en la ciencia —y poco científica— bibliografía de derecho constitucional argentino.

Jorge Luis Compagnoni

MASSCO VICTOR DURRUTY  
*Ingeniero*  
Rivadavia 1159 — Es. Aires



*Dirección y Administración:* DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES - Av. Figueroa Alcorta 2263 - BUENOS AIRES  
REPUBLICA ARGENTINA.

Precio del ejemplar \$ 30.—